



HAL
open science

Le principe de l'État social : étude sur les limites de l'activité législative en droit comparé français et hellénique

Chryssi Papanikolaou

► **To cite this version:**

Chryssi Papanikolaou. Le principe de l'État social : étude sur les limites de l'activité législative en droit comparé français et hellénique. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2019. Français. NNT : 2019PA01D029 . tel-02612791

HAL Id: tel-02612791

<https://theses.hal.science/tel-02612791>

Submitted on 19 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne
École de droit de la Sorbonne / Département de droit comparé

Thèse pour obtenir le grade de Docteur en droit
Présentée et soutenue publiquement le 12 juillet 2019

LE PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL
*Étude sur les limites de l'activité législative en
droit comparé français et hellénique*



Chryssi PAPANIKOLAOU

Sous la direction de M. le Professeur **Otto PFERSMANN**, Directeur d'études
de l'EHESS

Membres du jury :

Etienne PICARD, Professeur émérite, Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne,
Président

Georgios DELLIS, Professeur, Université nationale et kapodistrienne d'Athènes,
Rapporteur

Thomas HOCHMANN, Professeur, Université de Reims Champagne-Ardenne,
Rapporteur

Otto PFERSMANN, Professeur, Directeur d'études, EHESS, Directeur de thèse

AVERTISSEMENT

L'Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Toutes les traductions sont celles de l'auteur. La bibliographie hellénique est citée en français dans le texte, avec la précision indicative « en grec » lorsqu'il s'agit d'une première référence. Elle est citée avec son titre original dans la bibliographie générale qui figure à la fin de la thèse.

À J.B.

REMERCIEMENTS

Je tiens, tout d'abord, à remercier M. le Professeur Otto PFERSMANN, qui a pensé ce sujet passionnant, de me l'avoir confié. La présente thèse est le fruit de longues discussions que j'ai eues avec lui sur l'Etat social. Je ne peux que lui exprimer toute ma gratitude pour la chance qu'il m'a donnée de réaliser cette étude.

Je souhaite, ensuite, remercier mes parents, sans l'aide desquels la présente thèse n'aurait jamais pu arriver à son terme. Je remercie également ma sœur, Alexia, dont le soutien a été très fort pendant cette période. Un seul merci n'est pas suffisant à l'endroit de Jean-Baptiste JACOB, qui m'a montré comment surpasser les nombreux obstacles de la rédaction en français. Je remercie particulièrement Marianna PASCHOU, d'avoir été à mes côtés durant cette épreuve. Un merci également à Chryssoula, Elena, Sotiris, Christina, Dimitra, Koralia, Petroula, Yiannis et Ira qui ont partagé avec moi les joies et parfois les difficultés de la vie à l'étranger tout au long de ces dernières années.

Résumé de la thèse

La Constitution française consacre la « République sociale » et la Constitution hellénique reconnaît « l'Etat de droit social ». Si le *principe de l'Etat social* a jusqu'à aujourd'hui été amplement appréhendé par les études doctrinales dans les deux Etats analysés en tant que principe indéterminé au « contenu normatif faible », l'intérêt de l'étude porte sur la possibilité de l'envisager autrement. Etudié dans le cadre du normativisme, qui nous impose d'envisager toutes les normes en tant que *normes obligatoires*, il convient de ne plus contester la force normative du principe en question mais de déterminer son sens. C'est ainsi qu'on sera finalement en position de savoir quel niveau matériel de vie les constituants de ces deux Etats ont garanti aux individus lorsqu'ils ont qualifié les Etats de *sociaux*. L'étude part du postulat selon lequel un Etat est *social* à partir du moment où il dispose en son sein de *fondements* qui habilent, obligent et interdisent des actions spécifiques au législateur. Les normes constitutives de l'Etat social posent ainsi des *limites* à la production législative. Envisagées d'un point de vue *positif*, les normes fondatrices de l'Etat social habilent le législateur à améliorer les conditions matérielles de vie des individus, sans nullement le contraindre. Le législateur concrétise le principe de l'Etat social dans un sens positif, tout en étant libre d'*obligations positives*. Le seul « obstacle » à la *création* de nouvelles prestations est, ainsi, l'impossibilité de contrôler l'inaction législative ; un élément qui constitue une *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social. Vues d'un point de vue *négatif*, les normes constitutives de l'Etat social permettent au législateur de restreindre l'accès aux prestations, mais lui interdisent de neutraliser le principe. Les actions de concrétisation négative qui équivaldraient à une *suppression* de l'Etat social sont prohibées. Il s'ensuit qu'un *minimum* de législation sociale doit toujours être préservé tant que la Constitution qualifie l'Etat de *social*. De ce point de vue, les fondements normatifs de l'Etat social protègent le *noyau essentiel* du principe ou, autrement dit, garantissent ses *contre-limites*.

Mots clés : Etat social – principe – droits sociaux – justiciabilité – obligations positives – égalité – dignité de la personne humaine – handicap – étrangers – services publics sociaux – libéralisation – retraites – principe de confiance légitime

Abstract

French Constitution guarantees the “Social Republic,” the Greek constitution recognizes the “Social Rule of law.” If the *principle of the Social State* is to this day apprehended by the authors of both states as an undetermined principle of “low content of normativity,” this study’s focus offers a different perspective on the matter. If we study this principle in the context of normativism, we will be forced to view all norms as *obligatory*, and we will no longer contest its normative value but focus on determining its meaning. Only in this way we will be in the position of knowing what material level of life the constituents of the two states reserved for the individual, when they qualified the states as *social*. The study assumes that a state is *social* when it possesses the foundations that habilitate, oblige and prohibit the legislator from specific actions. The constitutive norms of the social state impose *limits* at the legal production. Seen at a *positive perspective*, the fundamental norms of the social state allows the legislator to improve the material conditions of life of the individuals without any constraints. The legislator concretizes the principle of the social state in a positive sense while being free from *positive obligations*. The only obstacle to the *creation* of new benefits is the impossibility to control legal inactivity; it constitutes an *intrinsic limit* to the principle of the social state. Seen from a negative perspective, the constitutive norms of the social state allow the legislator to limit the access to benefits but prohibit the neutralization of the principle. The actions of negative concretization that would lead to the annulation of the social state are prohibited. It follows that a *minimum* of social legislation should be maintained as long as the Constitution qualifies the state as *social*. At this angle, the normative foundations of the social state protect the *essential core* of the principle or, in other words, its *counter-limits*.

Key words: Social state – principle – social rights – justiciability- positive obligations – equality – dignity of the human being – handicap – strangers – social public services – liberalisation – pensions – principle of legit expectation

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AED	Cour suprême spéciale hellénique (Ανώτατο ειδικό δικαστήριο)
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
al.	Alinéa d'une disposition juridique
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CdE	Conseil d'Etat hellénique (Συμβούλιο της επικρατείας)
CE	Conseil d'Etat français
CJCE	Cour de Justice (avant 2007)
CJUE	Cour de Justice (après 2007)
Comité DESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
<i>DiA</i>	Revue hellénique « Δικαιώματα του ανθρώπου »
<i>DiDik</i>	Revue hellénique « Διοικητική δικαιοσύνη »
<i>DEE</i>	Revue hellénique « Δίκαιο επιχειρήσεων και εταιρειών »
<i>ΕΔΔΔ</i>	Revue hellénique « Επιθεώρηση δημοσίου και διοικητικού δικαίου »
<i>EfDD</i>	Revue hellénique « Εφημερίδα διοικητικού δικαίου »
<i>EDKA</i>	Revue hellénique « Επιθεώρηση Δικαίου Κοινωνικής ασφαλίσεως »
<i>EurPol</i>	Revue hellénique « Ευρωπαϊών πολιτεία »
<i>EEΔ</i>	Revue hellénique « Επιθεώρηση εργατικού δικαίου »
JO	Journal officiel du gouvernement hellénique (Φύλλο εφημερίδας κυβερνήσεως)
JORF	Journal officiel de la République Française
JOCE/JOUE	Journal officiel de la Communauté européenne/de l'Union européenne
par.	Paragraphe d'une disposition juridique
<i>NoB</i>	Revue hellénique « Νομικό βήμα »
<i>To S</i>	Revue hellénique « Το Σύνταγμα »
Ord.	Ordonnance du Conseil d'Etat français
<i>THPDD</i>	Revue hellénique « Θεωρία και πράξη δημοσίου δικαίου »
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RDP</i>	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française du droit constitutionnel
<i>RUDH</i>	Revue universelle des droits de l'homme
SIEG	Services d'intérêt économique général
SIG	Services d'intérêt général
SIGNE	Services d'intérêt général non économique
SSIG	Services sociaux d'intérêt général
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne

SOMMAIRE

(Une table des matières détaillée figure à la fin de la thèse)

PREMIÈRE PARTIE : LES LIMITES INTRINSÈQUES AU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL

Titre 1 : Les fondements spécifiques du principe de l'État social

Chapitre 1 : Les fondements constitutionnels, axes directs de l'État social

Chapitre 2 : Les fondements conventionnels, axes indirects de l'État social

Titre 2 : Les fondements complémentaires du principe de l'État social

Chapitre 1 : La limitation du type de contrôle possible au regard des principes complémentaires

Chapitre 2 : La limitation des solutions possibles au regard des principes complémentaires

SECONDE PARTIE : LES CONTRE-LIMITES AU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL

Titre 1 : Les contre-limites relevant de la structure du principe de l'État social

Chapitre 1 : Les services publics sociaux à l'épreuve du principe de la concurrence

Chapitre 2 : Les services publics sociaux constitutionnels

Titre 2 : Les contre-limites relevant de la substance du principe de l'État social

Chapitre 1 : La limite substantielle à la restriction des prestations matérielles

Chapitre 2 : La limite temporelle ne relevant pas de la substance

« On a souvent dit que la fin de l'Etat est le bonheur des citoyens ; c'est vrai, sans conteste : s'ils ne se sentent pas bien, si leur fin subjective n'est pas satisfaite, s'ils ne trouvent pas que la médiation de cette satisfaction est l'État en tant que tel, celui-ci a les jambes flageolantes »

Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Edition critique établie par Jean-François Kervégan, PUF, 2013, p. 707 (§ 265, Addition)

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. La recherche d'un *minimum social*, dans le sens d'un niveau matériel approprié de vie, est une préoccupation qui a gagné en acuité ces dernières années, dans un contexte de « crise financière » touchant la plupart des Etats européens. Celle-ci a pu être perçue comme une remise en cause du référentiel keynésien¹ et renvoie, dès lors, à un phénomène politique et économique. Plus le budget public se restreint, plus le financement de l'Etat destiné aux écoles, hôpitaux, organismes de sécurité sociale, ou encore les différentes allocations versées et les programmes mis en œuvre pour les plus démunis, reculent.

2. Les conséquences d'une régression des dépenses sociales sont devenues évidentes, notamment en Grèce, qui a dû prendre plusieurs mesures d'austérité en application de programmes d'ajustement économique². Or, le phénomène concerne tout autant des pays plus « riches » comme la France, où les législateurs subissent également la pression du marché pour réduire le déficit public. Dans un tel contexte, il devient nécessaire de distinguer les actions restrictives qui sont *permises* au législateur de celles qui lui sont *interdites*.

3. La « question sociale » présente donc un intérêt très fort qui invite à l'approfondir. Elle part de l'idée intuitive selon laquelle l'Etat ne peut complètement se désintéresser de la *qualité de vie* des individus. Il est aussi censé leur garantir des *prestations matérielles* qui élèvent leur niveau de vie au-dessus de la *survie*. Il s'agit, dans le cadre de notre étude, de « l'enseignement », « la santé », « la sécurité sociale », « l'aide sociale », « le logement social » et « l'emploi »³. Ainsi, la présente étude envisage l'Etat en tant que garant de prestations

¹ Alain SUPIOT, *Grandeur et misère de l'Etat Social*, Collège de France - Fayard, 2013, p. 19.

² Depuis le début de l'année 2010, la Grèce connaît la plus grave crise économique de son histoire récente. Pour affronter la crise de la dette publique, les gouvernements qui se sont succédé au pouvoir depuis 2010 ont pris une série de mesures d'assainissement budgétaire qui ont été renforcées avec la signature des accords sur le programme d'ajustement économique (les Mémoires) entre le gouvernement grec et la « Troïka » (Commission européenne, Banque centrale européenne, Fonds monétaire international). Le prêt accordé par la Troïka à la Grèce a été fait sur la base d'accords appelés « memoranda » qui prévoyaient les termes du prêt, les spécificités techniques et les mesures imposées au pays afin de réaliser des réformes de fonctionnement de son secteur public et de sa politique budgétaire et fiscale par l'imposition de mesures d'austérité issues du « mécanisme de Mémoire I ». Puis, d'autres mécanismes ont été mis en œuvre pour régler la dette. Ces mécanismes ont été désignés par les abréviations « Mémoire II » et, plus récemment, « Mémoire III ». Les trois memoranda d'aide financière, étant des conventions internationales, ont été intégrés à l'ordre juridique hellénique à travers les lois n° 3845 /2010 (JO A/65 du 6-5-2010), n° 4046/2012 (JO A/28 du 14-2-2012), n° 4336/2015 (JO A/94 du 14-8-2015).

³ Pour une définition exacte de ces concepts, voir *infra*, p. 99 et s.

déterminées ; une réflexion qui comprend également une analyse des *limites* au recul de son rôle.

4. Précisément, l'objectif de la recherche est de transcrire cette thématique en termes juridiques. Dans cette perspective, l'Etat est conçu comme un « ordre juridique » ; soit un « système de normes juridiques », « hiérarchique », « globalement efficace » et « sanctionné »⁴. On entend alors par « norme » la signification d'une donnée déontique qui rend *obligatoire*, *permis* ou *interdit* un certain comportement humain⁵.

5. Notre analyse s'appuie sur la science du droit afin de traiter une question cruciale : dans quelle mesure est-il *interdit* aux *organes étatiques* de ne pas *assurer* l'accès des individus à des prestations matérielles déterminées. En s'appuyant sur des données juridiques, c'est la question du « principe de l'Etat social » qui se pose. Ce dernier étant consacré dans un ordre juridique, il *oblige* en théorie l'Etat à *maintenir* un niveau matériel approprié de vie aux individus⁶. Il reste la question essentielle de savoir *comment* ; soit quelles sont les actions obligatoires qu'une telle garantie implique.

6. Le problème, dès lors, porte sur la définition exacte du « principe de l'Etat social ». Si le « principe » implique des normes juridiques, les difficultés de son acception résultent du sens du « concept » d'« Etat social »⁷. Il n'existe pas, à notre connaissance, de définition juridique de ce dernier, c'est-à-dire une définition qui décrit les *obligations*, les *permissions* et les *interdictions* à défaut desquelles un Etat n'est pas « social ».

7. Loin de traiter les *normes constitutives de la structure normative* de l'« Etat social », la plupart des analyses doctrinales l'abordent comme un objet de l'histoire des idées. Il est ainsi difficile de trouver une définition de l'« Etat social » autre que celles qui se réfèrent à la

⁴ Otto PFERSMANN in Louis FAVOREU, Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX, Guy SCOFONNI, *Droit constitutionnel*, 2018, Dalloz, p. 69. Un ordre juridique est hiérarchique car une norme supérieure du système règle la validité d'une norme inférieure dans l'ordre de production. L'efficacité est globale en ce qu'elle ne concerne pas le respect de chaque norme séparément (voir, *infra*, p. 24 et s.). Il est sanctionné en ce qu'il rend des comportements humains obligatoires, sans que cela ne signifie forcément l'imposition de « sanctions ». Voir Otto PFERSMANN, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », in Jean-Luc PETIT, *La querelle des normes*, n° 27, 1995, p.69, p. 90, p. 97.

⁵ Otto PFERSMANN, « Norme » in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op.cit.*, p. 1079, p. 1082.

⁶ Le principe en question implique ainsi que les lois satisfassent à certaines exigences matérielles. Antonis PANTELIS, *Droit constitutionnel hellénique*, L'Harmattan, 2018, p. 152.

⁷ L'expression est un moyen linguistique de se référer au concept, qui est pour sa part un moyen de formuler des normes. Otto PFERSMANN, « Le concept de la sécurité juridique dans la science juridique. Pour une classification neutre d'une pluralité d'objets sensibles », in Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Olivier DIGGELMANN, Harmut BAUER, *Etat de droit, liberté et sécurité en Europe*, Ant. N. Sakkoulas, Berliner Wissenschafts-Verlag, Bruylant, 2010, p. 141.

« fonction de solidarité sociale »⁸, au « combat contre l'inégalité sociale »⁹, à « l'institutionnalisation du commun »¹⁰, ou encore à « l'ensemble des règles et des institutions qui remédient à l'oppression par la misère »¹¹. Or, valoriser l'aspect idéologique de l'« Etat social » est peut-être digne d'intérêt, mais cela demeure une démarche étrangère aux données du droit positif.

8. L'explication principale de l'absence de définition juridique de l'« Etat social » nous semble être le fait de ne pas constituer un objet *autonome* des analyses doctrinales. En dépit du nombre croissant de thèses¹², de colloques¹³ et d'articles¹⁴ portant sur la *question sociale*, l'intérêt académique est toujours monopolisé par les « droits sociaux » entendus en tant que « permissions pour les individus d'accéder à des prestations déterminées »¹⁵.

⁸ François-Xavier MERRIERN, Raphael PARCEHT, Antoine KERNEN, *L'Etat social une perspective internationale*, Armand Colin, 2005, p. 1. Thierry RAMBAUD, « Les droits sociaux comme droits fondamentaux », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 66, n°2, 2014, p. 605.

⁹ Kostas CHRYSOGONOS, *Droit constitutionnel*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 2014, p. 387 (en grec).

¹⁰ Thomas BOCCON-GIBOD, Pierre CRETOIS, *Etat social, propriété publique et biens communs*, Ed. le bord de l'eau, 2015, p. 17. Lire aussi, Pierre CRETOIS, *Le renversement de l'individualisme possessif, De Hobbes à l'Etat social*, Classiques Garnier, 2014.

¹¹ Daniel DAMASIO BORGES, *L'Etat social face au commerce international*, L'Harmattan, 2013, p. 26.

¹² Laurence GAY Laurence, Les « droits créances » constitutionnels, Bruylant, 2007. Carole NIVARD, La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen, Bruylant, 2012. Sandrine MAILLARD, L'émergence de la citoyenneté sociale européenne, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008.

¹³ Diane ROMAN Diane, Mireille DELMAS-MARTY, *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances, actes du colloque tenu au Collège de France*, Paris, 25 et 26 mai 2011, Pedone, 2012. « Constitution et droits sociaux », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° XXXI, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015. Laurence BURORGUE – LARSEN, Alain SUPIOT, *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Cahiers européens, n° 4, Pedone, 2013. Constance GREWE, Florence BENOIT – ROHMER, *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Presses universitaires de Strasbourg, 2003.

¹⁴ Quant aux articles, il y a un nombre croissant des articles parmi les auteurs grecs en raison de la crise financière et les problèmes qu'elle a révélés. Voir à titre indicatif : Stavroula KTISTAKI, « Les droits sociaux en période de crise économique », *Annuaire international des Droits de l'Homme*, 2014, HS, Ant. Sakkoulas, Bruylant, p. 615. Athina PETROGLOU, « La protection juridictionnelle des droits sociaux dans des conditions de crise financière prolongée et des restrictions continues des salaires et des retraites », *EDKA, NST*, n° 2, 2014, p. 268 (en grec). Aggelos STERGIOU, « Les droits sociaux (droits de redistribution) à l'épreuve de la crise financière. Le juge comme garant d'un niveau suffisant de vie », *EDKA*, n°1, 2016, p. 78.

¹⁵ Concernant les « droits sociaux », les juristes distinguent deux significations de l'expression : les « droits sociaux au sens strict » ou « droits-créances » que les « libertés sociales » ou « droits des travailleurs ». Les premiers se réfèrent aux droits accordés aux individus pour exiger de la part de l'Etat l'accès à des prestations alors que les seconds concernent les droits relatifs aux conditions de travail. La présente étude *se limite aux premiers* et exclura, dès lors, les droits des travailleurs. (Sur la distinction entre droits sociaux et libertés sociales, voir : Carlos Miguel HERRERA, *Les droits sociaux*, PUF, 2009, p. 6, 7. Laurence GAY, « Les droits sociaux constitutionnels en France : Particularisme ou 'normalisation' ? », in Laurence GAY, Emmanuelle MAZUYER, Dominique NAZET, *Les droits sociaux fondamentaux, entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, 2006, p.75). Il s'agit d'une différence qui a son importance. Dans le premier cas, une liberté est donnée aux individus d'accéder à un certain niveau matériel de vie avec l'aide de l'Etat. Dans le second cas, la liberté reconnue porte sur les conditions du travail des individus qui accèdent cette fois aux prestations avec leurs propres moyens. Le lien entre les deux catégories de droits sociaux réside dans le fait que si les « travailleurs » sont des acteurs du marché, l'octroi de droits sociaux au sens strict a pour conséquence qu'ils ne subissent pas toutes les conséquences de leur position (Lire, Otto PFERSMANN, « Les droits sociaux et économiques des étrangers », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, X (1994), 1995, p. 309).

9. Il s'avère en effet que la doctrine se focalise surtout sur la question de la permission pour les individus de jouir d'une « liberté matérielle », sans se demander ce que cela *présuppose* pour les *organes étatiques*. L'état actuel des recherches témoigne ainsi d'un point de vue limité aux *bénéfices* des individus, sans suffisamment s'intéresser aux *devoirs* des organes étatiques en tant que *fournisseurs de prestations*.

10. Il s'agit d'une approche problématique à plusieurs titres. Puisque la réflexion autour de la *liberté sociale* des individus n'est pas mise dans une perspective plus générale déterminant préalablement les *obligations* reposant sur l'Etat, elle se présente - dans la majorité de cas précités - comme une liberté « faible ». Les droits sociaux sont ainsi considérés comme des droits donnant lieu à des obligations indéterminées de l'Etat, se rapprochant plus de *souhaits* que de *normes*. En l'état actuel des recherches, la doctrine plaide pour une « meilleure » protection des droits sociaux, ce qui signifie pratiquement un appel aux juges à les intégrer davantage aux normes qu'ils contrôlent¹⁶. Or, il s'agit d'un jugement de valeur qui n'a pas sa place au sein d'une recherche juridique.

11. Le raisonnement exposé présente donc plusieurs défauts critiquables, notamment parce que la doctrine dominante part du principe d'une « normativité faible » des normes sociales en se référant exclusivement aux *droits sociaux*. Elle n'examine pas dans quelle mesure d'autres normes sont consacrées en *obligeant* les organes étatiques à respecter le *caractère social de l'ordre juridique* auquel ils appartiennent. Il s'agit d'un syllogisme contestable, surtout parce que à côté de *l'Etat social fournisseur de prestations*, émerge aujourd'hui un modèle alternatif de fourniture de prestations - fortement promu par l'Union européenne - qui s'intéresse à l'accès aux prestations mais non à leur *caractère public*. Or, une étude limitée aux *droits sociaux* ne permet pas de saisir la différence.

12. Il s'ensuit que l'examen du « principe de l'Etat social » appelle impérativement à un renouvellement des réflexions. La présente démarche consiste ainsi à se focaliser non seulement sur les *droits sociaux* des individus, mais aussi sur les *habilitations*, les *obligations* et les *interdictions* dont le respect de la part des *organes étatiques* conditionne la jouissance. En effet, si les individus sont libres d'accéder aux prestations matérielles, dans un « Etat social » les organes étatiques doivent concrètement *assurer* leur octroi avec leurs propres moyens.

¹⁶ Lire en ce sens, Frédéric SUDRE, « Préface », in Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux*, *op. cit.*

13. La définition de « l'Etat social » retenue dans le cadre de notre étude repose sur *deux concepts opératoires* : d'une part, celui de « substance » du principe, terme qui désigne les normes garantissant l'accès aux prestations en tant que tel ; d'autre part, celui de « structure » du principe, terme qui fait référence aux normes qui imposent la fourniture de prestations de la part de l'Etat, soit leur caractère public. Le « principe de l'Etat social » est ainsi défini dans le cadre de notre étude en tant qu'« ensemble de normes juridiques garantissant l'accès des individus à des prestations matérielles déterminées, par le biais des organes étatiques ».

14. La démarche ainsi choisie se veut originale, dans la mesure où elle vise l'élaboration d'une théorie de l'Etat social s'appuyant strictement sur le droit positif. Contrairement à la plupart des analyses doctrinales existantes, il n'est pas question de défendre une protection « plus audacieuse » des normes sociales mais de clarifier dans quelle mesure un Etat *x* garantit la *structure* et la *substance* du principe de l'Etat social à travers les dispositions juridiques qu'il consacre et qu'il convient ici de *décrire*.

15. Après avoir ainsi cerné l'objet de l'étude, il est désormais possible de préciser le *problème théorique* qu'elle propose de traiter. A cet égard, il importe d'exposer la thèse classique selon laquelle le principe de l'Etat social est caractérisé par une « faible normativité » (I), puis s'appuyer sur la méthodologie normativiste afin de la critiquer et de reconsidérer la problématique attachée au principe de l'Etat social (II). Enfin, il sera question de situer le problème dans une perspective comparatiste entre la France et la Grèce (III).

1 - La thèse classique : le principe l'État social en tant que « principe faible »

16. La doctrine dominante selon laquelle le principe de l'Etat social est un « principe faible » repose sur trois principaux axes qu'il convient ici de présenter, avant de les étudier ultérieurement d'un point de vue critique : la distinction entre règles et principes (i), l'« inefficacité » des droits sociaux (ii) et l'absence de sens spécifique de l'« Etat social » (iii).

i - La distinction entre règles et principes

17. Selon une vision doctrinale très répandue, les principes impliquent des normes qui n'obligent pas les organes de l'Etat à certaines actions sous peine de sanction, mais qui ont

plutôt une « force programmatique »¹⁷. Ce ne sont donc pas des *règles* au sens propre du terme, soit des normes dont la violation est sanctionnée, mais plutôt des normes qui *orientent* l'action des organes étatiques. Dans cette perspective, pour tout juriste nourri de tradition romano-germanique, les principes sont des concepts « polysémiques et déroutants »¹⁸ à propos desquels la seule certitude est leur *nature particulière*.

18. Il est possible de préciser leur définition classique à travers l'analyse des deux usages les plus communs du terme « principes » par la doctrine dominante. En premier lieu, les principes renvoient à des « normes non écrites » ayant pour fonction de combler les « lacunes du droit »¹⁹. Les principes ainsi conçus sont des normes de nature jurisprudentielle dont le sens ne dépend pas de sources écrites²⁰. En raison, justement, de cette « autonomie », les auteurs conçoivent les principes en tant que normes « mobiles » à travers les différents ordres juridiques²¹. Dans l'ordre juridique français, un exemple classique est constitué par les « principes généraux du droit administratif » qui ont été conçus en tant que principes non écrits²². Le même concept a été ensuite introduit tant dans l'ordre juridique hellénique²³ que dans l'ordre juridique de l'Union européenne²⁴.

19. En second lieu, outre les principes généraux du droit, la doctrine majoritaire admet l'existence d'une autre catégorie de « principes supra-législatifs »²⁵. Il s'agit de normes générales et spécifiques à un ordre juridique qui aident le juge à préciser le sens des normes spéciales. Le sens des principes rejoint alors celui des *directives* qui encadrent l'action du législateur. Les principes ainsi définis ont normalement un fondement textuel mais son absence ne semble pas être un obstacle à la reconnaissance de leur valeur supra-législative par les juges.

¹⁷ Patrick MORVAN, « Principe », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy Presses universitaires de France, 2003, p. 1201. « Ce mot désigne en raison de ses racines latines – « *principium* » – le commencement, la cause première, la primordialité mais en droit une norme sans force contraignante ». Philippos SPIROPOULOS, *L'interprétation de la Constitution*, Ant. N. Sakkoulas, 1999, p. 180 (en grec). Il s'agit, selon l'auteur, des normes « de densité normative faible et de généralité indéterminée ».

¹⁸ Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, Lexis Nexis, 2016, p. 41.

¹⁹ Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, *op.cit.*, p. 50.

²⁰ Hélène RUIZ FABRI, « Principes généraux du droit communautaire et droit comparé », *Droits*, vol. 45, n° 1, 2007, p. 127.

²¹ Lamprini XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruylant, 2017, p. 19.

²² CE, n° 77726, 26 octobre 1945, *Arramu*. Le Conseil d'Etat français se fonde sur ces principes « même en l'absence de texte ».

²³ Prodromos DAGTOGLOU, *Droit administratif général*, *op.cit.*, p. 106.

²⁴ Lamprini XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, *op.cit.*, p. 12,13.

²⁵ Patrick MORVAN, « Principe », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1201. Philippos SPIROPOULOS, *L'interprétation de la Constitution*, *op.cit.*, p. 179 (en grec).

20. Il en va ainsi en France des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » que le juge constitutionnel reconnaît en tant que principes de valeur constitutionnelle²⁶. Dans l'ordre juridique hellénique, l'on doit notamment à Georges Kasimatis une systématisation du recours aux *principes constitutionnels* en tant que normes dont le sens guide l'interprétation des dispositions constitutionnelles²⁷. De même, dans l'ordre juridique de l'Union européenne, les auteurs admettent l'existence de principes directeurs dans la jurisprudence²⁸.

21. Les deux usages classiques des « principes » par les juristes exposés ci-dessus ont un point commun au-delà de celui qui porte sur leur nature particulière au regard des règles juridiques au sens strict ; celui de valoriser le rôle du *juge* qui soit « découvre » des principes non écrits, soit « découvre » une interprétation de normes plus spéciales en s'appuyant sur ces principes supra-législatifs. Il s'ensuit donc que non seulement les principes ne sont pas vus comme des normes prescriptives à l'instar des règles, mais aussi que leur nature particulière implique un rôle très important du juge.

22. En ce sens, on peut noter la continuité de leur définition classique selon la fameuse théorie de Ronald Dworkin. D'après cet auteur, les règles sont « applicables ou non » alors que les principes, étant des normes à concrétiser, exercent une fonction de pondération dans un débat interprétatif²⁹. Selon Ronald Dworkin, les principes ne sont donc pas des règles de type « tout ou rien », c'est-à-dire qu'ils n'imposent pas une seule décision, mais orientent simplement cette dernière. Ils sont précisément applicables dans les cas difficiles (*hard cases*) ; ceux qui sont susceptibles de plusieurs solutions dont le choix final repose sur la volonté du juge.

23. Par ailleurs, un autre auteur tout autant reconnu, Robert Alexy, a conçu les « principes » en tant que normes d'optimisation qui doivent être respectées « dans la mesure du possible »³⁰. Ce n'est pas ici l'endroit d'approfondir davantage les deux théories et leur éventuel

²⁶ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971. Lire sur cette décision, *infra*, p. 80.

²⁷ Georgios KASIMATIS, « Les principes fondamentaux de la Constitution en tant que règles interprétatives » in Louis FAVOREU, Gilles LEBRETON, Patrick FRAISSEIX, *Droit constitutionnel, Mélanges Patrice Gelard*, Montchrestien, p. 45.

²⁸ Lamprini XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française, op.cit.*, p. 24.

²⁹ Ronald DWORKIN, « Is Law a System of Rules? », in Ronald DWORKIN, *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977, p. 38.

³⁰ Robert ALEXY, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2010, p. 45, 57.

rapprochement³¹ ; il convient, en revanche, d'en tirer un enseignement principal : la *faiblesse normative* des principes par rapport aux règles ainsi que le rôle étendu des juges. La vision classique aborde ainsi le principe comme une norme « inventée » par ces derniers ou qui donne lieu à une solution « inventée ».

24. Si tel est un premier axe de justification de la thèse de la « faiblesse normative » du principe de l'Etat social - contredite par notre étude - un second axe contestable de son affirmation s'appuie sur l'« inefficacité » des droits sociaux.

ii - L' « inefficacité » des droits sociaux

25. Si le principe de l'Etat social s'entend comme la garantie de la liberté matérielle des individus, les droits sociaux désignent donc *a priori* les permissions accordées à ces derniers de jouir de cette liberté. Or, le problème relatif aux droits sociaux est, selon la majorité de la doctrine³², que les *libertés positives* correspondent effectivement à des « obligations positives » reposant sur le législateur ; c'est-à-dire des obligations visant à satisfaire les besoins matériels des individus à travers l'octroi de prestations. Il s'agit d'un problème dans la mesure où le contrôle de la *carence du législateur* par le juge n'est possible ni en France ni en Grèce³³. Il n'existe donc aucun moyen de véritablement parer à l'inaction du législateur en matière sociale.

26. L'impossibilité de contrôler le respect des droits sociaux entraîne ensuite leur « inefficacité ». La doctrine majoritaire emploie le terme d'efficacité pour évoquer « la volonté (du juge) d'assurer un plein effet aux dispositions constitutionnelles », c'est-à-dire d'encadrer de manière satisfaisante l'activité législative³⁴. L'*efficacité ou effectivité* d'une norme se réfère ainsi à l'existence de « mécanismes » ou de « moyens » par lesquels des normes générales et abstraites sont concrétisées produisant ainsi des effets concrets.

³¹ George PAVLAKOS, *Law, Rights and Discourse the legal philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007.

³² Pour un résumé de la problématique classique, lire parmi les auteurs français : Carlos Miguel HERRERA, *Les droits sociaux*, *op. cit.*, p. 13, 19. Pour une position en faveur de cette approche, voir parmi les auteurs grecs : Spiros VLACHOPOULOS, « Théorie générale des droits fondamentaux », in Spiros VLACHOPOULOS et *alii*, *Les droits fondamentaux*, Nomiki Vivliothiki, 2017, p. 7.

³³ Evangelia GEORGITSI, « De l'impossible justiciabilité des droits sociaux fondamentaux », in Julia ILIOPOULOS- STRANGAS, Theunis ROUX, Didier MAUS, *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2008, p. 29.

³⁴ Michel VERPEAUX, « Préface », in Ariane VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Editions Panthéon-Assas, 2007, p. 7.

27. D'après un argument doctrinal classique, l'individu ne peut exiger un emploi ou un logement par le biais d'un recours juridictionnel³⁵. Puisque le juge ne lui garantit pas un accès aux prestations, on parle de *droits inefficaces*, qui ne sont pas pleinement respectés. Dès lors, à l'instar des « principes », les droits sociaux ne peuvent être abordés comme de véritables normes juridiques dont le respect est obligatoire. Ils sont vus comme des normes faibles qui orientent, sans le contraindre, le législateur.

28. De la même manière que les principes se différencient des règles, les droits sociaux se distinguent des « droits-libertés » qui sont efficaces, car leur plein respect ne présuppose pas un contrôle de la carence législative. Selon la fameuse distinction du théoricien allemand Jellinek, les droits sociaux sont des *droits à des actions positives* qui se différencient des « droits-libertés » entendus comme des *droits à des actions négatives*³⁶.

29. Dans la continuité de cette théorie, seuls les *droits aux abstentions* sont de véritables droits alors que les *droits aux prestations* reposent sur la volonté d'agir des organes de l'Etat dont l'inaction ne peut être contrôlée. Les droits sociaux relèvent finalement davantage des « programmes » ou des « directives d'orientation » que des *droits* entendus comme un moyen d'encadrer une action du législateur. Les droits aux prestations sont ainsi souvent conçus comme de « pauvres droits » en comparaison des droits-libertés classiques³⁷.

30. Une explication du phénomène repose, selon l'approche classique, sur le fait que la reconnaissance des droits sociaux au niveau de la *loi* précède historiquement leur consécration au *rang supra-législatif*³⁸. Tant en France qu'en Grèce, mais aussi au niveau international, les droits sociaux ont été reconnus par des normes supra-législatives plus tard que les droits-libertés classiques. Ces derniers renvoient, dans la plupart des Etats européens, à une rupture avec le

³⁵ Antoine BASSET, *Pour en finir avec l'interprétation : usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, L.G.D.J, 2015, p. 292, 293.

³⁶ Olivier JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, p. 44.

³⁷ Diane ROMAIN, *Droits des pauvres, pauvres droits ? : recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Mission de recherche Droit et justice, 2010.

³⁸ Lire sur ce sujet Georgios KASIMATIS, « Origines et évolution de l'Etat social », in Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Nicolas VALTICOS, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 1, 13. Pour la France, voir notamment Marie-Lucie PAVIA, Dominique ROUSSEAU, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la France », in Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Nicolas VALTICOS, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 347

caractère autocratique des régimes monarchiques³⁹ ; tandis que les droits sociaux dits de « deuxième génération » ont effectivement été consacrés surtout à partir des années 1970⁴⁰.

31. S'agissant de la mise à l'écart des droits sociaux par la doctrine en tant que *normes faibles*, il est intéressant de signaler à cet égard la contribution de l'ordre juridique allemand. La Loi fondamentale allemande consacre des droits constitutionnels mais sans y intégrer des droits sociaux. L'explication de cette absence tient à l'« applicabilité directe » des droits constitutionnels allemands ou, autrement dit, à leur « justiciabilité/exigibilité ». Ce caractère implique que tout individu peut former un *recours direct de constitutionnalité* devant le juge constitutionnel afin d'exiger le contrôle de l'*action* ou *omission* du législateur⁴¹. Or, tant que les droits sociaux ne sont pas consacrés par la Loi fondamentale, le législateur intervient à *sa discrétion* en matière de prestations, sans que le juge ne puisse exiger une action de sa part.

32. La reconnaissance de l'*applicabilité directe* des droits sociaux signifierait la fin de la « distribution des compétences » telle qu'on la connaît entre le juge et le législateur en Allemagne. La « distribution des compétences » ou « séparation des pouvoirs » implique en effet que l'organe auquel revient l'initiative de produire les normes (Parlement) doit se différencier de l'organe qui contrôle la production des normes (juge)⁴². Si un contrôle des obligations positives issues des droits sociaux était possible, le juge interviendrait systématiquement dans le champ de compétences du législateur.

33. C'est alors la question de l'*habilitation* des organes étatiques qui se trouve au cœur du problème, précisément la compétence d'un organe (législateur/juge) à *créer* des prestations. D'après la position classique ici exposée, la répartition habituelle des compétences serait « menacée » par la garantie d'une *efficacité* des droits sociaux.

³⁹ François DREYFUS, « Les droits économiques et sociaux dans quelques constitutions récentes », in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 169.

⁴⁰ En Grèce, cela est le résultat de la consécration dans la Constitution de 1975 d'un catalogue de droits sociaux. En France, c'est la conséquence du « coup d'Etat » juridique par lequel le Conseil constitutionnel a fait entrer les droits sociaux dans le Préambule de la Constitution de 1946 à travers la notion de « bloc de constitutionnalité » dans sa décision *Liberté d'association* de 1971. Voir, *infra*, p. 80.

⁴¹ Jordane ARLETTAZ, « L'incompétence négative à l'étranger », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, janvier 2015, p. 55.

⁴² Kostas MAVRIAS, *Droit constitutionnel*, PN Sakkoulas, 2014, p. 109. Antonis PANTELIS, *Droit constitutionnel hellénique, op.cit.*, p. 142. Voir *infra*, p. 48.

34. Dans les ordres juridiques français et hellénique également, l'initiative de produire des normes sociales appartient au législateur⁴³. Dans les deux Etats, le Parlement qui vote le budget de l'Etat est compétent pour octroyer des prestations financées par les fonds publics⁴⁴. L'habilitation du législateur en matière sociale coïncide avec son *habilitation générale* à réaliser des actions positives ; l'initiative de produire des normes relève de sa compétence dans la plupart des cas⁴⁵.

35. L'habilitation législative est *exclusive* de celle du juge, une délimitation qu'exprime dans le cadre de notre étude le terme de « réserve de la loi ». L'expression a été employée par les juristes allemands dans le passé pour décrire un champ de compétences irréductible au profit du législateur en vue de limiter les interventions du monarque⁴⁶. Or, si la *réserve de la loi* signifiait jusqu'à aujourd'hui l'exclusion de l'Administration du domaine de la loi, elle pourrait également être employée pour qualifier l'exclusion de la compétence du juge. Plus simplement, il s'avère que l'habilitation d'un organe de l'Etat à produire des normes à son initiative signifie l'absence d'habilitation d'un autre organe à agir positivement.

36. Selon donc un deuxième axe de contestation - position que la présente étude se contente d'exposer, sans y adhérer - l'*inefficacité* des droits sociaux repose sur l'idée que le législateur

⁴³ En France, il s'agit de l'article 34 de la Constitution de 1958, alinéa 1 : « La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». L'alinéa 3 énonce par ailleurs que « La loi détermine les principes fondamentaux : (...) de l'enseignement, (...) et de la sécurité sociale ». En Grèce, l'article 72, par. 1 de la Constitution de 1975 dispose : « En assemblée plénière de la Chambre des députés sont discutés et votés son règlement et les projets et propositions de loi (...) sur les projets et les propositions de loi d'application de la Constitution, sur l'exercice et la protection des droits individuels (...) ». Par le terme « droits individuels », il convient également de comprendre les « droits sociaux » selon Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Georgios LEVENTIS, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce », in Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Nicolas VALTICOS, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Ed. Ant. N. Sakkoulas, Bruylant Bruxelles, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, p. 395, 412. Voir aussi l'article 82, par. 3 de la Constitution hellénique selon lequel « La loi règle les questions relatives à la création, au fonctionnement et aux compétences du Comité économique et social, sa mission de conduite du dialogue social pour l'ensemble de la politique générale du pays et particulièrement sur les orientations de la politique économique et sociale, ainsi que la formulation des avis sur les projets et les propositions de loi qui lui sont soumis ».

⁴⁴ En France, l'article 34, alinéa 4 énonce que « Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique ». En Grèce, l'article 79, par. 1 dispose : « Le Parlement vote, au cours de sa session ordinaire annuelle, la loi de finances qui détermine les ressources et les charges de l'Etat pour l'année qui vient ».

⁴⁵ Aucun doute ne subsiste par rapport à ce fait en Grèce où la « présomption de compétence » au profit du législateur est largement admise. Voir notamment Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Georgios LEVENTIS, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce », *op. cit.*, p. 412. Il en va de même en France, même si la Constitution de 1958 avait limité la compétence du législateur en réservant une partie de la production normative à l'Administration. Voir sur ce sujet, Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁶ Jérôme TREMEAU, *La réserve de loi, compétence législative et constitution*, Economica, 1997, p. 16, p. 24 : « La réserve de la loi se caractérise selon les propres termes de son concepteur, Otto Mayer, comme une exclusion de l'initiative de l'Exécutif dans les secteurs qu'elle recouvre ».

n'est pas vraiment *obligé* d'octroyer des prestations aux individus mais qu'il est seulement *habilité* à le faire. C'est ainsi seulement dans le cas où les droits sociaux seraient *directement applicables* - ce qui présupposerait l'habilitation du juge à contrôler la *carence législative* selon le modèle allemand - que l'on pourrait vraiment parler d'une *obligation positive* du législateur à créer des prestations.

Un troisième axe de contestation discutable du principe de l'Etat social lui dénie un sens spécifique.

iii - L'absence de sens spécifique de l'« État social »

37. La systématisation faible du concept de l'Etat social dans le discours juridique précédemment soulignée⁴⁷ entraîne nécessairement l'absence de sens juridique spécifique de celui-ci. Pour mieux comprendre cette indétermination juridique, il convient en premier lieu de présenter l'origine du concept d'Etat social envisagée du point de vue extra-juridique de l'histoire des idées.

38. Initialement, le sociologue allemand Lorenz Von Stein s'est référé à l'*Etat social* pour décrire l'Etat qui atténue la lutte des classes en octroyant des prestations⁴⁸. Dans la perspective du marxisme émergent, l'Etat bourgeois du XIX^e siècle devait acquérir une nouvelle dimension afin de combler les écarts sociaux et anticiper les conflits. Il devenait en effet de plus en plus manifeste que la seule jouissance de *droits-libertés* par des individus n'était pas suffisante pour permettre un certain équilibre social ; il était en outre nécessaire de leur garantir un niveau matériel minimal⁴⁹.

39. Durant la période de l'entre-deux guerres, une législation sociale existait déjà dans la plupart des Etats européens, cependant l'*Etat social* n'était toujours pas un concept juridique

⁴⁷ Voir *supra*, p. 22.

⁴⁸ Lorenz VON STEIN, *Le concept de société*, Ellug, 2002, p. 198 : « L'Etat est donc voué, de par son propre intérêt, et destiné, d'après son concept propre, à se soucier de la classe inférieure ; et la classe inférieure des travailleurs dépourvus de capital se tourne par conséquent, dès qu'elle a pris conscience de l'inapplicabilité des théories communistes et socialistes, vers l'Etat en faisant valoir auprès de lui leur principe d'égalité sociale, afin d'obtenir de lui la mise en œuvre de leurs idées ». Pour une référence explicite de l'« Etat démocratique et social », voir p. 208. Sur son œuvre, voir : Olivier JOUANJAN, « Lorenz Von Stein et les contradictions du mouvement constitutionnel révolutionnaire » (1789-1794), *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, 2002, p. 171. Lire aussi, Norbert WASZEK, « Aux sources de l'État social à l'allemande : Lorenz von Stein — et Hegel », *Revue germanique internationale*, n° 15, 2001, p. 211.

⁴⁹ Georgios KASIMATIS, « Origines et évolution de l'Etat social », *op.cit.*, p. 17.

systématisé. Cela était particulièrement explicite en France, où les analyses de Georges Gurvitch ont abordé le sujet d'un point de vue économique et sociologique⁵⁰. Il en allait de même des travaux de Léon Duguit pour qui la norme sociale, et plus largement le droit en général, était une expression de la « solidarité sociale »⁵¹. La « règle », selon Duguit, existe du fait que les membres de la société l'admettent comme telle ; autrement dit c'est un état de conscience collective qui définirait la norme juridique⁵². Sa théorie ne relève donc pas du positivisme juridique mais du courant de la « sociologie juridique » qui pense la relation entre la réalité sociale et le droit⁵³.

40. C'est après la Seconde guerre mondiale, que le principe de l'Etat social a été intégré dans les dispositions constitutionnelles de la plupart des Etats européens⁵⁴. La Loi fondamentale allemande de 1949, puis la Constitution française de 1958 et la Constitution hellénique de 1975, illustrent cette consécration⁵⁵. Dans le contexte de grande précarité qui a suivi la fin de la Seconde guerre mondiale, l'accès des individus aux prestations matérielles est en effet devenu une nécessité.

41. En dépit de l'intégration du principe de l'Etat social dans les normes constitutionnelles, la détermination précise de son sens n'est pas fréquente parmi les juristes considérant que l'Etat est social lorsqu'il consacre des *droits sociaux*⁵⁶. En ce sens, un ordre juridique est digne d'une telle qualification simplement lorsqu'il contient un catalogue de *droits sociaux*. Aucune précision n'est faite quant à la signification de la qualification d'Etat « social » s'agissant des *caractéristiques essentielles* des prestations accordées ; comme, par exemple, le caractère *public*, voire *universel* et *gratuit*, de leur fourniture.

⁵⁰ Georges GURVITCH, *La Déclaration des droits sociaux*, Dalloz, 2009.

⁵¹ Marie-Joëlle REDOR, *De l'état légal à l'état de droit, L'évolution de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica, 1992, p. 329.

⁵² Charles EISENMANN, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophie de la France et de l'Etranger*, 1930, p. 231.

⁵³ Marc LOISELLE, *Le concept d'Etat de droit dans la doctrine juridique française*, Thèse de doctorat, Université Paris- Assas, 2000, p.170, p.175, p. 180.

⁵⁴ Georges KASIMATIS, « Origines et évolution de l'Etat social », *op. cit.*, p. 17.

⁵⁵ La Constitution hellénique de 1975 comprend pour la première fois un catalogue des droits sociaux, sans toutefois qualifier l'Etat de social ; une qualification qui a été solennellement consacrée lors de la révision constitutionnelle de 2001. Sur les raisons d'un tel « retard » de reconnaissance par rapport au reste des Constitutions des Etats européens, lire Georgios KASIMATIS, Kostas MAVRIAS, *L'interprétation de la Constitution*, Tome I, Ant. N. Sakkoulas, 2003, p. 1-5 (en grec).

⁵⁶ Carlos MIGUEL HERRERA, *Les droits sociaux*, *op. cit.*, p. 55, p. 56. Petros PARARAS, *Res publica, l'Etat de droit*, tome I, Sakkoulas Athina – Thessaloniki, 2014, p. 48 (en grec).

42. Ce manque de sens spécifique et déterminé de l'*Etat social* est problématique, notamment pour deux raisons. Premièrement, entendre l'Etat social comme l'Etat qui comprend des *droits sociaux* déplace la détermination de son sens à nouveau dans le champ des sciences extra-juridiques. Une telle approche a un caractère *sociologique*, car elle décrit une *finalité* pour l'Etat qui est celle d'améliorer le niveau matériel de vie de tout individu. Les droits sociaux étant conçus en tant que droits impliquant des *obligations positives* pour l'Etat, l'Etat social s'identifie à un Etat « interventionniste » qui s'oppose à l'Etat « libéral » ou « Etat de droit »⁵⁷. L'opposition est en effet très répandue en philosophie politique⁵⁸ et en science économique⁵⁹.

43. Le fait pour les juristes de reprendre une telle thèse de nature extra-juridique signifie qu'ils appréhendent l'*Etat social* comme un Etat chargé d'*obligations positives* en le différenciant de l'*Etat de droit* auquel incombent des *obligations négatives*⁶⁰. Alors, non seulement le « principe de l'Etat social » n'a pas de sens spécifique mais, en outre, les obligations de ses organes s'identifient aux obligations indéterminées issues des droits sociaux.

44. Selon la conception hasardeuse de la doctrine dominante, l'Etat social étant *a priori* antinomique de l'Etat libéral⁶¹, une conciliation des deux notions est nécessaire. Elle se réalise cependant au détriment du *principe de l'Etat social*. Le rôle de l'Etat social selon les juristes est d'atténuer les inégalités entre individus au sein d'une société libérale, sans aller jusqu'à former une société socialiste⁶². A cet égard, le *principe de l'Etat social* ne peut être qu'un *principe faible* ayant une force programmatique. Il s'agit d'un principe qui englobe les droits sociaux mais qui est insuffisant pour contraindre le législateur à agir. La tendance jurisprudentielle est donc de le renforcer en s'appuyant sur d'autres principes ; notamment le « principe d'égalité » et le « principe de dignité de la personne humaine »⁶³.

⁵⁷ Frédéric ROUVILLOIS, « Réflexions sur la notion d'État exemplaire », in Frédéric ROUVILLOIS, Michel DEGOFFE, *La privatisation de l'État*, CNRS édition, 2012, p. 277. Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de la sécurité juridique en droit français*, *op. cit.*, 2012, p. 48.

⁵⁸ Karl Raimund POPPER, Corine VERDAN – MOSER, André VERDAN, *Etat paternaliste ou Etat minimal : remarques théoriques et pratiques sur la gestion de l'Etat démocratique*, Editions de l'Aire, 1997.

⁵⁹ John GRAY, « Hayek on the Market Economy and the Limits of State Action », in Dieter HELM, *The economic borders of the state*, *op. cit.*, p. 128.

⁶⁰ Marc LOISELLE, *Le concept d'Etat de droit dans la doctrine juridique française*, *op. cit.*, p. 463

⁶¹ Marie-Pauline DESWARTE, « Droits sociaux et Etat de droit », *Revue du droit public*, 1995, n° 4, p. 951. Voir sur ce conflit, Xenofon KONTIADIS, *Le nouveau constitutionnalisme et les droits fondamentaux après la révision constitutionnelle de 2001*, Ant. N. Sakkoulas, 2002, p. 457, p. 493 (en grec).

⁶² Michel FROMONT, Alfred RIEG, *Introduction au droit allemand*, Tome II, Editions Cujas, 1984, p. 23.

⁶³ Ainsi, dans l'arrêt très célèbre de la Cour constitutionnelle allemande « *numerus clausus* » le principe social, combiné au principe d'égalité, est susceptible de fonder dans le chef des individus des « droits-créances dérivés » sous la forme d'un égal accès à des prestations déjà établies par les autorités publiques. Voir Olivier JOUANJAN,

45. Deuxièmement, la nécessité de déterminer les *éléments constitutifs* d'un Etat social apparaît d'autant plus importante que la sociologie relève plusieurs types d'Etat social en fonction du système de sécurité sociale qui les caractérise. D'après une classification très connue⁶⁴, il existerait au moins deux types de systèmes de sécurité sociale parmi les Etats européens : le système adopté par les Etats continentaux d'après le modèle introduit par Otto von Bismark en Allemagne et celui de l'Angleterre qui a suivi le modèle élaboré par William Beveridge⁶⁵.

46. Le premier modèle se fonde sur le statut de *travailleur* qui réserve une partie de son salaire (« cotisation ») tout au long de son travail pour accéder aux différentes prestations pendant ou à la fin de sa vie active. Le second est indépendant du statut de travailleur et financé par le budget public, soit par le bais de l'impôt et non de cotisations. Ce dernier peut poser question car même s'il vise l'accès de tous les individus aux prestations, le budget public étant limité, il finit souvent par en « cibler » certains en considérant leurs conditions de ressources. Les deux modèles impliquent donc des conceptions très différentes de l'« universalité » des prestations, autrement dit de l'accès le plus large possible des individus aux prestations. Le premier est organisé d'une telle manière qu'il protège notamment les individus ayant des ressources issues d'une vie professionnelle active tandis que le second protège plutôt ceux qui n'ont pas suffisamment travaillé et qui se trouvent en situation précaire.

47. Même si les auteurs ne nuancent pas toujours les deux concepts, le modèle assurantiel de Bismarck renvoie dans le langage courant à l'*Etat social*, alors que le modèle assistanciel de Beveridge à l'*Etat providence*, terme qui traduit l'expression anglaise de « *Welfare State* »⁶⁶. Cependant, à défaut de sens spécifique de l'*Etat social*, il est impossible de savoir *a priori* quelles sont les *caractéristiques essentielles* qui le différencient de l'*Etat providence*. Ce serait une systématisation juridique du concept que de décrire les *propriétés constitutives* qui permettent de classer les Etats octroyant des prestations au sein de l'une ou de l'autre catégorie. Il s'agit d'une lacune importante à notre époque dans laquelle la nécessité de limiter le budget public privilégie de plus en plus le modèle de l'*Etat-providence* au détriment de celui de l'*Etat social*.

« La théorie allemande des droits fondamentaux », *op.cit.* Dans cette perspective l'idée selon laquelle ces principes fondent les droits sociaux est aujourd'hui très répandue. Carlos MIGUEL HERRERA, *Les droits sociaux, op. cit.*, p. 24, p. 27.

⁶⁴ Gøsta ESPING ANDERSEN, François-Xavier MERRIEN, *Les trois-mondes de l'État-providence*, PUF, 2007, p. 41. Le troisième monde se réfère au « modèle nordique » qui décrit les particularités des Etats scandinaves.

⁶⁵ Pierre ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale*, Editions du Seuil, 1998, p. 17.

⁶⁶ Alain SUPIOT, *Grandeur et misère de l'État Social, op.cit.*, p. 20.

48. La présentation ainsi réalisée de trois pistes de contestation de la conception d'une « faible normativité » du principe de l'Etat social nous permet de revenir sur son caractère « non obligatoire » en soulignant les incohérences de la position classique. Il convient à présent d'écarter toutes difficultés persistantes autour de la « faible normativité » du principe de l'Etat social à travers le recours au « normativisme » et de définir une nouvelle problématique qui doit accompagner toute étude pertinente du principe de l'Etat social.

2 - L'antithèse retenue par le biais du recours au normativisme et la nouvelle définition du problème relatif au principe de l'État social

49. L'appréciation doctrinale de la « faiblesse normative » du principe de l'Etat social est fondée sur des arguments critiquables dont il convient à présent de souligner les défaillances. Il importe dès lors de suivre la méthodologie normativiste afin de démontrer que le principe de l'Etat social n'est pas un principe de *force programmatique* mais qu'il s'agit d'un *principe obligatoire*.

50. La reconsidération du principe de l'Etat social à travers le prisme du « normativisme » permet de dépasser définitivement tant la distinction entre règles et principes (i), que la considération d'une inefficacité du principe de l'Etat social (ii). Ainsi, il est possible de recentrer le problème traité dans la présente étude qui porte sur la recherche des « limites » de l'habilitation du législateur issue du principe de l'Etat social (iii).

i - Le dépassement de la distinction entre règles et principes

51. Définir le « normativisme » permet de mettre en évidence comment la distinction entre règles et « principes » lui est étrangère. Il s'agira de la première étape d'une critique à l'encontre de la thèse classique de la « faiblesse normative » des normes sociales. Avant d'opérer une déconstruction de la « fausse distinction » entre règles et principes, il convient de rappeler certaines positions au fondement de la méthodologie normativiste.

52. Inscrire la présente étude dans le cadre de la conception « normativiste » relève d'un choix méthodologique, soit d'un choix lié à la question scientifique de savoir « comment » on acquiert

connaissance des « normes juridiques »⁶⁷. Le « normativisme », est un courant spécial du « positivisme juridique » qui s'inscrit dans la volonté de construire une science du droit sur le modèle des sciences de la nature⁶⁸. Dans la continuité du mouvement lancé par Auguste Comte, l'objectif du positivisme juridique était de libérer le discours sur le droit de la métaphysique. La méthodologie positiviste se limite par conséquent à décrire le droit positif comme un objet cognitif à travers des méthodes formalistes impliquant une neutralité axiologique⁶⁹. Elle se distingue ainsi du « jusnaturalisme » qui vise à rechercher le « juste » à travers le prisme de la morale, de l'idéologie et du « droit naturel ».

53. Le « normativisme » fait en particulier référence à la « théorie pure du droit » établie par Hans Kelsen. Par le biais de celle-ci, le juriste autrichien a défendu une approche méthodologique du droit qui, se fondant *exclusivement* sur la science juridique, se débarrasse de tout élément issu de la morale⁷⁰ ; mais aussi de la science politique, de la sociologie, de la psychologie et de l'histoire⁷¹. En se fixant un tel objectif, la *théorie pure* se distingue notamment de deux autres écoles positivistes établies par des juristes allemands au XIX^e siècle : l'école de la *pensée historique* menée par Savigny et l'*école psychologique* fondée par Bierling⁷². Le normativisme renvoie à la conception la plus stricte du positivisme qui écarte tout aspect extra-juridique de l'analyse du droit, allant en cela à l'encontre d'une tendance majoritaire parmi les juristes⁷³.

⁶⁷ Constantin STAMATIS, *Argumenter en droit*, Publisud, 1995, p. 9. Panagiotis PAPANIKOLAOU, *Méthodologie du droit civil et interprétation des contrats*, Ant. N. Sakkoulas, 2000, p. 1, p. 29 (en grec). Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016, p. 3. Jean-Louis BERGEL, « Méthodologie juridique », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1020.

⁶⁸ Eric MAULIN, « Positivisme » in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op.cit.*, p. 1171.

⁶⁹ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op.cit.*, p. 3, p. 25.

⁷⁰ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction par Charles EISENMANN, L.G.D.J., 1999, p. 78 : « La science du droit ne saisit la science du droit qu'en tant qu'elle est matière de normes juridiques, c'est-à-dire en tant qu'elle est régie par de telles normes ; par cette raison, elle représente une interprétation normative des faits en question », p. 115 : « C'est précisément par cette tendance anti – idéologique qui est la sienne que la théorie pure du droit s'affirme une véritable science du droit. Car il y dans la science, en tant que connaissance, la tendance immanente à dévoiler la réalité de son objet ; l'idéologie au contraire dissimule la réalité, soit en la transfigurant dans l'intention de la conserver, de la défendre, soit en la défigurant, dans l'intention de l'attaquer, de la détruire et d'y substituer une autre. Semblable idéologie a ses racines dans la volonté et non dans la connaissance ».

⁷¹ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p. 9 : « Pourquoi se dénomme-t-elle elle-même une théorie 'pure' du droit ? C'est pour marquer qu'elle souhaiterait simplement assurer une connaissance du droit, du seul droit, en excluant de cette connaissance tout ce qui ne se rattache pas à l'exacte notion de cet objet. En d'autres termes, elle voudrait débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers. Tel est son principe méthodologique fondamental ».

⁷² Panagiotis PAPANIKOLAOU, *Méthodologie du droit civil et interprétation des contrats*, *op. cit.*, p. 10.

⁷³ Charalabos ANTHOPOULOS, Xenofon KONTIADIS, Georges KATROUGALOS, Giannis TASOPOULOS, *Constitution et interprétation, la contribution de Dimitris Tsatsos*, Ant. N. Sakkoulas, 2008, p. 24. (en grec).

54. La présente analyse n'est pas une étude sur le normativisme et ne prétend pas, dès lors, argumenter pour prouver qu'il s'agit de l'école méthodologique la plus fiable. Plusieurs auteurs⁷⁴ ont déjà traité la même question de manière très convaincante. Ils démontrent que le normativisme permet de déconstruire les « faux dilemmes » et de se focaliser sur des questions pertinentes en se débarrassant d'éléments étrangers au droit. Notre analyse s'appuie sur les *postulats du normativisme*, ce qui nous semble être le moyen le plus adéquat de dépasser les nombreux problèmes auxquels la doctrine a été confrontée en étudiant la question sociale.

55. Les principales positions normativistes prises en compte dans le cadre de notre étude sont relatives à l'« interprétation » des normes, soit l'acte par lequel le destinataire de la norme connaît sa signification⁷⁵. Tout d'abord, le *normativisme* aborde d'une manière spécifique le rôle du *juge* en tant qu'organe de contrôle de la conformité des normes. En respectant strictement la non-dérivabilité du normatif à partir du factuel, il défend une *théorie de la nature de l'objet (ontologie) stipulative* selon laquelle il est possible de *connaître* les phénomènes qui nous donnent accès aux significations normatives⁷⁶. Pour la théorie normativiste, la norme n'est pas produite par la *volonté*, mais est seulement la signification d'un acte de volonté prescrit par le droit⁷⁷. En matière d'*interprétation* des normes, le normativisme s'oppose ainsi à l'école « réaliste » selon laquelle l'interprétation n'est qu'un *acte de volonté*⁷⁸.

56. Le *normativisme* comme le *réalisme* qualifie l'analyse sémantique des normes opérée par le juge, organe habilité à effectuer le contrôle d'« interprétation authentique ». Celle-ci se distingue de l'interprétation réalisée par des individus non habilités pour cette tâche - la doctrine - en ce qu'elle produit une norme⁷⁹. Par opposition à l'interprétation de la doctrine qui peut être *vraie ou fausse*, l'interprétation authentique ne peut être critiquée de la même manière dans la mesure où elle est la « concrétisation » d'une norme ; soit la production d'une norme spéciale sur le fondement d'une norme générale⁸⁰. Dans le cadre de notre étude, la *concrétisation* réalisée par le juge désigne l'interprétation authentique⁸¹.

⁷⁴ Précisément sur ce sujet, voir : Otto PFERSMANN, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in Otto PFERSMANN, Gérard TIMSIT, *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, 2004, p. 10, p. 14. Xavier MAGNON, « En quoi le positivisme - normativisme - est-il diabolique ? », *RTD civ.*, n° 2, 2009, p. 269.

⁷⁵ Panagiotis PAPANIKOLAOU, *Méthodologie du droit civil et interprétation des contrats*, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁶ Otto PFERSMANN, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », *op.cit.*, p. 14.

⁷⁷ Xavier MAGNON, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁸ Olivier JOUANJAN, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, vol. 54, n° 2, 2011, p. 27.

⁷⁹ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 340, p. 341.

⁸⁰ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 101.

⁸¹ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p. 340.

57. La différence principale entre le normativisme et le réalisme tient au fait que pour le premier courant, l'interprète authentique *ne crée pas le droit* mais choisit une solution parmi *plusieurs solutions possibles* que la norme générale implique⁸². C'est justement parce que l'interprétation est un acte de connaissance et non de volonté de l'organe d'application qu'il ne s'agit pas d'une création libre de droit par le juge.

58. Dans le cadre du normativisme, la *concrétisation* à laquelle procède l'interprète authentique est envisagée dans la perspective d'un *système hiérarchique et dynamique* de normes. Pour la théorie normativiste, une norme supérieure détermine toujours les conditions d'apparition d'une norme inférieure. C'est seulement la « validité » de la norme qui compte pour qu'elle ait des conséquences, c'est-à-dire le fait d'être *produite sur un fondement valide*. C'est d'ailleurs pour cette raison que ce courant admet qu'une norme concrétisée puisse comporter un défaut sans pour autant perdre sa validité⁸³. Tel est le cas lorsqu'une norme irrégulière n'est pas annulée par le juge. Elle est alors annulable mais pas nulle. La *validité* du système repose en dernier lieu sur une *Norme fondamentale*. En France et en Grèce, on appelle « Constitution » l'ensemble de normes suprêmes que l'on suppose déjà donné dans le système⁸⁴.

59. Partant de cette brève exposition des principaux postulats du normativisme quant à l'interprétation des normes, il convient de démontrer que ces dernières sont inconciliables avec la distinction entre règles et « principes » que nous avons présentée antérieurement⁸⁵. La raison en est que d'après la théorie normativiste, il n'existe pas de normes non obligatoires : toutes étant entendues comme des « énoncés déontiquement modalisés », la *validité* ne peut pas être distinguée de la *normativité*⁸⁶. La normativité n'est pas une donnée variable parmi les normes d'un système.

60. Dans la perspective du normativisme, les « principes » ne peuvent être conçus ni comme des normes générales qui orientent la jurisprudence, ni comme des normes non écrites. Le fait que les juristes appréhendent les « principes » comme des normes distinctes des *règles* ne

⁸² Otto PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002, n° 50, p. 279, p. 294, p. 300-302.

⁸³ Otto PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *op.cit.*, p. 308.

⁸⁴ La Norme fondamentale ne s'identifie pas à la Constitution, car cette dernière en tire sa validité. Voir notamment : Otto PFERSMANN, « Hiérarchie des normes », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op.cit.*, p. 779, p. 780.

⁸⁵ Voir *supra*, p. 21.

⁸⁶ Otto PFERSMANN, « Pour une typologie modale de classes de validité normative » ; Jean-Luc PETIT, « La querelle des normes », *op. cit.*, p. 74, 80.

signifie pas que cette distinction soit vraie. C'est le choix d'une ontologie qui conditionne l'argumentation ; non l'inverse⁸⁷. Il convient, en l'espèce, d'envisager les « principes » dans le cadre d'une ontologie hiérarchique en argumentant à l'encontre d'une telle distinction.

61. S'agissant des « principes directeurs » de la jurisprudence, on retrouve l'idée de Dworkin selon laquelle les *principes* permettent aux juges de résoudre les questions qui se posent à eux par la conciliation, alors que les *règles* entraînent la mise à l'écart d'autres règles. Dans le cadre de la théorie normativiste, les principes ne peuvent impliquer des solutions différentes des règles pour la simple raison qu'ils ne peuvent être véritablement différenciés d'elles. On le sait, l'ontologie hiérarchique détermine la *validité* de tous les énoncés de la même manière en la conditionnant à une production normative fondée sur une norme supérieure. Tant que les *principes* relèvent du même fondement que les *règles*, aucune distinction entre les deux n'est admissible.

62. De manière identique qu'à l'égard des *règles*, le juge n'a pas, dans le cas des *principes*, plus de liberté dans la recherche d'une solution appropriée. Cela résulte du fait que dans les deux situations, sa volonté est limitée au choix d'une solution parmi *plusieurs solutions admissibles* de concrétisation de la norme supérieure. L'ontologie hiérarchique permet de comprendre la *pondération* faite par le juge comme l'attribution d'une certaine liberté de choix assortie, en général, d'une obligation de justification⁸⁸ ; sans toutefois que cette liberté s'assimile à la *création* de droit. Le normativisme admet qu'il existe toujours une marge discrétionnaire du juge quant au choix de la solution finale, mais jamais une solution « inventée » par le juge. En revanche, la théorie proposée par Dworkin attribue un « pouvoir créateur » à l'interprète⁸⁹.

63. La seule justification d'une différenciation entre *principes* et *règles* réside dans le constat que les principes sont dans la plupart de cas des normes *générales* et *indéterminées*. Or, il s'agit d'une propriété qui relève de leur contenu et n'a aucune conséquence sur leur validité. Le critère du degré de précision des énoncés devrait être retenu non pour identifier telle ou telle catégorie de normes, mais pour apprécier les différentes conséquences que leur consécration emporte⁹⁰.

⁸⁷ Otto PFERSMANN, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », *op.cit.*, p. 14.

⁸⁸ Otto PFERSMANN, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », *op.cit.*, p. 32, 33 : « Une pondération n'est autre chose que l'obligation d'introduire une hiérarchisation entre plusieurs conditions ou entre plusieurs conséquences. Elle peut être plus ou moins contraignante c'est-à-dire attribuer au décideur un plus ou moins grand degré de liberté de choix. La thèse de Dworkin n'introduit aucune pondération mais un encadrement rigide pour tout cas possible puisque tout problème possède une solution et une seule ».

⁸⁹ Michel TROPER, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 41.

⁹⁰ Xavier MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, p. 61.

La seule conséquence porte sur le fait que plus la formulation de la norme est vague et indéterminée, plus le nombre de solutions possibles s'accroît pour l'interprète authentique.

64. C'est dans la même perspective qu'il convient de traiter un second cas, celui des « principes non écrits » qui comblent les lacunes du droit⁹¹. Les lacunes du droit trouvent leur justification si on considère que les normes indéterminées sont équivalentes aux normes incomplètes. Or, la position selon laquelle le droit peut comporter des lacunes heurte l'idée de *complétude* du droit qui régit la théorie normativiste⁹². L'idée même de lacunes du droit présuppose que l'interprétation de la norme soit un acte de volonté de l'organe d'application⁹³. Pour l'école réaliste de l'interprétation, la dernière position est admissible puisque l'interprétation fait le droit. En revanche, pour la théorie normativiste, c'est le droit qui fait l'interprétation et l'indétermination augmente simplement les solutions possibles de concrétisation⁹⁴.

65. Dès lors, l'ontologie hiérarchique nous permet d'écarter la distinction entre règles et « principes » et la conception selon laquelle les derniers seraient des normes plus « faibles » que les règles. Puisque leur *validité* est affirmée à l'appui des mêmes critères de production que ceux des règles, les principes sont également *obligatoires* pour les organes de l'Etat. Il convient à présent de préciser dans quelle mesure la même affirmation est pertinente au regard, en particulier, du *principe de l'Etat social*.

ii - Le dépassement de l'inefficacité du principe de l'État social

66. Il n'est pas possible d'appréhender le principe de l'Etat social en tant que *principe obligatoire* sans dépasser la conception selon laquelle il s'agit d'un *principe inefficace*. Une telle conception se fonde non seulement sur une assimilation des droits sociaux aux droits qui fondent des obligations positives non contrôlables, mais aussi sur l'absence de sens spécifique de l'« Etat social » qui ne signifie alors rien d'autre qu'un ordre juridique contenant des *droits*

⁹¹ Philippos SPIROPOULOS, *L'interprétation de la Constitution*, *op. cit.*, p. 1.

⁹² Hans KELSEN, *Théorie pure de droit*, *op. cit.*, p. 245, 246. « On saisit ainsi l'idée essentielle de cette argumentation : elle est que l'application du droit en vigueur consistant à conclure du général au particulier ne serait logiquement pas possible dans des cas où la première nécessaire, la norme générale, ferait défaut. Cette idée est fautive car elle repose sur la méconnaissance du fait que lorsque l'ordre juridique n'établit pas l'obligation d'un individu d'adopter une certaine conduite, il permet la conduite contraire ». Lire également, Otto PFERSMANN, « Lacunes et complétude » in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op.cit.*, p. 911, p. 912 : « Un système forme par exemple est sémantiquement complet si chaque énoncé vrai (ou valide) est généralement dérivable dans ce système ».

⁹³ Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁴ Otto PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, *op.cit.*

*sociaux*⁹⁵. C'est en contestant chacune de ces *deux positions* séparément qu'il devient possible de déconstruire le lien entre le principe de l'Etat social et sa prétendue inefficacité dans la lignée de la théorie normativiste.

67. Le *premier aspect* de ce lien repose sur l'idée que les droits sociaux fondent des *obligations positives* qui ne peuvent faire l'objet d'un contrôle à défaut d'habilitation du juge à contrôler une carence législative. D'après la vision classique, l'*inefficacité* des droits sociaux est due à l'absence d'*applicabilité directe* ; soit la permission accordée à l'individu de saisir le juge sur le fondement de la norme supra -législative, même à défaut d'une intervention législative préalable. Si les droits sociaux étaient *directement applicables*, le juge serait habilité à contrôler l'omission législative et empièterait ainsi systématiquement sur la compétence du législateur de créer des prestations. Conformément à la distinction suggérée par Jellinek, l'*applicabilité directe* ne pose pas le même problème pour les droits-libertés, car ils fondent notamment des obligations négatives pour le législateur. Celui-ci étant obligé de ne pas intervenir dans la sphère de l'individu, le contrôle ne pose alors aucun problème.

68. Afin de déconstruire la position de l'*inefficacité* des normes sociales, il convient tout d'abord de relativiser leur absence d'*applicabilité directe*. Il est question, en particulier, de différencier les ordres juridiques ici examinés de l'ordre juridique allemand. Admettre que le législateur n'a pas d'*obligations positives* non seulement en matière de droits sociaux, mais *plus généralement* de droits constitutionnels, est une nécessité aussi bien en France qu'en Grèce. Contrairement à l'Allemagne, ces deux Etats n'ont pas consacré de *recours direct d'inconstitutionnalité*⁹⁶. Il s'ensuit qu'en France et en Grèce, l'ensemble des droits constitutionnels, indépendamment de leur sens exact, *habilite* le législateur à agir afin de *concrétiser* leurs énoncés. Il n'est pas approprié d'examiner les obligations du législateur *avant qu'il agisse* (« réserve de la loi »).

69. Il s'ensuit que la *carence* des législateurs français et grec ne peut être contrôlée s'agissant de l'*ensemble* des droits constitutionnels et non seulement des droits sociaux. En France et en Grèce, la concrétisation des droits constitutionnels peut être *contrôlée* sur le fondement des droits constitutionnels, mais seulement d'une *manière négative*. De ce point de vue, les droits constitutionnels sont des normes qui disent ce que le législateur « ne peut faire » lorsqu'il fait

⁹⁵ Voir *supra*, p. 28 et s.

⁹⁶ Sur les modalités exactes du contrôle, voir *infra*, p. 49 et s.

usage de son habilitation, soit des normes consacrant des *obligations négatives*. Par conséquent, le débat autour de l'*applicabilité directe* des droits constitutionnels s'appuie, pour ces deux Etats, sur une question inopérante⁹⁷.

70. La question qui se pose, ensuite, est celle de savoir dans quelle mesure cette assertion entraîne le constat de l'*inefficacité* des droits sociaux. En réalité, l'absence d'*applicabilité directe* des droits sociaux ne signifie pas forcément que ces derniers sont *inefficaces*. La présente analyse admet, à l'instar de la doctrine dominante, que le législateur est seulement *habilité* et nullement *obligé* à produire des normes sur le fondement des droits sociaux. Cependant, à la *différence* de celle-ci, elle n'appréhende pas cela comme un obstacle au respect des *droits sociaux* par le législateur. Nous optons donc pour une approche alternative de la question posée : tout en écartant la consécration d'*obligations positives*, on affirme l'*efficacité* des *droits sociaux*. La clé du syllogisme opéré repose sur la définition normativiste de l'*efficacité*, en tant que *fait* pour une norme d'être *davantage respectée que transgressée*.

71. Une nouvelle signification de l'*efficacité* se présente ; autre que celle de la « réalisation de plein effet » des normes par le biais de *mécanismes adéquats*. Cette dernière signification, retenue par la doctrine dominante, est écartée dans la théorie normativiste en tant que donnée extérieure en droit positif. Il est, en effet, différent de rechercher les *moyens* de faire respecter les normes et de vérifier seulement si les normes sont *respectées* par les organes étatiques. Entre ces deux acceptions distinctes de l'*efficacité*, seul la seconde présente un certain intérêt dans le cadre du *normativisme*.

72. Il ne s'agit toutefois pas d'un intérêt théorique évident. La théorie normativiste s'intéresse principalement à ce que le *système des normes* soit, *grosso modo*, efficace, en appréhendant l'*efficacité* en tant que *propriété constitutive* du système⁹⁸. Elle ne s'intéresse pas à l'*efficacité* de *chaque norme* envisagée séparément, ce qui est avant tout vu comme une *donnée empirique*.

⁹⁷ En dépit du fait que l'applicabilité directe des droits constitutionnels « impressionne » les juristes, le concept implique, en réalité, certains inconvénients. Sa principale difficulté repose sur son incompatibilité avec la définition du système normatif en tant que système hiérarchisé et dynamique de normes. L'ordre juridique relevant d'un tel système, les normes constitutionnelles sont avant tout vues comme des normes qui produisent d'autres normes. Contrairement à un système moral qui peut être donné une fois pour toutes, un ordre normatif serait inopérant s'il ne contenait que les règles concernant directement les obligations des destinataires. Lire, Otto PFERSMANN, « Carré de Malberg et "la hiérarchie des normes" », *RFDC*, 1997, n° 31, p. 481, p. 486.

⁹⁸ Le Professeur PFERSMANN critique la conception kelsénienne selon laquelle l'efficacité est une condition de validité du système, en soutenant qu'elle n'est qu'une propriété structurale. Lire, Otto PFERSMANN, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », Jean – Luc PETIT, « La querelle des normes », *op.cit.*, p. 89, p. 90, p. 91.

73. Cependant, bien que l'*efficacité* n'influence nullement la *validité* d'une norme, dans l'hypothèse d'une *inefficacité totale* des droits sociaux, l'étude resterait dépourvue d'objet scientifique. Plus simplement, si les individus ne jouissaient concrètement d'aucune prestation matérielle, on serait obligé d'admettre que les *droits sociaux valides* ne sont que des *normes isolées de rang supérieur* ne donnant lieu à aucune concrétisation législative.

74. Notre intérêt pour l'*efficacité* des droits sociaux est de ce point de vue implicitement posé. Ce n'est pas tant l'*efficacité* des droits sociaux qui nous intéresse que la dévalorisation potentielle de notre sujet dans l'hypothèse de leur *inefficacité totale*. Le risque est pourtant écarté en ce qui concerne les deux Etats faisant l'objet de la recherche. Les droits sociaux désignent un objet scientifique digne d'intérêt scientifique tant en France qu'en Grèce, car une *législation sociale* riche préexistait en réalité à leur consécration au rang constitutionnel⁹⁹. Il s'ensuit que les droits sociaux constitutionnels sont non seulement *valides* mais aussi *efficaces*, même si le contrôle des obligations positives n'est possible dans aucun des deux Etats. Notre analyse se différencie, dès lors, sur ce dernier point de la thèse dominante.

75. S'il est possible de dépasser ainsi l'idée que les droits sociaux sont *inefficaces*, il importe de s'interroger sur le sens exact de l'« Etat social » sous ce nouvel angle. Le *second aspect* du lien entre le principe de l'Etat social et la position qui considère son *inefficacité* consiste dans l'acceptation selon laquelle l'« Etat social » est l'Etat qui contient des droits sociaux. Selon la position classique débattue, puisque ces derniers fondent des obligations positives non contrôlables, le « principe de l'Etat social », dans son ensemble, ne renvoie pas à des normes obligatoires mais à des *directives* destinées au législateur.

76. Or, si les droits sociaux *habilitent* le législateur à les *concrétiser* et si l'habilitation a déjà donné lieu à une *législation sociale*, un nouveau constat devient possible. Lorsque les constituants qualifient un Etat de « social », la qualification renvoie à la législation sociale qui existait à ce moment. Un ordre juridique se voit accorder cette qualification non seulement parce qu'il octroie des prestations aux individus, mais aussi parce qu'il le fait d'une certaine manière, constitutionnellement protégée. La qualification de « social » englobe donc les *conditions* dans lesquelles l'Etat garantissait l'accès des individus à des prestations au moment de son insertion au rang constitutionnel.

⁹⁹ En 1958 en France et en 1975 en Grèce, les Etats disposaient déjà d'écoles, d'universités, de la sécurité sociale, d'hôpitaux publics, de bureaux d'aide à l'emploi, d'organismes de logement social, etc. Pour une analyse détaillée, voir *infra*, p. 395 et s.

77. Qualifier l'Etat de « social » acquiert ainsi un *sens spécifique* qui décrit ses *caractéristiques essentielles*. Cette qualification témoigne non seulement du *caractère public* de l'octroi des prestations, mais apporte également des conclusions sur la question de l'*universalité* et de la *gratuité* de leur fourniture. L'*Etat social* n'est dès lors plus considéré comme l'Etat qui octroie des prestations à des individus d'une manière indéterminée, mais une *structure normative* impliquant pour le législateur l'*habilitation* de maintenir des caractéristiques spéciales et l'*interdiction* de les abroger. Révéler le sens exact de l'*Etat social* impliquera par conséquent d'identifier ses *caractéristiques essentielles* tout au long de l'analyse qui suit.

78. La tâche devient possible par le biais de l'« interprétation historique » des dispositions constitutionnelles que la méthodologie normativiste retient comme la méthode la plus pertinente d'interprétation, en se différenciant d'autres méthodes scientifiques d'interprétation telles que la méthode grammaticale, systématique, ou téléologique¹⁰⁰. Par « interprétation historique », on entend l'analyse qui étudie le sens des normes juridiques à la lumière des *conditions historiques objectives* présentes au moment de leur consécration. Il importe toutefois de ne pas confondre ce type d'interprétation avec la recherche de la « volonté » des rédacteurs des normes, celle-ci étant une approche *subjective* qui renvoie à l'interprétation *téléologique*¹⁰¹. Même si les deux types d'interprétation s'appuient sur le contexte historique de la production des normes, seule l'interprétation historique n'opère pas de reconstruction de la volonté des rédacteurs de la Constitution.

79. Enfin, retenir l'interprétation historique comme méthode d'interprétation nous interdit de s'appuyer sur des normes autres que celles des *droits sociaux* et de celles qui consacrent l'*Etat social* afin d'identifier les habilitations et les interdictions qui pèsent sur le législateur en matière sociale. Des obligations négatives peuvent reposer sur le législateur sur le fondement d'autres normes, comme le « principe d'égalité » et le « principe de dignité de la personne humaine », mais elles ne seront pas vues comme des « fondements spécifiques » du principe de l'Etat social¹⁰². Leur consécration au rang constitutionnel n'a pas déterminé le sens du principe

¹⁰⁰ Philippos SPIROPOULOS, *L'interprétation de la Constitution*, op. cit., p. 50. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 387.

¹⁰¹ Constantin STAMATIS, *Argumenter en droit*, op. cit., p. 44. « La théorie objective de l'interprétation soutient qu'il est futile de vouloir dévoiler la volonté du législateur dit historique. La disposition légale ne peut que s'autonomiser de la volonté des personnes qui ont légiféré ».

¹⁰² La présente étude procède à une distinction entre ces normes qui fondent d'une manière autonome le principe de l'Etat social (« fondements spécifiques ») et celles qui le fondent seulement en combinaison avec les premières

de l'Etat social contrairement à ses normes constitutives. Ces dernières clarifient en effet quelles sont les habilitations et les obligations négatives des organes étatiques (*structure*) et quelles sont les permissions des individus (*substance*) dont le respect garantit la liberté matérielle au sein d'un ordre juridique.

80. Il suit de l'étude précédente que la position de la « faible normativité » du principe de l'Etat social doit être définitivement écartée. Dans cette perspective, il importe de préciser la nouvelle problématique abordée par la présente étude.

iii - Une nouvelle problématique autour du principe de l'État social : la détermination nécessaire des « limites » de l'habilitation du législateur

81. Nous avons pu relever que le principe de l'Etat social n'implique pas d'obligations positives pour le législateur, mais des *habilitations* limitées par des *interdictions*. Il s'ensuit que le principal *problème* qui sera traité ne sera plus celui de savoir comment assurer le contrôle des obligations positives, mais dans quelle mesure le législateur concrétise librement le principe de l'Etat social. Plus précisément, il est question de se demander dans quels cas son habilitation est encadrée par des interdictions ou, autrement dit, de déterminer les « limites » à son habilitation.

82. Si le principe de l'Etat social habilite le législateur à le concrétiser, il habilite également le juge à lui interdire une concrétisation. La question de *l'étendue de l'habilitation* du législateur place alors au cœur du sujet celle de *l'interprétation authentique* du principe de l'Etat social. L'habilitation du législateur à concrétiser le principe de l'Etat social librement finit là où commence l'habilitation du juge à lui interdire de le faire. Une telle interdiction fait partie de *plusieurs solutions admissibles* par lesquelles le principe de l'Etat social limite l'habilitation du législateur. Les « limites » de la compétence du législateur à concrétiser le principe de l'Etat social signifient les « solutions admissibles des interdictions ».

83. L'examen des *limites* de l'habilitation du législateur se différencie selon qu'il s'agisse d'une concrétisation *positive ou négative* du principe de l'Etat social. Dans le premier cas, on se demande si des interdictions pèsent sur le législateur lorsqu'il intervient pour améliorer la

(« fondements complémentaires ») en y rattachant les principes d'égalité et de dignité de la personne humaine. Voir *infra*, p. 61, p. 62.

liberté matérielle des individus. Il est question, dès lors, de « limites maximales » du principe de l'Etat social. Dans le second cas, il s'agit de savoir s'il lui est interdit de réduire la liberté matérielle des individus. On s'intéresse alors aux « limites minimales » du principe de l'Etat social. Cohabitent ainsi un *maximum* et un *minimum* du principe de l'Etat social.

84. Afin de pouvoir déterminer avec précision les contours de l'habilitation du législateur, il convient de se demander à partir de quel moment le juge peut lui interdire une concrétisation. Le législateur sera totalement libre de légiférer sur la liberté matérielle des individus si le juge n'a pas la compétence de l'en empêcher. Afin de savoir avec certitude ce qui sera permis au législateur, il est nécessaire de rechercher d'abord ce que l'interprète authentique *n'est pas habilité à lui interdire*. C'est une *absence de compétence* du juge qui nous intéresse en l'espèce. Il s'agit précisément d'identifier la décision qui *dépasse le cadre des solutions admissibles*, allant *au-delà* de la compétence de l'interprète authentique. Du point de vue de notre étude, l'identification des *solutions inadmissibles d'interdiction* détermine le cadre des *solutions admissibles d'interdiction*. La détermination des premières résulte de la détermination des secondes dans les deux cas de concrétisation.

85. Premièrement, si les *limites* renvoient aux interdictions que le juge est habilité à prononcer, dans le cas d'une *concrétisation positive*, aucune limite ne l'encadre à première vue. Interdire au législateur d'améliorer la protection matérielle des individus à travers la création de prestations serait en effet une *solution inadmissible* sur le fondement du principe de l'Etat social. Il n'y a *a priori* pas de limites maximales au principe de l'Etat social. Cependant, la difficulté ici porte sur le fait que lui interdire de rester inactif serait également une *solution inadmissible*. La liberté du législateur d'intervenir positivement est tellement étendue qu'elle va jusqu'à la possibilité de ne pas intervenir du tout (*réserve de la loi*). L'amélioration de la liberté matérielle des individus rencontre, en ce sens, un obstacle.

86. Même si les interventions positives en vue d'assurer une liberté matérielle aux individus ne sont *a priori* pas limitées, c'est l'absence totale d'interdictions qui risque de les limiter. Il n'y aurait aucune limite à l'habilitation du législateur à concrétiser positivement le principe si la manière dont il exerce sa compétence aboutit toujours à l'amélioration de la liberté matérielle des individus. Plutôt que d'affirmer « l'absence de limites maximales » du principe de l'Etat social, il est alors préférable de parler de « limites intrinsèques » au principe de l'Etat social. Il devient ainsi clair que même si le législateur est libre d'améliorer les conditions matérielles

d'existence des individus, le fait qu'il ne puisse pas le faire limite finalement le principe de l'Etat social.

87. Deuxièmement, dans le cas d'une *concrétisation négative*, la solution inadmissible pour le juge serait l'interdiction de toute restriction des prestations matérielles. Il convient en effet d'admettre que de la même manière que le législateur est libre d'octroyer des nouvelles prestations, il est également libre de les réduire. Il s'agit d'une liberté qui n'est cependant pas inconditionnelle. Si le législateur réduisait la liberté matérielle des individus au point que le principe de l'Etat social se retrouverait sans objet, sa consécration au rang constitutionnel ne ferait plus sens. Une telle restriction de la part du législateur serait équivalente à une suppression du principe de l'Etat social qu'il n'est pas habilité à décider. Il s'ensuit la compétence du juge de lui interdire une restriction lorsqu'elle devient « excessive » au point d'abroger la liberté matérielle des individus telle que garantie par le principe de l'Etat social.

88. Il existe alors une « limite minimale » du principe de l'Etat social qui porte sur l'interdiction d'un recul excessif de la liberté matérielle des individus. Si la liberté du législateur de réduire les prestations heurte la garantie d'un *minimum de liberté matérielle* pour les individus, il est plausible de parler d'un « noyau dur » du principe de l'Etat social. De ce point de vue, la limite minimale de la restriction est en même temps une « contre-limite » au recul du principe de l'Etat social¹⁰³. Une telle *contre-limite* impose que certaines normes sociales doivent être maintenues par le législateur afin de ne pas neutraliser le principe de l'Etat social.

89. En conséquence, la question principale traitée dans la thèse porte sur l'étendue de l'habilitation du législateur à concrétiser *positivement et négativement* le principe de l'Etat social. Sa compétence à agir est, dans tous deux cas, limitée : d'une part, il peut améliorer la liberté matérielle des individus, mais cela n'est nullement une obligation positive ; d'autre part, il peut la réduire, mais il devra respecter un *minimum* inabrogeable. Dans le cas d'une concrétisation positive, la compétence du législateur est libre, mais intrinsèquement limitée (*limites intrinsèques*) ; dans le cas d'une concrétisation négative, celle-ci se heurte à l'interdiction de neutraliser la liberté matérielle des individus (*contre-limites*). Avant de procéder à l'analyse de la problématique présentée, il importe encore de préciser le cadre comparatiste retenu.

¹⁰³ Sur l'origine de ce concept, voir *infra*, p. 58, p. 59.

3 - La considération du problème dans une perspective comparatiste France-Grèce

90. La présente analyse est *comparatiste* : elle porte sur deux Etats mis en parallèle, la France et la Grèce. Elle s'inscrit dans le droit comparé, car elle tend à analyser son objet en mettant en lumière les points de convergence et de divergence entre les deux systèmes décrits¹⁰⁴. Il est surtout question de retenir les éléments communs aux deux ordres juridiques qui constituent la structure normative de l'*Etat social*. Même si l'*Etat social* est un *concept contingent* qui change légèrement de sens en fonction de l'ordre juridique concerné, il s'agit de dégager ses *caractéristiques essentielles* à défaut desquelles la qualification de « social » n'est pas possible. La perspective comparatiste éclaire ainsi la nature des propriétés constitutives de l'*Etat social* en nous permettant de mieux identifier sa présence.

91. Certains prolégomènes portant sur l'analyse comparative de la France et de la Grèce en tant qu'Etats sociaux s'avèrent indispensables. En particulier, l'étude des limites à l'action du législateur issues du principe de l'Etat social en France et en Grèce présuppose que ces deux Etats soient effectivement des « Etats de droit » (i). Précisons à cet égard que tous les deux ont consacré un contrôle de constitutionnalité qui se réalise cependant selon des modalités différentes (ii), mais également un contrôle de conventionnalité qui pose la question de la « primauté » entre normes supérieures (iii).

i - Le contrôle du législateur, élément constitutif de l'« État de droit »

92. La définition du concept d'« Etat de droit » ne fait toujours pas l'objet d'un compromis doctrinal. Les juristes allemands avaient développé dès le XIX^e siècle l'idée d'une « auto-limitation » des organes de l'Etat, de leur subordination au droit. Or, la forme exacte que cette dernière devrait prendre est longtemps restée incertaine¹⁰⁵.

93. En France, le sujet a fait l'objet de nombreuses controverses opposant une définition « objectiviste » et une définition « volontariste » de l'Etat¹⁰⁶. D'après la première, dont le principal représentant était Léon Duguit, l'origine du droit se trouve dans un ensemble de

¹⁰⁴ Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, p. 275. Voir également, Eleni MOUSTAIRA, *Etapas dans le développement du droit comparé. Positions et contre-positions*, Ant. N. Sakkoulas, 2004, p. 229 (en grec).

¹⁰⁵ Francis HAMON, Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., 2017, p. 43. Antonis MANITAKIS, *Etat de droit et contrôle de constitutionnalité*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 1994, p. 47 (en grec).

¹⁰⁶ Marc LOISELLE, *Le concept d'Etat de droit dans la doctrine juridique française*, *op. cit.*, p. 168.

phénomènes extérieurs à l'Etat qui est une entité dont l'action est guidée par le « service public »¹⁰⁷. Selon le deuxième courant, représenté notamment par Raymond Carré de Malberg, la limitation de l'Etat doit être recherchée dans sa propre volonté¹⁰⁸. Si par « souveraineté » on entend d'une manière générale l'habilitation d'un organe à déterminer *librement* ses propres actions et omissions¹⁰⁹, pour Duguit l'Etat n'est pas *souverain*, alors que pour Carré de Malberg le législateur est *souverain*.

94. La conception selon laquelle la « loi est souveraine », prépondérante avant la Seconde guerre mondiale dans la plupart des Etats européens, a progressivement cédé la place à un *contrôle de constitutionnalité des lois* qui est né de l'expérience de la Seconde guerre mondiale et de la manière dont l'« autolimitation » du législateur s'est effondrée devant les régimes totalitaires en Allemagne et en Italie¹¹⁰. Depuis lors, l'« Etat de droit » est entendu en tant qu'ordre juridique qui garantit la subordination du législateur à la Constitution. A cet égard, le « principe de constitutionnalité » se distingue du « principe de légalité » qui signifie la soumission de l'Administration à la loi¹¹¹. En France, le contrôle de constitutionnalité a été établi dans la Constitution de 1958 qui a créé le Conseil constitutionnel, organe chargé de l'exercer dans toute son étendue à partir de la décision « Liberté d'association » de 1971¹¹². En Grèce, l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité des lois a été consacré dans la Constitution de 1975¹¹³. Désormais, la question n'est plus celle de savoir dans quelle mesure il conviendrait de limiter ou non l'action du législateur, mais quelles sont exactement les normes constitutionnelles qui limitent sa compétence dans un Etat de droit.

95. La réponse à cette question dépend de la définition exacte que l'on retient de l'Etat de droit, qui peut aller dans un sens « formel » ou dans un sens « matériel ». Il s'agit d'une définition

¹⁰⁷ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La règle de droit, le problème de l'État*, Tome 1, E. Boccard, 1927.

¹⁰⁸ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Dalloz, 2003.

¹⁰⁹ Ainsi, un Etat est *souverain* parce qu'il dispose d'un pouvoir autonome. Lire not. Antonis PANTELIS, *Droit constitutionnel hellénique*, *op. cit.*, p. 27. Voir *infra*, p. 382 et s.

¹¹⁰ Michel FROMONT, Alfred RIEG, *Introduction au droit allemand*, Tome I, Editions Cujas, 1977, p. 47.

¹¹¹ Antonis MANITAKIS, *Etat de droit et contrôle de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 47.

¹¹² Voir *infra*, p. 80.

¹¹³ Le contrôle de constitutionnalité était réalisé par les hautes juridictions helléniques (Cour de Cassation, n° 23/1897- CdE, n° 1/1929) également sous le régime des constitutions précédentes. C'est toutefois la Constitution de 1975, constitution qui marque le passage de la dictature des colonels à la démocratie, qui lui donne la place centrale qui lui est reconnue aujourd'hui. Cette Constitution est souvent mentionnée en tant que produit d'une révision constitutionnelle, mais l'Assemblée constituante de 1975 disposait du *pouvoir constitutionnel originnaire* - et non du *pouvoir constitutionnel dérivé* - et était ainsi chargée de la tâche de rédiger une nouvelle constitution. Lire, Georgios KASIMATIS, *L'interprétation de la Constitution*, *op. cit.*, p. 9.

« formelle » si l'on tient compte des seules les propriétés constitutives de l'ordre juridique. Il sera question d'une définition « matérielle » si l'on tient compte des structures normatives contingentes dont le sens exact varie selon l'ordre juridique qui les consacre¹¹⁴. Pour Kelsen, par exemple, seule une définition formelle de l'Etat de droit est possible ; définition qui aboutit à une tautologie avec l'Etat¹¹⁵. Selon l'approche kelsénienne, si l'Etat est un ordre juridique, c'est-à-dire un ensemble de normes juridiques hiérarchisées disposant d'une certaine unité, il se confond avec le droit. Il n'y a alors pas lieu d'évoquer un Etat de droit : tout Etat est un Etat de droit par le fait d'être un système de normes.

96. Pour une grande partie des auteurs, une telle position est cependant critiquable dans la mesure où elle impliquerait une liberté totale du législateur dans la production de normes. Or, si le législateur n'est pas contraint par le *contenu* des normes constitutionnelles mais seulement par la *forme* de l'ordre juridique, même un Etat totalitaire pourrait être qualifié d'*Etat de droit*¹¹⁶. Contrairement alors à l'approche normativiste de l'Etat de droit, la majorité des auteurs¹¹⁷ entend l'Etat de droit dans un *sens matériel* en y associant, par exemple, autant la « démocratie »¹¹⁸ que les *droits constitutionnels*. Or, cette définition purement matérielle de l'Etat de droit n'est pas non plus satisfaisante parce qu'elle perd sa signification autonome¹¹⁹. Si l'Etat de droit est une synthèse de plusieurs structures normatives contingentes, le concept en tant que tel finit par devenir « inutile »¹²⁰.

97. Il convient, dès lors, de retenir une définition de l'Etat de droit qui implique autant des éléments formels que matériels, afin de dépasser les inconvénients de chacune des définitions mentionnées. Une telle *définition mixte* sera, en réalité, davantage matérielle dans la mesure où son sens exact pourra se spécifier en fonction de l'ordre juridique concerné. Le Professeur Pfersmann¹²¹ propose une telle définition sur la base du constat suivant. Historiquement, une phase « revendicative » durant laquelle les prérogatives du monarque étaient limitées par le

¹¹⁴ Otto PFERSMANN, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'Etat de droit », in Olivier JOUANJAN, *Figures de l'Etat de droit, le "Rechtsstaat" dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 53, p. 54.

¹¹⁵ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p. 281.

¹¹⁶ Antonis MANITAKIS, *Etat de droit et contrôle de constitutionnalité*, *op.cit.*, p. 50, p. 51.

¹¹⁷ Louis FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 30, p. 31. Michel FROMONT, Alfred RIEG, *Introduction au droit allemand*, Tome II, *op. cit.*, p. 10. François DREYFUS, « Les droits économiques et sociaux dans quelques constitutions récentes », *op. cit.* Anne-Laure VALEMBOSIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de la sécurité juridique en droit français*, *op. cit.*

¹¹⁸ Par « démocratie », on entend le fait d'élire un Parlement au suffrage universel.

¹¹⁹ Kostas CHRYSOGONOS, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 377, 385.

¹²⁰ Jean-Philippe DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne : étude comparée Allemagne, France, Italie*, *op. cit.*, p. 235.

¹²¹ Otto PFERSMANN, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'Etat de droit », *op. cit.*, p. 62, 63.

législateur a donné place à une phase « conquérante » durant laquelle les prérogatives du législateur sont limitées par un organe juridictionnel qui veille au respect de la Constitution. Les deux étapes font que l'Etat de droit contemporain est en réalité une conjonction d'un « Etat de droit minimal », qui signifie la réduction de la violence au moyen de l'institution de procédures parlementaires, et d'un « Etat de droit conforme », qui implique la correction de contenus « injustes »¹²². Ne pouvant éviter la production de normes fautives, un « Etat de droit fort » est ainsi, selon l'auteur, inaccessible.

98. La définition retenue de l'*Etat de droit* implique l'existence d'un contrôle de conformité des normes inférieures par rapport à celles qui se situent à un rang supérieur ainsi que la production de la loi par un organe indépendant tant de l'organe qui l'exécute (Administration) que de l'organe qui la contrôle (juge)¹²³. Le second élément constitutif de l'Etat de droit porte sur la « séparation des pouvoirs » ou « distribution des compétences » et implique que toute norme peut être contrôlée par des organes spécialisés et distincts de ceux qui l'ont édictée. Certaines garanties supplémentaires peuvent résulter de la définition de l'Etat de droit comme, par exemple, la détermination de la loi de telle sorte qu'elle soit compréhensible par son destinataire. Le respect de cette dernière garantie est indispensable pour que soit possible un contrôle de conformité¹²⁴.

99. En s'appuyant sur le contrôle de conformité de la loi aux normes supérieures ainsi que sur une distribution des compétences entre organes de l'Etat, on retiendra une approche *matérielle* de l'Etat de droit. La particularité de celle-ci repose sur le fait qu'elle contient moins d'éléments matériels que les définitions qui y intègrent également la *démocratie* et les *droits*. La définition de l'Etat de droit n'est pas ici une synthèse d'éléments contingents, mais repose sur l'identification de seulement deux éléments qui sont liés. Leur ancrage reste *formel*, car ils peuvent seulement être présents au sein d'un ordre juridique hiérarchique.

Afin de poursuivre notre réflexion, il convient de démontrer que la France et la Grèce sont effectivement des Etats de droit.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Xavier MAGNON, *Théorie(s) du droit*, op. cit., p. 84.

¹²⁴ L'Etat de droit implique le droit d'être le destinataire de normes clairement déterminées (dans la mesure du possible), au nom d'une exigence de la « sécurité juridique ». Lire *infra*, p. 499 et s.

ii - Le contrôle de constitutionnalité et ses particularités en France et en Grèce

100. Le contrôle de constitutionnalité des normes n'étant pas un dispositif purement formel, on doit tenir compte des nuances qui existent quant à son organisation en France et en Grèce. Autrement dit, il s'agit de relever les différences entre les modèles de contrôle de constitutionnalité des normes adoptés en France et en Grèce, avant de mettre en lumière un certain rapprochement, récent, de ceux-ci.

101. En premier lieu, notons qu'à l'origine, les Etats en question n'ont pas consacré le même type de contrôle de constitutionnalité des normes. La France a opté pour le modèle « continental » de contrôle - concentré, abstrait, *a priori*¹²⁵ - tandis que la Grèce a adopté le modèle « américain » de contrôle - diffus, incident, *a posteriori*¹²⁶ -. Dans le modèle classique français, les normes constitutionnelles dont la violation est susceptible de conduire à l'annulation d'une loi (« bloc de constitutionnalité ») ne peuvent être déférées au Conseil constitutionnel qu'à l'initiative d'organes étatiques. La qualification de « juge constitutionnel » est ici réservée à l'organe qui procède à l'examen de dispositions litigieuses après avoir été saisi par un organe externe. En revanche, dans le cas hellénique, toute juridiction peut *d'office* ou à la suite d'une demande directe de requérants (« exception d'inconstitutionnalité ») effectuer un tel contrôle.

102. Dans la mesure où toutes les juridictions helléniques peuvent procéder à un contrôle de constitutionnalité des normes, il n'y a pas de « juge constitutionnel » *ad hoc*, comme le Conseil constitutionnel français ; un constat qui rend donc l'usage du terme en réalité peu pertinent dans le cas de l'ordre juridique hellénique¹²⁷. Aussi est-il préférable d'employer l'expression « juge de la constitutionnalité » pour désigner de manière appropriée l'organe qui contrôle le respect de la Constitution dans les deux Etats. Par ailleurs, en Grèce, contrairement à la procédure employée en France, la loi ne peut être directement mise en cause par les requérants. La loi est *indirectement* attaquée à travers le recours contre un acte administratif. La même restriction ne

¹²⁵ Article 61 de la Constitution de 1958, alinéa 1^{er} : « Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution ».

¹²⁶ Article 93, par. 4 de la Constitution hellénique : « 4. Les tribunaux sont tenus de ne pas appliquer une loi dont le contenu est contraire à la Constitution ». Article 87, par. 2 : « 2. Dans l'exercice de leurs fonctions, les magistrats sont soumis seulement à la Constitution et aux lois ; ils ne sont en aucun cas obligés de se conformer à des dispositions prises en violation de la Constitution ».

¹²⁷ Antonis MANITAKIS, *L'établissement d'une Cour constitutionnelle*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 2008, p. 7, p. 104. (en grec)

vaut cependant pas pour les actes administratifs qui sont pris par le gouvernement à la suite d'une habilitation du Parlement : ces « lois au sens matériel », connues sous le nom d'*ordonnances* dans la terminologie française¹²⁸, peuvent *directement* être attaquées par les requérants.

103. En France, le contrôle de constitutionnalité des lois est réservé *en exclusivité* au Conseil constitutionnel. Le refus d'accorder aux juridictions ordinaires, administratives et civiles, la compétence de procéder à un contrôle de constitutionnalité de la loi est ancien. Il date d'une période antérieure à l'existence d'un juge constitutionnel ; la « théorie de la loi-écran » était alors prépondérante¹²⁹. Pour le Conseil d'Etat français, le contrôle du « règlement », soit de la norme générale prise par l'Administration dans la plupart de cas pour l'exécution d'une loi votée, équivaut à un contrôle indirect du législateur¹³⁰ qui était à l'époque « souverain »¹³¹. Le refus du juge administratif de contrôler par voie d'exception la constitutionnalité de la loi a été maintenu après la création du Conseil constitutionnel¹³². Le Conseil d'Etat français procède à un contrôle de constitutionnalité des actes administratifs lorsqu'ils ne sont pas pris en application d'une loi, ainsi que des ordonnances¹³³. Plus largement, les juridictions administratives françaises sont chargées de contrôler la légalité des actes administratifs et de les annuler s'ils sont illégaux.

104. La distinction principale entre contrôle de constitutionnalité *a priori* et contrôle de constitutionnalité *a posteriori* réside dans le fait que dans le premier cas, l'entrée en vigueur de la norme est conditionnée à la reconnaissance de sa constitutionnalité tandis que dans le second cas, la norme est *déjà* en vigueur lorsqu'elle est contestée, une mise en cause qui peut avoir lieu

¹²⁸ L'habilitation de l'Administration à produire des lois matérielles se fonde normalement sur une autorisation préalable du Parlement. La production de règles par l'Administration est prévue aux articles 43 et 44, par. 1 de la Constitution hellénique. Il en va de même pour l'article 38 de la Constitution française de 1958. Bien que la *loi au sens matériel* en Grèce (*κανονιστική αρμοδιότητα*) corresponde, s'agissant de sa forme, aux *ordonnances* françaises, son sens est en réalité plus proche de celui des *règlements* français.

¹²⁹ CE, 6 novembre 1936, n°41221, *Arrighi*. « Il n'appartient pas au Conseil d'État, statuant au contentieux d'apprécier la conformité de la loi à un principe constitutionnel compte tenu de l'état actuel du droit public ». Voir aussi, Cour de Cassation, 11 mai 1833.

¹³⁰ Michel VERPEAUX, « Pouvoir réglementaire » in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op.cit.*, p. 1177. Frank MODERNE, « A propos du contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs dans le droit public français contemporain », *RFDA*, n° 5, 2008, p. 915.

¹³¹ Voir *supra*, p. 46.

¹³² CE, 29 novembre 1968, n° 68938, *Tallagrand* ; CE, 5 janvier 2005, n° 257341, *Mlle Deprez et M. Baillard* ; CE, 5 mars 1999, n° 194658, n°196116, *Rouquette* ; Cour de Cassation, 7 juillet 2009, n° 08-17541.

¹³³ Sur le contrôle de constitutionnalité du décret, voir : CE, 8 décembre 1978, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et autres (GISTI), CFDT et CGT*. Pour le contrôle de constitutionnalité des ordonnances, voir : CE 30 avril 1997, *Assoc. Nat. pour l'éthique de la médecine libérale* ; CE 12 juin 1998, n° 183528 183571 183572 183584 183587, *Conseil national de l'Ordre de médecins*.

à tout moment. En outre, la sanction du législateur dans chacun des modèles envisagés diffère.

105. Dans le cadre d'un contrôle *a priori*, la sanction consiste en un blocage de la procédure de production législative qui ne peut aller jusqu'à son terme, car elle aboutit à l'*annulation* de la loi par le juge constitutionnel avant même qu'elle ne produise des effets. Dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, la norme législative irrégulière est simplement *écartée* pour le litige en question, sans cependant disparaître de l'ordre juridique de manière *erga omnes*.

106. Les juridictions helléniques sont obligées de ne pas « appliquer » une loi inconstitutionnelle mais n'ont pas la compétence de la supprimer de l'ordre juridique. Cela signifie en pratique que la même disposition jugée constitutionnelle par une juridiction *x* pourra être jugée inconstitutionnelle par une juridiction *p*. Le risque d'une telle divergence est toutefois réduit par le fait que les hautes juridictions homogénéisent la jurisprudence des juridictions inférieures. Dans le cas exceptionnel d'une divergence entre deux des trois hautes juridictions helléniques (Conseil d'Etat, Cour de cassation, Cour des comptes), la Constitution prévoit une « Cour suprême spéciale » afin de résoudre le conflit de jurisprudences¹³⁴. Il s'agit du seul cas de contrôle *concentré* de constitutionnalité des normes consacré par la Constitution hellénique. Alors, exceptionnellement, la Cour procède à une annulation *erga omnes* de la disposition inconstitutionnelle.

107. Pour autant, en dépit d'importantes différences entre la France et la Grèce en la matière, de récentes évolutions juridiques tendent à rapprocher les dispositifs des deux Etats. Depuis la révision constitutionnelle française de 2008, le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) lorsqu'une loi porte atteinte aux « *droits et libertés que la Constitution garantit* »¹³⁵. Un contrôle de constitutionnalité mené *a posteriori* devient désormais possible, mais il n'est pas directement ouvert aux justiciables. Ceux-ci peuvent désormais invoquer le non-respect de droits constitutionnels dans le cadre d'un litige mais uniquement devant les hautes juridictions ordinaires (Conseil d'Etat, Cour de Cassation), seules habilitées à saisir le Conseil constitutionnel au sujet de l'inconstitutionnalité d'une norme déjà entrée en vigueur. La question prioritaire de constitutionnalité constitue ainsi un vrai

¹³⁴ Article 100 de la Constitution hellénique.

¹³⁵ Article 61, alinéa 1^{er} de la Constitution de 1958 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

« changement de la culture française »¹³⁶. Une telle considération mérite toutefois d'être relativisée dans la mesure où le juge ordinaire dispose toujours d'une *marge d'appréciation* concernant le renvoi final au Conseil constitutionnel. L'innovation se rapproche donc davantage d'une « question préjudicielle » relative aux droits constitutionnels que d'une « exception d'inconstitutionnalité » au sens propre du terme¹³⁷.

108. Or, parallèlement à la mutation de l'ordre juridique français avec l'introduction de la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, l'ordre juridique hellénique a évolué vers un contrôle « concentré » des normes par le Conseil d'Etat. Précisément, la loi n° 3900/2010 a consacré un nouveau recours qualifié de « procès pilote »¹³⁸. Désormais, lorsqu'un litige présente un « intérêt particulier », il peut être introduit directement devant le Conseil d'Etat sans passer par l'étape d'un recours préalable devant les tribunaux administratifs. On entend par litiges d'« intérêt particulier » essentiellement les recours impliquant des exceptions d'inconstitutionnalité portant sur des questions sensibles d'actualité. Cette réforme vise à garantir une homogénéisation de la jurisprudence administrative ainsi qu'un traitement plus rapide des dossiers¹³⁹.

109. L'arrêt pris à l'issue d'un tel « procès pilote » précise les solutions admissibles pour l'ensemble des tribunaux administratifs. La prééminence du Conseil d'Etat en tant que haute juridiction administrative s'en trouve donc renforcée. Une partie des auteurs grecs vont même jusqu'à le qualifier désormais de « juge constitutionnel »¹⁴⁰. Une telle dénomination nous semble cependant excessive dès lors que le Conseil d'Etat hellénique ne dispose toujours pas de la compétence de procéder à une annulation *erga omnes* d'une disposition législative inconstitutionnelle. L'arrêt qui résulte d'un « procès- pilote » contraint seulement les requérants qui l'ont introduit (effets *inter pares*). De ce point de vue, à la suite de la réforme, le rôle du Conseil d'Etat grec se rapproche de celui du juge constitutionnel français, sans néanmoins

¹³⁶ Dominique ROUSSEAU, « La réforme de 2008, quels enjeux, quelles perspectives ? », in Emmanuel DUPIC, Luc BRIAND, Jean-Claude MARIN, *Question prioritaire de constitutionnalité une révolution des droits fondamentaux*, PUF, 2013, p. 9.

¹³⁷ Otto PFERSMANN, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori* », *Petites affiches*, n° 254, 2008, p. 103.

¹³⁸ Loi n° 3900/2010 (JO/A 213/17-12- 2010). La réforme a été initiée avec la loi n° 3659/2008 (JO A/77/7-5-2008), puis achevée avec la loi n° 4055/2012 (JO A 51/12-03-2012).

¹³⁹ Filoktimon ARNAOUTOGLOU, *Le procès modèle ou pilote devant le Conseil d'Etat*, Nomiki Vilviotiki, 2012 (en grec).

¹⁴⁰ Athanasios TSIRONAS, « La réforme du contentieux issu de la loi n° 3900/2010 et le nouveau rôle du Conseil d'Etat », *EfimDD*, 2011, n°3, p. 427. Tasos PROUSANIDIS, « La loi n° 3900/2010, les changements institutionnels en contentieux devant le Conseil d'Etat », *EDDD*, n°4, 2011, p. 898. Vasiliki CHRISTOU, « Des questions d'actualité : le Conseil d'Etat en tant que juge constitutionnel, la nouvelle réglementation », *DtA*, n° 68, 2016, p. 363 (en grec).

entièrement s'y assimiler. Dans l'ordre juridique hellénique, il n'existe donc toujours pas de véritable contrôle de constitutionnalité concentré mais plutôt un modèle « mixte » qui permet à une seule juridiction d'orchestrer la mise à l'écart des lois inconstitutionnelles¹⁴¹.

110. Compte tenu de l'analyse précédente des similarités dans le déroulement du contrôle de constitutionnalité en France et en Grèce, la présente étude comparera l'interprétation authentique du principe de l'Etat social à travers un examen parallèle du contrôle effectué par le Conseil constitutionnel français, d'une part, et par le Conseil d'Etat hellénique, d'autre part. Le contrôle de constitutionnalité n'est toutefois pas le seul contrôle de conformité normative qui permet de qualifier la France et la Grèce d'Etats de droit. Il en va de même pour le contrôle de conventionnalité des normes.

iii - Le contrôle de conventionnalité et la question de la « primauté » entre normes supérieures

111. Au-delà du contrôle de constitutionnalité des normes, les juges ordinaires en France et l'ensemble des juridictions en Grèce contrôlent le législateur au regard des normes conventionnelles. Dans le même temps, les juridictions de l'ordre juridique international contrôlent les Etats français et hellénique quant au respect de leurs obligations issues des conventions internationales. Il convient de préciser brièvement les modalités de ce double contrôle, avant de traiter la question essentielle, à savoir la contestation de la primauté de la Constitution.

112. Tout d'abord, précisons que par normes conventionnelles, on désigne les normes issues des *traités internationaux* ; soit les sources supérieures du « droit international »¹⁴². Par « droit international », on entend l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre les États¹⁴³. Les conventions internationales qui font plus particulièrement l'objet de notre étude sont, d'une part, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe¹⁴⁴ et, d'autre part, les traités fondateurs de l'Union

¹⁴¹ Guy SCOFFONI in Louis FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 269.

¹⁴² Denis ALLAND, *Manuel de droit international public*, 2000, PUF, p. 115.

¹⁴³ René-Jean DUPUIS, *Le droit international*, PUF, 2001, p. 3-22.

¹⁴⁴ Le Conseil de l'Europe est une organisation internationale qui a été créée en 1949 par dix Etats européens. Le Conseil de l'Europe a adopté la « Convention européenne des droits de l'Homme » le 4 novembre 1950 à Rome. La Convention européenne est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Le Conseil de l'Europe a précédé la création des Communautés européennes. Aujourd'hui, elle rassemble quarante-sept Etats membres qui dépassent les frontières du continent européen. C'est pour cela qu'on lui accorde souvent la qualification d'« organisation

européenne (« droit primaire »)¹⁴⁵. Les conventions internationales reposent sur un accord entre Etats qui se manifeste par leur *signature*. Elles n'acquièrent cependant une force contraignante qu'à partir du moment où elles sont transposées dans l'ordre juridique interne des Etats signataires notamment à travers leur *ratification*. Elles deviennent ainsi, en quelque sorte, des « normes conventionnelles nationales ».

113. La question de l'introduction des normes conventionnelles dans les ordres juridiques nationaux donne lieu à un débat entre deux approches différentes du droit international : le « dualisme » et le « monisme ». De manière générale, on peut considérer que le « monisme » impose la réception du droit international en droit interne et la transformation du premier dans le second. Le « dualisme » défend quant à lui le postulat d'une simple insertion du droit international dans l'ordre juridique interne, sans transformation¹⁴⁶. Il est ainsi considéré que le modèle dualiste est fondé sur une séparation entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique international, tandis que le modèle moniste opte pour une conception unitaire qui rassemble ceux-ci¹⁴⁷.

114. Kelsen avait défendu une conception moniste de l'ordre juridique international¹⁴⁸. La France et la Grèce sont généralement considérées comme des *systèmes monistes* dans la mesure où leur Constitution respective règle l'introduction de normes conventionnelles au sein de leur ordre juridique, en énonçant en même temps la primauté des dernières sur les lois¹⁴⁹. Il convient

régionale » de l'Europe. La France était un des membres créateurs, alors que la Grèce y est entrée plus tard, avec une suspension provisoire de sa participation pendant la dictature des colonels. La Cour européenne des droits de l'Homme veille sur le respect de la Convention européenne.

¹⁴⁵ En 1951, la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) a été créée avec la signature du traité de Paris par six pays : la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et la République fédérale d'Allemagne (RFA). La Communauté économique européenne (CEE) a été créée en 1958, instaurant une coopération économique de plus en plus étroite entre les Etats créateurs. Les traités créateurs sont les deux traités signés en Rome le 25 mars 1957. La France fait partie des Etats créateurs, alors que la Grèce a intégré les Communautés européennes le 1^{er} janvier 1981. Le Traité de Rome a été révisé par l'Acte unique européen (17 et 28 février 1986), le traité de Maastricht (1993), le traité d'Amsterdam (2 octobre 1997), le traité de Nice (26 février 2001). Puis, après l'échec d'un projet de « Constitution européenne » en 2005, le traité de Lisbonne a été signé le 13 décembre 2007. C'est depuis le traité de Maastricht que les Communautés européennes ont pris le nom d'Union européenne qui comprend aujourd'hui 28 Etats membres et dont les compétences, auparavant strictement économiques, tendent à s'élargir. La Cour de Justice veille au respect des Traités fondateurs et du droit dérivé.

¹⁴⁶ Xavier MAGNON, Baptiste BONNET, « La concrétisation des exigences supranationales dans l'ordre juridique interne. Entre habilitations supranationales et nationales », in Xavier MAGNON, Pierre ESPLUGAS-LABATUT, Wanda MASTOR, Nicole BELLOUBET-FRIER, *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruylant, 2015, p. 234.

¹⁴⁷ Terry OLSON, Paul CASSIA, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, PUF, 2006, p. 37.

¹⁴⁸ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p.324. Hans KELSEN, « La transformation du droit international en droit interne », *Revue générale de droit international public*, n° 1, 1936, p. 5.

¹⁴⁹ En France, l'article 55 de la Constitution de 1958 énonce que : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord

toutefois de relativiser l'importance du débat entre monisme et dualisme qui sont, en réalité, des techniques employées par les Etats afin d'imposer le respect de leurs obligations internationales à leurs organes. Le choix de l'un ou de l'autre système ne résout pas vraiment le problème de l'unification ou de la séparation entre les Etats et le droit international¹⁵⁰, contrairement à la question de la *primauté* entre normes constitutionnelles et conventionnelles qui sera abordée par la suite.

115. Les normes conventionnelles étant valides par leur signature et ratification, se pose la question de leur *double contrôle* mené par les juridictions internationales et les juridictions nationales. Afin qu'un *contrôle externe* ait lieu, il est nécessaire qu'une juridiction chargée de la tâche spécifique de contrôler l'application du traité soit créée. Or, la satisfaction de cette condition est assez rare en droit international. Elle est remplie s'agissant de la Convention européenne (Cour européenne des droits de l'Homme ; ci-après « Cour européenne ») et des traités fondateurs de l'Union européenne (Cour de Justice de l'Union européenne ; ci-après « CJUE »/« CJCE »¹⁵¹). Néanmoins, aucune de deux hautes juridictions internationales ne peut *annuler* ou *écarter* une norme nationale ; elles peuvent uniquement *sanctionner* un Etat non respectueux des règles internationales, en imposant une indemnisation pécuniaire.

116. En ce qui concerne le contrôle *interne* de conventionnalité, il est exercé dans les deux Etats analysés *par voie d'exception*. Il aboutit à *écarter* une loi inconventionnelle¹⁵². Tel n'était pas le cas dans le passé, puisque le contrôle de conventionnalité des juges internes n'existait pas. Le contrôle interne de conventionnalité est effectivement un contrôle relativement récent qui est devenu nécessaire au regard des nombreux engagements internationaux pris par les Etats européens après la Seconde guerre mondiale. Par exemple, la France en 1982 et la Grèce en 1985 ayant ouvert un droit de recours individuel devant la Cour européenne, le juge national doit désormais agir pour ne pas exposer l'Etat au risque d'une sanction par la Cour

ou traité, de son application par l'autre partie ». En Grèce, l'article 28 de la Constitution énonce dans son paragraphe 1^{er} que : « 1. Les règles du droit international généralement reconnues, ainsi que les conventions internationales dès leur ratification par la loi et leur entrée en vigueur conformément aux dispositions de chacune d'elles, font partie intégrante du droit hellénique interne et priment toute disposition de loi contraire. L'application des règles du droit international et des conventions internationales à l'égard des étrangers est toujours soumise à la condition de réciprocité ».

¹⁵⁰ Otto PFERSMANN, « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, 2005, p. 138.

¹⁵¹ On emploie le terme « CJUE » pour les arrêts rendus par la Cour de Justice après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et celui du « CJCE » pour ceux rendus avant celle-ci.

¹⁵² Xavier MAGNON, *Théorie(s) du droit*, op. cit., p. 90.

européenne¹⁵³. Dans l'ordre juridique français, le juge ordinaire¹⁵⁴ a commencé à réaliser un contrôle de conventionnalité à la suite de l'« autorisation » donnée par le Conseil constitutionnel¹⁵⁵.

117. Les juges nationaux ne contestent nullement la *primauté de la Constitution* vis-à-vis des normes conventionnelles, ni en France¹⁵⁶ ni en Grèce¹⁵⁷. La question a toutefois émergé lorsque la Cour de Justice a énoncé, à l'occasion de l'arrêt *Costa contre Enel* de 1964¹⁵⁸, que les traités fondateurs des Communautés européennes priment « toute règle nationale ». L'arrêt est venu perturber la hiérarchie des normes telle que les ordres juridiques nationaux la connaissaient jusqu'à alors, fondée sur la reconnaissance de la Constitution en tant que norme suprême qui règle la production de toute autre norme interne et dont la validité ne dépend que du « pouvoir constituant ».

118. En outre, la reconnaissance d'une telle primauté avait été précédée par la consécration, à l'occasion de l'arrêt *Van Gend en Loos* de 1963, de l'« effet direct » des traités fondateurs¹⁵⁹. Il peut s'entendre de la permission accordée aux individus de former des recours tendant au contrôle des normes internes sur le fondement des traités fondateurs, cela indépendamment de l'existence de lois qui les concrétisent. Cette « construction » de la part de la Cour de Justice, qui ne résultait à l'époque d'aucune disposition issue des traités, rattache la *primauté* des traités fondateurs à l'*applicabilité directe*. Elle signifie avant tout qu'un Etat membre ne peut se prévaloir de ses règles internes pour nier ses engagements européens. Autrement dit, le législateur aura l'« obligation positive » de s'aligner sur ces derniers. Le schéma décrit impose

¹⁵³ Emmanuel DECAUX, « Le régime du droit international en droit interne », *Revue internationale du droit comparé*, 2010, vol. 62, n° 2, p. 467. Georgios PAPADIMITRIOU, « Le juge grec et la Convention européenne », *ToS*, n° 5, 2002, p. 673. (en grec)

¹⁵⁴ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 (Interruption volontaire de grossesse).

¹⁵⁵ CE, 20 octobre 1989, n° 108243, *Nicolo* ; Cour de Cassation, 24 mai 1975, n° 73-13556, *Société des cafés Jacques Vabre*. Dans l'ordre juridique hellénique, les juridictions contrôlent également la loi au regard des conventions internationales. La primauté des traités internationaux sur la loi est énoncée ensuite par l'arrêt CdE n° 297/1958, contrairement à l'ancienne jurisprudence CdE, n° 445/1931. En réalité, le premier jugement qui écarte la loi au regard d'une convention internationale a été celui du Tribunal civil de première instance d'Athènes, MpAth n° 9690/1978.

¹⁵⁶ En dépit de la jurisprudence de la Cour de Justice, les juridictions nationales n'ont cependant pas admis la primauté du droit primaire sur la Constitution, ni en France ni en Grèce. Dans l'ordre juridique français, le juge constitutionnel, dans la décision *IVG* de 1975 a refusé de contrôler la conformité des lois aux traités internationaux, y compris le droit primaire. Pour sa part, le Conseil d'Etat français a affirmé la primauté de la Constitution dans son arrêt CE, 30 octobre 1998, n° 200286, n° 200287, *Sarran* ; voir aussi : CE, 3 juillet 1996, n° 169219, *Koné* ; CE, 3 décembre 2001, n° 226514, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*.

¹⁵⁷ CdE n° 1809/1997, 3242/2004, n° 3760/2006, n° 3470/2011, *contra* CdE, n° 3502/1994.

¹⁵⁸ CJCE, 15 juillet 1964, C-6/64, *Costa contre Enel* ; CJCE, 9 mars 1978, C- 106/77, *Simmenthal*.

¹⁵⁹ CJCE, 5 février 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*.

en quelque sorte aux Etats membres d'envisager le droit primaire comme l'équivalent d'une « Constitution » dans un système fédéral auquel ils appartiendraient.

119. Cependant, le droit primaire ne prime pas les constitutions dans la mesure où l'ordre juridique de l'Union européenne ne constitue pas un *Etat*. Il n'est en effet pas un ordre juridique « centralisé » qui dispose d'une *norme centrale* (Constitution) distribuant des compétences entre ses organes. En revanche, l'ordre juridique de l'Union européenne, comme l'ordre juridique international en général, est un ordre « décentralisé » puisque toute modification en matière d'attribution de compétences requiert un nouveau traité. Toute décentralisation suppose une centralisation constitutionnelle¹⁶⁰ dans le sens où il revient toujours aux Etats d'approuver une nouvelle répartition des compétences entre leurs organes et ceux de l'Union européenne. Ce principe de spécialité est tellement important qu'il implique même pour certains auteurs¹⁶¹ une « différence de nature » entre le droit national et le droit supranational.

120. Il s'ensuit que la primauté du droit primaire sur une norme constitutionnelle, ainsi que son *applicabilité directe*, sont fortement contestables. Même si le droit primaire reconnaît aux individus le droit de saisir les juges sur son fondement, il ne met pas *directement* en place les organes qui pourraient faire respecter ses énoncés¹⁶². La Cour de Justice ne peut pas dès lors imposer la production d'une norme au sein de l'ordre juridique interne d'une manière directe. En raison de la décentralisation organique, la primauté directe sur les règles nationales demeure d'abord une obligation dont la réalisation relève de la *primauté indirecte classique*¹⁶³. Pour cette raison, le sens exact de *l'effet direct* s'éloigne finalement de celui de *l'applicabilité directe* et se rapproche davantage de celui de l'« invocabilité » du droit primaire¹⁶⁴.

121. Quoiqu'il en soit, il est possible de relever une contradiction puisque la Cour de Justice et les hautes juridictions françaises et helléniques affirment, chacune de leur côté, la primauté des normes suprêmes de l'ordre juridique auquel respectivement elles appartiennent. Les juristes abordent le problème en recherchant une conciliation et en proposant des solutions pour

¹⁶⁰ Otto PFERSMANN, « Le nouveau constitutionnalisme comparé et les rapports entre juridictions suprêmes », *op. cit.*

¹⁶¹ Pierre-Yves MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, 2006, L.G.D.J., p. 40.

¹⁶² Otto PFERSMANN, « Le nouveau constitutionnalisme comparé et les rapports entre juridictions suprêmes », in Julia ILIOPOULOUS-STRANGAS, « Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? », in *memoriam Louis Favoreu*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, p. 45, p. 58.

¹⁶³ Otto PFERSMANN, « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée », *op. cit.*, p. 58.

¹⁶⁴ Sur le concept d'invocabilité, voir *infra*, p. 83 et s.

éviter les conflits entre normes constitutionnelles et normes conventionnelles. Dans les Etats disposant d'une Constitution dite « rigide », comme la France et la Grèce, où la primauté du droit de l'Union européenne n'est pas admise, la solution proposée repose sur une approche méthodologique spécifique ; celle de l'« interprétation des normes constitutionnelles en conformité avec le droit primaire »¹⁶⁵. Celle-ci se présente comme une spécialisation de l'approche systématique qui aborde la Constitution en considérant l'ensemble de l'ordre juridique qu'elle règle¹⁶⁶. Par ailleurs, en même temps que les juridictions nationales procèdent à une interprétation conforme au droit primaire¹⁶⁷, la Cour de Justice interprète le droit primaire conformément aux Constitutions nationales¹⁶⁸. Ainsi, l'interprétation conforme est réciproque¹⁶⁹.

122. Si une telle solution conciliatrice permet de dépasser le dilemme de la primauté à un niveau technique, certaines remarques s'imposent néanmoins à ce sujet. Le constat d'une conciliation ne transforme pas la discussion autour de la primauté entre normes supérieures en « faux débat ». En effet, bien qu'il revienne aux Etats d'approuver un nouveau traité ou une révision des traités européens, le contrôle de la production du droit primaire se révèle difficile. La procédure, pour l'essentiel, leur est « fermée »¹⁷⁰. Les Etats peuvent donc se retrouver, comme cela a déjà été le cas dans le passé, devant la nécessité de devoir réviser leur Constitution respective en cédant davantage de leurs compétences aux organes de l'Union.

123. Les Cours constitutionnelles allemandes et italiennes ont tranché la question de la primauté du droit de l'Union en recourant à des « limites constitutionnelles ». Selon les fameux arrêts « *Solange* », la protection des *droits* par le droit communautaire n'est pas équivalente à leur Constitution nationale. Est ici exprimé le refus d'admettre la *primauté* du droit primaire sur

¹⁶⁵ Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, *Droit constitutionnel hellénique et intégration européenne*, Ant. N. Sakkoulas, 1996, p. 132, p. 133 (en grec).

¹⁶⁶ Panagiotis PAPANIKOLAOU, *Méthodologie du droit civil et interprétation des contrats*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁶⁷ Pour les juridictions nationales, pour une « interprétation conforme au droit de l'Union », voir en France CE, 8 février 2007, n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres* et en Grèce, CdE n° 335/1995.

¹⁶⁸ Pour la Cour de Justice, voir : CJUE, 22 juin 2010, C-188/10, C-189/10, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*. Il était question, en l'espèce, pour la CJUE, de se prononcer sur la validité de la QPC au regard du droit de l'Union européenne. En l'occurrence, la Cour de Justice ne se prononce pas à l'encontre du mécanisme de la *question prioritaire constitutionnelle*, mais exige que son application n'empêche pas le juge ordinaire du renvoyer à tout moment des *questions préjudicielles* à la Cour de Justice.

¹⁶⁹ Xavier MAGNON, in Xavier MAGNON, Pierre ESPLUGAS-LABATUT, Wanda MASTOR, Nicole BELLOUBET-FRIER, *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁷⁰ Otto PFERSMANN, « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée », *op. cit.*, p. 58.

toute norme nationale¹⁷¹. C'est à l'occasion de cette jurisprudence qu'a émergé le concept de « contre-limites » à l'intégration du droit de l'Union européenne dans le droit national renvoyant aux normes constitutionnelles qui, formant un « noyau dur » de compétences nationales, ne peuvent être transférées aux organes de l'Union européenne¹⁷².

124. À la suite de ce refus, la Cour de Justice a de nouveau étendu ses compétences. Sans que cela ressorte des traités fondateurs, elle a énoncé l'ajout des *droits aux principes généraux du droit* dont elle assure le respect¹⁷³. Elle a par ailleurs pu qualifier les Communautés européennes d'« ordre juridique » disposant d'une « charte constitutionnelle »¹⁷⁴. Plus tard, le traité de Lisbonne a consacré une telle limite en énonçant que l'Union respecte « l'identité nationale » des Etats¹⁷⁵.

125. Néanmoins, en dépit de cette « réponse » de la Cour de Justice, les Cours constitutionnelles allemandes et italiennes n'ont jamais vraiment renversé leur jurisprudence initiale dans le sens d'admettre une primauté inconditionnelle du droit de l'Union. La Cour constitutionnelle allemande a légèrement modifié sa position de telle manière qu'il est devenu manifeste qu'elle a choisi de ne pas contrôler le droit dérivé de l'Union au regard des droits constitutionnels mais que cette compétence continuait à lui revenir¹⁷⁶. En effet, le juge constitutionnel allemand est habilité à garantir « l'identité constitutionnelle » de l'Allemagne, ce qui peut apparaître comme

¹⁷¹ Ces juridictions ont jugé que la construction communautaire pouvait porter atteinte aux droits constitutionnels. Elles se sont reconnues ainsi compétentes pour freiner la primauté du droit communautaire. Selon cette fameuse jurisprudence, (« *Solange* »), la protection des droits par le droit communautaire n'étant pas équivalente à la protection des droits constitutionnels, la primauté ne peut pas être admise.

¹⁷² Jean-Paul JACQUE, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, vol. 69, n° 1, 2007, p. 3.

¹⁷³ CJCE, 12 novembre 1969, C- 29/69, *Stauder* ; CJCE, 14 mai 1974, C- 4/73, *Nold*. Dans ce dernier arrêt, la Cour de Justice affirme qu'afin d'assurer la sauvegarde des droits fondamentaux, elle s'inspire non seulement des traditions constitutionnelles communes aux États membres, mais aussi des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'Homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, comme la Convention européenne. Voir aussi, CJCE, 17 décembre 1970, C- 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

¹⁷⁴ CJCE, 23 avril 1986, C- 294 /83, *Les Verts*. Il ressort de cet arrêt que le recours en annulation peut être dirigé contre les actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers. Cette interprétation résulte de la constatation que « la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité ».

¹⁷⁵ Article 4, par. 2 : « 2. L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

¹⁷⁶ Maria Rosaria DONNARUMMA, « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des Cours constitutionnelles », *RFDC*, vol. 84, n° 4, 2010, p. 719, p. 741.

une *contre-limite ultime* à l'intégration européenne. Telle est également la position du juge constitutionnel français sur le sujet¹⁷⁷.

126. Il en résulte que le principal problème ici est celui de savoir quelles sont les normes constitutionnelles insusceptibles de révision constitutionnelle. L'identification des *contre-limites* à l'intégration européenne, autrement dit des *normes constitutives de l'identité constitutionnelle* de chaque Etat, est la réponse appropriée à la question de la primauté. La limite constitutionnelle ainsi conçue s'oppose à l'évolution vers une centralisation de l'ordre juridique de l'Union¹⁷⁸.

127. Enfin, pour revenir plus précisément au sujet de notre étude, la présente analyse n'aborde pas le principe de l'Etat social en tant que *limite constitutionnelle* dans le même sens. Cela exigerait de rechercher l'étendue de l'habilitation du « pouvoir constitutionnel dérivé » à *réviser* le principe de l'Etat social. Or, avant de pouvoir réaliser une telle étude, il importe de déterminer dans un premier temps l'étendue de l'habilitation du *législateur* à modifier la législation sociale sur le fondement du principe. La détermination du sens exact du principe de l'Etat social est une étape liminaire indispensable avant de se demander s'il relève de *l'identité constitutionnelle* française et hellénique. Cette dernière piste ne sera, dès lors, pas explorée par la présente étude.

128. C'est en effet, l'étendue de l'habilitation du législateur national à concrétiser *positivement* et *négativement* le principe de l'Etat social qui sera mise en lumière. Dans le premier cas, les interventions sont libres, mais *intrinsèquement* limitées. Dans le second cas, les interventions sont libres mais se heurtent à la nécessité de maintenir un *minimum* de liberté matérielle pour les individus. Il s'agit alors d'étudier les *limites intrinsèques* (PARTIE I) et les *contre-limites* (PARTIE II) du principe de l'Etat social.

¹⁷⁷ Décision n° 2004- 505 DC du 19 novembre 2004. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur le traité « établissant une Constitution pour l'Europe » signé à Rome le 29 octobre 2004 mais abandonné un peu plus tard.

¹⁷⁸ Jean-Philippe DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne : étude comparée Allemagne, France, Italie, op. cit.*

PARTIE 1

LES LIMITES INTRINSÈQUES AU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL

129. Le principe de l'Etat social (ou principe social) a été défini dans l'introduction comme « l'ensemble de normes juridiques garantissant l'accès des individus aux prestations matérielles déterminées par le biais des organes étatiques »¹⁷⁹. A travers l'étude des *limites intrinsèques* au principe de l'Etat social, on entend mettre en évidence les éléments qui conditionnent sa *concrétisation positive*. Il s'agit précisément de s'intéresser à la liberté du législateur d'améliorer la *liberté matérielle* des individus et l'absence de toute obligation positive à son égard (*réserve de la loi*). Cette analyse répond à la question de savoir quel est le *niveau maximal* que le principe de l'Etat social peut atteindre en France et en Grèce.

130. Le traitement de la question précédente implique de démontrer en même temps que les deux Etats sont « sociaux », c'est-à-dire qu'ils consacrent des normes qui garantissent l'octroi de prestations matérielles aux individus. Dans le cadre de la première partie, l'étude des *limites intrinsèques* au principe de l'Etat social s'articule alors avec celle de ses *fondements*. Les fondements du principe de l'Etat social ne sont pas des fondements simplement législatifs. Certes, l'affirmation de l'Etat social présuppose que le *législateur* français et grec octroie des prestations. En l'absence de *législation sociale* déterminant la manière exacte dont celui-ci se réalise, un Etat ne pourra valablement être qualifié de *social*. L'étude du principe de l'Etat social serait, dans cette hypothèse, dépourvue d'objet. Bien que l'existence de lois sociales soit une condition *nécessaire* dans un Etat social, elle n'est toutefois pas une condition *suffisante*.

131. Afin qu'un Etat soit qualifié de *social*, il est exigé, en plus, que l'intervention du législateur soit elle-même réglée par des *normes supra-législatives*. Si le législateur jouissait d'une liberté totale d'intervention en matière sociale, il pourrait intervenir non seulement pour créer des prestations, mais aussi pour neutraliser la liberté matérielle des individus. Cela laisserait à nouveau la présente étude analysant l'étendue de l'habilitation du législateur sans objet

¹⁷⁹ Voir *supra*, p. 21, p. 41.

scientifique. Il s'ensuit que l'expression *Etat social* signifie justement que des contraintes pèsent sur *tous les organes* qui le composent, y compris le *législateur*.

132. L'étude du principe de l'Etat social appelle donc à la fois une identification de ses *fondements* supra-législatifs et une analyse de l'accès des individus à des prestations matérielles par le biais de *lois* qui les concrétisent. L'examen des *limites intrinsèques* au principe de l'Etat social permet de préciser l'interaction entre les deux aspects : les énoncés généraux et abstraits édictés par les rédacteurs des dispositions normatives supérieures et leur « réalisation » éventuelle par le législateur. La question qui s'impose est alors celle de savoir quelles sont exactement les normes supra-législatives qui servent de *fondements* au principe de l'Etat social dans les deux Etats examinés.

133. L'étude des *limites intrinsèques* au principe social appelle une analyse de chacun de ses *fondements*, sachant que tous n'ont pas le même *sens*. Des normes supra-législatives peuvent habiliter le législateur à agir dans le domaine social, mais d'une manière différenciée. Sont ainsi distinguées, d'une part, des *normes constitutives de l'Etat social* et, d'autre part, les principes d'« égalité » et de « dignité de la personne humaine »¹⁸⁰. Seules sont retenues comme *normes constitutives* de l'Etat social les normes qui habiliter le législateur à octroyer une prestation sans qu'aucune autre norme y concourt. Dans le cas des « principes d'égalité » ou de « dignité de la personne humaine », le législateur n'a pas comme tâche principale celle de garantir des prestations. Les principes en question ne peuvent fonder le principe de l'Etat social que de façon accessoire ; ce sont des *compléments* aux normes sociales. De ce point de vue, l'étude des fondements du principe de l'Etat social implique une distinction entre fondements « spécifiques » et fondements « complémentaires ».

134. Toutes les normes qui fondent le principe de l'Etat social *habilitent* le législateur à agir en matière sociale, mais aucune d'entre elles ne l'*oblige* à agir. L'intérêt de l'étude qui suit est de démontrer que chacun de ses fondements doit être interprété au regard des *limites intrinsèques* au principe de l'Etat social. La *réserve de la loi* circonscrit le sens des normes qui sont à la base du principe de l'Etat social, aussi bien s'agissant de ses fondements spécifiques (Titre 1) que de ses fondements complémentaires (Titre 2).

¹⁸⁰ Pour une définition exacte des concepts, voir *infra*, p. 193 et s.

TITRE 1

LES FONDEMENTS SPÉCIFIQUES DU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL

135. L'étude des limites intrinsèques du principe de l'Etat social nous invite à relever, tout d'abord, le sens strict des normes constituant ses *fondements spécifiques*. Il est question précisément de limites relatives à la concrétisation positive des *normes constitutives* du principe de l'Etat social. A ce titre, seront envisagées, d'une part, les normes sociales *constitutionnelles* et, d'autre part, les normes sociales *conventionnelles*. Les normes conventionnelles désignent les normes du *droit international* et du *droit de l'Union européenne* qui disposent d'une *primauté* vis-à-vis des *lois nationales*¹⁸¹.

136. En raison du caractère décentralisé de l'ordre juridique supranational¹⁸², les juges supranationaux, contrairement aux juges nationaux, ne sont habilités ni à *annuler* ni à *écarter* une disposition législative. Sous réserve de certaines conditions, les juges supranationaux peuvent éventuellement *censurer* l'Etat pour le fait d'avoir produit des normes contraires aux normes conventionnelles. Il revient alors au législateur de prendre les mesures appropriées pour éviter une telle censure. Cela signifie que le législateur est *indirectement* contraint par les normes conventionnelles. De ce point de vue, des *obligations positives* pourraient lui être imposées.

137. Cependant, précisons qu'en ce qui concerne les *normes sociales conventionnelles*, il n'existe pas d'engagement du législateur national. L'intérêt de l'analyse qui suit repose en effet sur une démonstration que l'application des normes sociales *conventionnelles* ne force pas le législateur à procéder à des actions positives renversant la *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social. En revanche, cette dernière conditionne la concrétisation positive de *tous* les fondements spécifiques du principe de l'Etat social.

¹⁸¹ Voir *intro*, p. 54.

¹⁸² Voir *intro*, p. 57.

138. Les deux catégories de fondements spécifiques du principe de l'Etat social le fondent d'une manière différenciée, mais aucune n'implique que le législateur peut être contraint à agir. Suivant cette logique, on étudiera les fondements constitutionnels entendus comme *axes directs* de l'Etat social (Chapitre I), puis les fondements conventionnels qui en constituent les *axes indirects* (Chapitre II).

Chapitre 1

Les fondements constitutionnels, axes directs de l'État social

139. L'étude du principe social *constitutionnel* implique l'analyse des normes qui garantissent l'octroi de prestations matérielles au sein de la Constitution française et hellénique. Précisément, seront ici examinées les normes constitutionnelles *constitutives* de l'Etat social qui habilite *directement* le législateur à améliorer la liberté matérielle des individus à travers leur concrétisation positive.

140. L'analyse proposée visera non seulement à identifier les fondements spécifiques constitutionnels, mais aussi à dépasser le discours classique sur leur « injusticiabilité ». Selon une conception très répandue¹⁸³, la consécration des fondements constitutionnels du principe de l'Etat social se révèle problématique en raison de l'impossibilité pour le juge de contrôler l'inaction du législateur. Les individus ne peuvent ainsi exiger la satisfaction de leurs besoins matériels devant les juges. Dans le prolongement d'une telle conception, même le caractère obligatoire des fondements sociaux constitutionnels est contestable.

141. Les développements qui suivent s'écarteront cependant de l'approche selon laquelle l'*injusticiabilité* du principe social *affaiblit* ses énoncés. En l'abordant en tant que simple manifestation d'une *limite intrinsèque* au principe social, ils se focaliseront sur l'aspect inopérant de sa justiciabilité hypothétique. La présente étude ne considère donc aucun problème qui résulterait du fait que le principe de l'Etat social habilite le législateur à agir, sans l'obliger. Dépassant cette position, l'analyse proposera une vision différente qui se concentre sur la législation sociale *déjà existante*. Plutôt que de nous interroger sur la manière dont le législateur serait obligé à agir, il est plus pertinent de mettre en exergue la concrétisation qu'il a déjà réalisé. L'étude de la législation sociale française et hellénique nous permettra ainsi de déterminer jusqu'à quel point le législateur a fait usage de sa compétence pour améliorer la liberté matérielle des individus.

¹⁸³ Pour une illustration de l'importance du sujet pour la doctrine, voir à titre indicatif : Diane ROMAIN, *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Mission de recherche, Droit et justice, 2010. Diane ROMAIN, Mireille DELMAS-MARTY, *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances actes du colloque tenu au Collège de France, op.cit.* Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, 2012. Nikitas ALIPRANTIS, « Les droits sociaux sont justiciables ! », *Droit social*, n° 2, 2006, p. 158.

142. Dans cette perspective, sera tout d'abord envisagée l'injusticiabilité des fondements du principe social en tant que « faux dilemme » (Section 1). Puis, il s'agira de se focaliser sur la concrétisation positive du principe réalisée par le législateur en France et en Grèce (Section 2).

Section 1 – L'injusticiabilité des fondements du principe social, un « faux dilemme »

143. Afin de dépasser le « faux dilemme » en question, il importe de poser deux questions distinctes l'une de l'autre : une première concerne la *valeur constitutionnelle* des fondements sociaux ; une seconde porte sur leur *injusticiabilité*. Les deux pistes envisagées ne se recoupent nullement, malgré le fait qu'elles ont toutes deux un impact sur le contentieux constitutionnel. Dans le premier cas, la norme constitutionnelle relève d'un caractère obligatoire qui entraîne nécessairement son contrôle par le juge constitutionnel lorsqu'il est saisi pour examiner une loi ; dans le second cas, ce n'est pas le contrôle en soi qui est concerné par l'*injusticiabilité* du principe social, le contrôle *direct* ayant lieu même à défaut de concrétisation législative antérieure.

144. L'absence de justiciabilité des normes sociales constitutionnelles ne signifie pas l'absence générale de contrôle de constitutionnalité sur leur fondement. Ainsi, il est possible d'affirmer la valeur constitutionnelle du principe de l'Etat social (1), en même temps que l'on admet son injusticiabilité (2).

§ 1 - L'affirmation de la valeur constitutionnelle du principe de l'Etat social

145. Dans l'introduction, il a été précisé que le principe de l'Etat social est consacré dans un ordre juridique *x*, lorsque ce dernier contient deux types de normes : des normes qui habilitent les organes de l'Etat à organiser l'octroi de prestations et des normes qui permettent aux individus de jouir de ces dernières¹⁸⁴. En suivant ce schéma, nous distinguons *deux catégories* de normes sociales constitutionnelles en France et en Grèce. Il s'agit, d'une part, des « objectifs-fondements » et, d'autre part, des « droits sociaux fondamentaux ».

146. La différence entre les deux fondements du principe de l'Etat social repose sur leur *sens* respectif. Elle s'appuie précisément sur leurs *destinataires*. Les « objectifs-fondements » concernent *exclusivement* les organes étatiques, sans porter sur la conduite des individus en dehors des organes. En revanche, les « droits sociaux fondamentaux » n'énoncent pas

¹⁸⁴ Voir *intro*, p. 21.

seulement de telles habilitations pour les organes étatiques ; ils déterminent aussi des *permissions* pour les individus¹⁸⁵. De cette différence de *sens* résultent des nuances supplémentaires qu'il convient d'exposer. A cette fin, l'examen des normes fondatrices du principe de l'Etat social portera, d'abord, sur les « objectifs-fondements » du principe social (A), puis sur les « droits sociaux fondamentaux » (B).

A - Les objectifs-fondements du principe de l'État social

Il convient de mettre en exergue, d'une manière générale, le concept d'« objectif constitutionnel » (i), avant d'identifier *l'objectif-fondement* du principe de l'Etat social (ii).

i - Le concept d' « objectif constitutionnel »

147. Dans la théorie juridique allemande, le concept d'« objectif constitutionnel » s'oppose à celui de *droit*¹⁸⁶. La question qui se pose ici est de savoir quelle est exactement la *différence* entre les deux concepts.

148. Le *principe de l'Etat démocratique et social* issu de la Loi fondamentale allemande est interprété en tant que « principe objectif » qui a le sens de *mandat constitutionnel obligatoire* à l'égard du législateur, sans que des *droits à prestations* puissent en découler¹⁸⁷. Les *droits* sont en effet « subjectifs » contrairement aux *objectifs constitutionnels*. Le « droit subjectif » est généralement entendu comme la *permission* accordée à un individu de saisir une juridiction sur son fondement afin d'exiger son respect par les organes étatiques¹⁸⁸. Les *objectifs* sont généralement conçus comme des *dispositions programmatiques* (directives) qui habilitent le législateur à agir sans le contraindre, tandis que les *droits* le font. Les deux impliquent cependant des obligations négatives pour le législateur.

¹⁸⁵ Autres que ceux qui structurent les organes de l'Etat.

¹⁸⁶ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU, Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN – SOUCRAMANIEN, Annabelle PENA, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI, Jérôme TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2015, p. 104.

¹⁸⁷ Olivier JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, HS, 1998, p. 44. Wolfgang DAUBLER, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Allemagne », in Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Nikos VALTIKOS, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 47, p. 55.

¹⁸⁸ Même s'il s'agit d'un concept ayant donné lieu à de grandes controverses doctrinales en ce qui concerne notamment la source éventuelle de ces droits subjectifs, l'unanimité de la doctrine s'accorde sur sa définition en tant que « possibilité de faire valoir, par voie d'action en justice, l'inexécution d'une obligation juridique ». Lire sur ce concept : Hans KELSEN, *Théorie pure de droit*, *op. cit.*, p. 140,141. Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, 2003. Prodromos DAGTOGLOU, *Droits individuels*, Sakkoulas, Athina-Thessaloniki, 2012, p. 7 (en grec). Dimitrios TSATSOS, *Droit constitutionnel* tome III, *Droits fondamentaux*, Ant. N. Sakkoulas, 1987, p. 21 (en grec).

149. La différenciation entre *objectifs constitutionnels* et *droits* est pertinente au sein de l'ordre juridique allemand, ce dernier prévoyant un *recours constitutionnel direct* sur le fondement des *droits fondamentaux* qui sont ainsi envisagés comme des normes *directement applicables* ou *justiciables*. Même dans le cas où le législateur n'est pas intervenu afin de concrétiser les droits fondamentaux, son *obligation* peut être contrôlée par le juge constitutionnel. Le contrôle des obligations positives est, dès lors, possible. Il est donc manifeste que l'ordre juridique allemand contient des normes qui engagent directement le législateur à agir (droits constitutionnels) et des normes qui simplement l'habilitent (objectifs) ; les *normes sociales* appartenant à la seconde catégorie. De plus, l'ordre juridique allemand ne consacre pas de *droits sociaux* au sein de sa Loi fondamentale ; ces droits sont donc semble-t-il considérés comme injusticiables.

150. Sous l'influence allemande, on relève également en France et en Grèce une tendance à considérer que certaines normes sociales fondent des *directives d'action positive* pour le législateur sans fonder des *droits* pour les individus. Se trouvent notamment concernés des *droits sociaux* qui ne sont pas octroyés à l'ensemble de la population et qui sont, dès lors, difficilement conçus comme directement applicables. Tel est notamment le cas des droits au logement et à l'emploi. D'après une vision doctrinale classique¹⁸⁹, leurs énoncés acquièrent le sens de *principes objectifs* guidant le législateur dans la détermination de sa politique, mais ne fondent pas de *droits*.

151. Très souvent, en effet, lorsque le juge est face à un *droit* qui fait l'objet d'incertitudes, il emploie le terme d'*objectif constitutionnel*. Le Conseil constitutionnel français admet la valeur constitutionnelle d'un *droit à la protection sociale* fondé sur l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, alors qu'il qualifie le logement d'*objectif de valeur constitutionnelle* sur le même fondement¹⁹⁰. Pour sa part, la Cour de Cassation hellénique juge que le *droit à l'emploi* doit être entendu comme une « commande constitutionnelle », terme équivalent à *objectif constitutionnel* dans l'ordre juridique hellénique¹⁹¹. La jurisprudence des hautes juridictions française et hellénique laisse à penser qu'une seule disposition peut être à la fois vue comme *objectif* mais aussi comme *droit*. Il n'y a ici aucun approfondissement des *éléments* qui distinguent les deux concepts.

¹⁸⁹ Michel VERPEAUX, Bernard MATHIEU, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2002, p. 428. Lire sur cette approche, Laurence GAY, *Les droits-créances constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 377. Spiros VLACHOPOULOS, « Théorie générale des droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 7, p. 8. Prodromos DAGTOGLOU, *Droits individuels*, *op.cit.*, p. 66.

¹⁹⁰ Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*.

¹⁹¹ Cour de Cassation hellénique n° 1083/2006, n° 974/2003. La « commande constitutionnelle » traduit, en l'espèce, le concept hellénique « συνταγματική εντολή ».

152. La distinction entre les deux concepts n'est pas forcément plus claire pour la doctrine française et hellénique. A l'occasion de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les *objectifs de valeur constitutionnelle*¹⁹², les auteurs français ont systématisé le concept en tant qu'énoncé qui « canalise » l'activité du législateur vers une certaine direction, sans fonder de *droits subjectifs*¹⁹³. Pour leur part, les auteurs grecs emploient le concept de *commande constitutionnelle* pour opposer les *droits objectifs non justiciables* aux *droits subjectifs justiciables*¹⁹⁴. Il s'ensuit que *l'objectif constitutionnel* s'identifie à ce qui n'est pas un *droit justiciable*.

153. Cependant, la transposition de la distinction allemande entre *objectifs* et *droits* dans les ordres juridiques français et hellénique pose de nombreuses difficultés. Contrairement à l'Allemagne, tous deux accordent aux *droits sociaux* le rang constitutionnel¹⁹⁵ sans permettre en même temps un *recours direct en inconstitutionnalité* au regard des droits constitutionnels. Il s'ensuit que *non seulement les droits sociaux*, mais aussi tous les droits, sont difficilement envisagés comme *justiciables* ou *directement applicables*. Dès lors, en France et en Grèce l'intervention préalable du législateur est toujours exigée pour le contrôle des droits constitutionnels. L'absence de possibilité de contrôler une *carence législative* prive donc les droits sociaux de leur qualification de *droits subjectifs*, à tout le moins dans le sens allemand. Dans la mesure où ces derniers sont alors des *normes objectives*, leur différenciation au regard des *objectifs sociaux constitutionnels* ne peut pas s'appuyer, comme en Allemagne, sur le critère de la *justiciabilité*.

154. L'opposition classique entre *simples obligations* et *obligations qui correspondent aux droits subjectifs* n'explique nullement quel est le *critère* qui fait que certaines normes soient conçues comme *subjectives* alors que d'autres ne le sont pas. Tant que *l'objectif* s'entend simplement comme l'équivalent d'un « non droit », la distinction entre les *objectifs* et les *droits* reste imprécise. La permission éventuelle pour l'individu de revendiquer devant le juge l'action

¹⁹² Sur l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, voir : décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 sur *l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* ; décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, cons. 77. Sur l'objectif de valeur constitutionnelle de la lutte contre la fraude fiscale, voir décision n° 2009-597 du 21 janvier 2010.

¹⁹³ Benoît JORION, « La possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle », *AJDA*, n° 6, 1995, p. 445. Pierre MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006, article disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr. Anne LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 688 et 702.

¹⁹⁴ Prodromos DAGTOGLOU, *Droits individuels*, *op. cit.*, p. 6,7. Dimitrios TSATSOS, *Droit constitutionnel, Tome III, Droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁹⁵ Sur les problèmes de l'ordre juridique français en la matière, lire *infra*, p. 79.

du législateur permettant la jouissance d'une liberté (*droit subjectif*) rend, en effet, certaines normes justiciables mais elle ne peut être que la *conséquence* d'une autre différence plus révélatrice qu'il convient d'exposer.

155. Dès lors que des *objectifs sociaux* coexistent en France et en Grèce avec des *droits sociaux* à l'échelon constitutionnel, il importe de réfléchir *en dehors du contexte allemand* sur le critère qui différencie les deux concepts. La présente analyse propose une approche différente de la distinction entre *objectifs* et *droits* qui se fonde, à titre primordial, sur leur *sens* et, à titre secondaire, sur la manière dont celle-ci se révèle *en contentieux*. Les objectifs sont toujours conçus en tant que normes qui ne consacrent pas des *droits*, mais cela ne signifie pas que ces derniers soient *subjectifs*. En revanche, il est possible de considérer, par exemple, que tant les *objectifs sociaux constitutionnels* que les *droits sociaux fondamentaux* sont des *normes objectives* dans le sens où ils ne fondent pas de recours qui exigent directement une *action positive* du législateur. Puisqu'aucun des deux n'est *justiciable*, les *objectifs* comme les *droits sociaux habilite* le législateur à améliorer la liberté matérielle des individus.

156. La clé de leur différenciation repose, ensuite, sur le fait de fonder *différentes habilitations* en fonction de leur sens spécifique. Seuls les droits sociaux fondamentaux impliquent la reconnaissance de *libertés* aux individus. Les objectifs constitutionnels, en revanche, règlent *exclusivement* la conduite des organes étatiques. Une telle différence de sens entre les deux concepts se manifeste nécessairement en contentieux, dès lors que le législateur intervient pour concrétiser ces normes objectives. Dans le cas des *droits*, le législateur peut éventuellement créer des *droits subjectifs exigibles* devant les *juges de la légalité*. En revanche, dans le cas des *objectifs constitutionnels*, cela ne sera jamais possible, car leur sens ne leur permet pas d'être des fondements de droits justiciables. De ce point de vue, les *droits constitutionnels* constituent des normes potentiellement subjectives.

157. Dans le cadre de la présente étude, l'élément retenu pour distinguer les *objectifs* constitutionnels des *droits* fondamentaux n'est pas la dichotomie entre nature objective/subjective, mais la *différente habilitation* qu'ils donnent au législateur. Il va de soi que les *obligations négatives* qui encadrent l'usage respectif de l'habilitation seront également différenciées. Si les droits sociaux constitutionnels garantissent la liberté pour l'individu de jouir d'une prestation, les objectifs sociaux constitutionnels impliquent l'organisation des *conditions* qui la rendent possible. Une conception similaire semble être retenue par une partie de la doctrine lorsqu'elle distingue, par exemple, les « droits subjectifs » de « ce que la

Constitution rend par ailleurs obligatoire pour le législateur »¹⁹⁶ ; ou encore les « droits » des « normes consacrant les conditions jugées constitutionnellement nécessaires pour l'affirmation des droits »¹⁹⁷. Dans cette perspective, il convient d'appréhender les *objectifs sociaux constitutionnels* comme des énoncés dont le respect *précède* la jouissance de *droits sociaux constitutionnels*.

Après avoir clarifié le sens des *objectifs sociaux constitutionnels*, il convient d'examiner en quoi précisément consistent les *objectifs-fondements* du principe de l'Etat social.

ii - Les objectifs-fondements du principe de l'État social

158. L'article 1^{er} de la Constitution française de 1958 dispose que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et *sociale* »¹⁹⁸. L'article 25, par. 1 de la Constitution hellénique de 1975, à la suite de la révision constitutionnelle de 2001, énonce quant à elle que « les droits de l'homme en tant qu'individu et en tant que membre du corps social et le *principe de l'État social de droit* sont garantis par l'État. Tous les organes de l'État sont tenus d'en assurer l'exercice effectif et sans obstacle ». Les normes précitées sont abordées par la présente étude en tant qu'*objectifs-fondements* du principe de l'Etat social, respectivement français et hellénique.

159. Concernant la France, la disposition consacrant une *République sociale* existait déjà dans la Constitution de 1946, puis elle a été reprise par la Constitution de 1958 qui n'a cependant pas consacré des droits sociaux fondamentaux¹⁹⁹. Ses travaux préparatoires indiquent que le caractère *sociale* de la République signifie que « l'État octroie les moyens matériels aux personnes pour jouir de la *démocratie sociale* à côté de la démocratie politique »²⁰⁰. S'agissant de la Grèce, ses constitutions précédentes consacraient des droits sociaux fondamentaux, sans pour autant inclure de disposition qualifiant l'Etat de *sociale*²⁰¹. Avec la révision constitutionnelle de 2001, la disposition en question est finalement incluse. Comme ses travaux

¹⁹⁶ Otto PFERSMANN in Louis FAVOREU et alii, *Droits des libertés fondamentales*, op. cit., p. 76.

¹⁹⁷ VERPEAUX Michel, « Libre administration, liberté fondamentale, référé-liberté », *RFDA*, n° 3, 2001, p. 681. Ici la référence concerne la liberté d'administration des collectivités territoriales.

¹⁹⁸ Article 1^{er} de la Constitution de 1958 : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

¹⁹⁹ Sur ce sujet, voir *infra*, p. 79.

²⁰⁰ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Commentaires sur la Constitution (1958-1959)*, Vol. IV, La Documentation française, 2001, p. 159, p. 217.

²⁰¹ Sur les Constitutions helléniques précédentes, ainsi que sur la Constitution hellénique de 1975 avant la révision constitutionnelle de 2001, lire Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Georges Leventis « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce », *op.cit.*

préparatoires le révèlent, désormais la garantie de prestations matérielles sociales devient explicite²⁰². Si les travaux préparatoires facilitent l'identification des objectifs-fondements du principe de l'Etat social, c'est leur *sens exact* qui requiert notre attention.

160. La question qui se pose est précisément celle de savoir quels sont les énoncés juridiques issus des objectifs-fondements. Il s'agit de déterminer la manière dont les objectifs-fondements règlent l'activité du législateur en France et en Grèce. Les analyses doctrinales sur ce sujet, malgré l'intérêt qu'elles présentent, sont dans la plupart des cas peu intelligibles. En ce qui concerne l'ordre juridique français, il s'agit d'une question largement négligée par la doctrine, un très petit nombre d'études lui ayant été dédiée²⁰³. Les analyses portent notamment sur la manière dont les garanties sociales complètent la *démocratie* et soulignent leur *lien avec les droits sociaux* issus du Préambule de la Constitution de 1946. Pour sa part, la doctrine hellénique²⁰⁴ admet majoritairement qu'il s'agit d'une norme fondatrice du principe de l'Etat social, sans pour autant aller plus loin que la doctrine française dans son interprétation, qui reste par conséquent limitée²⁰⁵.

161. L'interprétation classique des objectifs-fondements du principe de l'Etat social, qui ne contribue décidément pas à la clarification de leur sens, appelle certaines remarques. D'une part, si on conçoit la *démocratie* comme la participation des individus à l'élection d'organes représentatifs²⁰⁶, le concept de « démocratie sociale » invoqué ci-dessus renvoie à leur participation à la jouissance de biens. L'interrogation qui reste sans réponse est alors celle de savoir *comment* une telle participation devient possible.

²⁰² Lors de la révision constitutionnelle de 2001, le rapporteur de la majorité Euaggelos VENIZELOS avait souligné que : « L'introduction du principe de l'Etat social dans le texte constitutionnel étant un des axes principaux de la révision constitutionnelle de 2001 qui reflète ainsi la volonté du gouvernement de protéger l'Etat social face à une politique économique qui pourrait le restreindre », séance de 6 avril 2001, travaux préparatoires de l'Assemblée constituante Z' disponibles sur le site de l'Assemblée nationale grecque helenicparliament.gr. Lire Euaggelos VENIZELOS, « La Constitution hellénique révisée de 2001 et l'actualité du phénomène constitutionnel », *RFDC*, n° 3, 2002, p. 515. Euaggelos VENIZELOS, *L'acquis de la révision constitutionnelle*, Ant. N. Sakkoulas, 2002 (en grec).

²⁰³ Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *La République Sociale : contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, 2000, p. 6. Michel BORGETTO in François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRETOT, *La Constitution de la République française*, Economica, 2009, p. 148, 149. Bernard MATHIEU, « La République sociale », in Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX, *La République en droit français. Actes du colloque de Dijon*, 10 et 11 décembre 1992, Economica, 1996, p.175.

²⁰⁴ Kostas MAVRIAS, *Droit constitutionnel, op.cit.*, p. 336, p. 337. Apostolos PAPAKONSTANTINOU, *Démocratie Sociale et Etat Social de droit d'après la Constitution de 1975/1986/2001*, Ant. N. Sakkoulas, 2006, p. 1051. Ioannis IGGLEZAKIS, *L'Etat Social de droit*, Ant. N. Sakkoulas, 2005, p. 3-7 (bibliographie en grec).

²⁰⁵ Georges KATROUGALOS, *L'Etat social postindustriel*, Ant. N. Sakkoulas, 1998, p. 450 (en grec).

²⁰⁶ Voir *supra*, p. 46.

162. D'autre part, la conception doctrinale très répandue en France²⁰⁷ et en Grèce²⁰⁸ qui envisage les clauses en question comme des normes générales englobant les droits sociaux fondamentaux, ne paraît pas pertinente du point de vue de la présente étude. Si l'on considère que l'objectif-fondement est simplement une addition des dispositions spéciales des droits sociaux, cela signifie qu'elle doit être perçue elle-même comme un *droit général*. Or, selon l'analyse précédente, un objectif ne concerne pas la conduite des individus, mais les conditions qui permettent celle-ci²⁰⁹. Un « droit à l'Etat social » ne peut nullement être admis, car aucune liberté n'en résulte pour l'individu. La question des énoncés juridiques issus des clauses en question demeure donc imprécise.

163. Afin de régler cette difficulté, il importe de procéder à une analyse identique pour les deux ordres juridiques et de retenir un sens commun de leurs objectifs-fondements sociaux. Cela n'est *a priori* pas aisé, puisque la clause française porte sur la « République sociale » alors que la clause hellénique consacre l'« Etat de droit social ». Une analyse similaire des deux clauses présuppose donc, premièrement, que l'on appréhende la « République » française en tant que synonyme d'*Etat*²¹⁰. On dénombre, en effet, de nombreuses dispositions dans la Constitution française qui portent sur la *République* au lieu de se référer à l'Etat disposant d'un régime « républicain »²¹¹. Le fait que l'article 1^{er} de la Constitution énonce que la « République » est « démocratique » signifie que non seulement l'organe représentatif doit être élu²¹², mais en plus que tout individu doit participer à l'élection par son vote.

164. L'interprétation commune des clauses française et hellénique résulte, deuxièmement, du fait d'entendre le *principe de l'Etat de droit social* de la Constitution hellénique en tant que principe *démocratique* et *social*. Même si *l'Etat de droit* est défini dans le cadre de la présente thèse comme la garantie d'un contrôle de la loi, il a été précisé que dans ses divers usages, son

²⁰⁷ François LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987, p. 310. L'auteur estime que l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946, qui dispose que « la Nation garantit à l'individu et à la famille les conditions de développement nécessaires », peut être considéré comme une « clause générale de l'Etat social ». Le reste des dispositions du Préambule ne sert, selon l'auteur, qu'à préciser cette « clause générale ».

²⁰⁸ Kostas CHRYSOGONOS, *Droits individuels et sociaux*, Nomiki Vivliothiki, 2006, p. 40. Xenofon KONTIADIS, *Le nouveau constitutionnalisme et les droits fondamentaux après la révision de 2001*, *op.cit.*, p. 466.

²⁰⁹ Voir *supra*, p. 67 et s.

²¹⁰ Voir notamment Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 53.

²¹¹ Voir, par exemple, l'article 88-1 de la Constitution française selon lequel « La République participe à l'Union européenne... ». Il en va de même pour son article 53-2.

²¹² Ce concept implique l'interdiction pour un organe de gouverner d'une manière héréditaire. Jean-Claude MESTRE, in François LUCHAIRE, Gérard CONAC, *La Constitution de la République française*, Economica, 1979, p. 121.

sens contient celui de *démocratie*²¹³. Il convient ici d'établir un parallèle avec la clause allemande sur le *principe social et démocratique*. Cela est pertinent surtout si l'on tient compte de l'influence allemande sur les constituants grecs au moment de consacrer le *principe de l'Etat social de droit*²¹⁴.

165. Il est alors possible d'interpréter les deux dispositions constitutionnelles de la même manière et d'en déduire une garantie commune de l'Etat social *dans le cadre d'un régime démocratique*. Son interprétation exige alors que l'on se focalise, d'une part, sur la garantie de l'Etat à *caractère social* et, d'autre part, sur le lien *avec la démocratie*.

166. Concernant le premier point, la consécration de l'Etat *social* implique des *habilitations* dont l'exercice est nécessaire afin que les individus puissent jouir de leurs droits sociaux. L'acception se fonde sur la différenciation précédemment exposée entre *objectifs* et *droits* selon laquelle, dans un Etat social, le respect des premiers *conditionne* celui des seconds²¹⁵. D'après la distinction proposée dans l'introduction, les objectifs-fondements garantissent alors la *structure* du principe de l'Etat social, alors que les droits sociaux garantissant sa *substance*²¹⁶. Si l'Etat ne prend pas les mesures nécessaires pour créer les conditions préalables à l'octroi de prestations matérielles, les droits sociaux ne pourront être satisfaits.

167. La qualification d'Etat de *social* signifie ainsi que les législateurs français et grec doivent *organiser* la fourniture de prestations dans l'objectif de les rendre accessibles aux individus. Il est question, précisément, de préparer des *entités étatiques* dont la tâche spéciale est l'octroi de prestations. On peut les appréhender en tant que *structures objectives* dont la finalité est d'assurer la jouissance de *droits subjectifs*. Même si un droit d'accès aux structures publiques prestataires n'existe pas en tant que tel, leur présence permet la satisfaction des droits sociaux²¹⁷. Une partie de la doctrine hellénique appréhende ces entités en tant qu'« institutions »²¹⁸, alors que notre étude les définit en recourant à l'expression de « services publics sociaux »²¹⁹. En tout état de cause, ce qui résulte des *objectifs-fondements sociaux* est

²¹³ Voir *intro*, p. 47.

²¹⁴ Sur l'influence allemande, voir Kostas CHRISOOGONOS, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 376 (en grec).

²¹⁵ Voir *supra*, p. 67 et s.

²¹⁶ Voir *intro*, p. 21, p. 42.

²¹⁷ Virginie DONIER, « Le droit d'accès aux services publics dans la jurisprudence : une consécration en demi-teinte », *RDSS*, n° 5, 2010, p. 800.

²¹⁸ Patrina PAPANIGOUPOULOU-PECHLIVANIDI, « Le droit à la protection de la santé », *Didik*, n°6, 1994, p. 1051, p. 1052. Voir également Xenofon KONTIADIS, *Garanties constitutionnelles et organisation institutionnelle du système de la sécurité sociale*, Ant. N. Sakkoulas, 2004, p. 448 (en grec). Sur la question des « institutions » précisément, voir *infra*, p. 388 et s.

²¹⁹ Voir *infra* p. 121 et s.

que l'Etat a la compétence de fournir des prestations, un élément qui souligne le *caractère public* de telles structures.

168. S'agissant, en second lieu, du lien entre le *principe de l'Etat social* et le *principe démocratique*, il présente un intérêt particulier. En France, l'article 1^{er} de la Constitution est envisagé comme la disposition qui consacre les « principes républicains » ou « fondateurs » de la République²²⁰. Il s'agit des principes qui constituent, en termes de constitutionnalisme moderne, « l'ordre constitutionnel fondamental » de la France²²¹. Ce sont des normes potentiellement concernées par l'interdiction de réviser la « forme républicaine du gouvernement » énoncée par l'article 89, alinéa 5²²². Il en va de même pour l'ordre juridique hellénique, les auteurs soulignant que le *principe de l'Etat social de droit* intègre les « principes constitutifs du régime »²²³. Ces derniers impliquent également, en théorie, l'interdiction d'être révisés selon l'article 110, par. 1 de la Constitution hellénique²²⁴.

169. Il s'ensuit que dans les deux ordres juridiques, l'objectif-fondement social peut être *a priori* envisagé en tant que « clause éternelle » qui interdit de *supprimer* les structures prestataires par lesquelles les Etats français et hellénique assurent des prestations. Cependant, de nombreux doutes pourraient être opposés à cette approche. Entre autres, on pourrait constater que la République sociale française n'est pas forcément un élément relatif à « forme républicaine du gouvernement » et qu'en Grèce la clause de l'Etat social ne figure pas dans les éléments directement garantis par l'article 110, par. 1 de la Constitution hellénique. Il ne s'agit toutefois pas ici de proposer une contre-analyse, l'étude des obligations du *pouvoir constitutionnel dérivé* dépassant le sujet de la présente étude²²⁵. Il convient, en revanche, de souligner que même si l'affirmation de la « constitutionnalité supérieure »²²⁶ de *l'objectif-*

²²⁰ Ferdinand MELIN SOUCRAMANIEN, Pierre PACTET, *Droit constitutionnel*, Sirey, 2018, p 597, 598. Michel VERPREAUX, *Droit constitutionnel français*, PUF, 2013, p. 84.

²²¹ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 119.

²²² Cet article énonce que : « La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ».

²²³ « καταστατικές αρχές η οργανωτικές βάσεις του πολιτεύματος ». Kostas MAVRIAS, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 335. Kostas CHRYSOGONOS, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 378. Philippos SPIROPOULOS, *L'interprétation de la Constitution*, *op. cit.*, p. 62. Xenofon KONTIADIS, *Le nouveau constitutionnalisme et les droits fondamentaux après la révision de 2001*, *op.cit.*, p. 476. Apostolos PAPAKONSTANTINOU, *Démocratie Sociale et Etat Social de droit d'après la Constituon de 1975/1986/2001*, *op.cit.*, p. 913.

²²⁴ L'article 110, par. 1 de la Constitution hellénique pose des limites à la révision de la Constitution. Les dispositions non susceptibles d'être révisées sont celles qui définissent la base et la forme du régime comme république parlementaire ainsi que les dispositions des articles 2 § 1 (respect et protection de la valeur humaine), 4 § 1 (principe d'égalité), 4 § 4 (seuls les citoyens hellènes sont admis à toutes les fonctions publiques, sauf les exceptions introduites par des lois spéciales, par exemple pour les ressortissants européens), 4 § 7 (interdiction de décerner et de reconnaître des titres de noblesse ou de distinction), 5 § 1 (libre développement de la personnalité), 5 § 3 (liberté individuelle), 13 § 1 (liberté de la conscience religieuse) et 26 (séparation des pouvoirs).

²²⁵ Voir *intro*, p. 59.

²²⁶ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 99.

fondement reste incertaine, aucun doute ne subsiste quant à l'affirmation de sa *valeur constitutionnelle*.

B - Les droits sociaux fondamentaux

170. Afin de démontrer la manière dont les droits sociaux fondent le principe de l'Etat social en France et en Grèce, il convient d'analyser d'une manière générale le concept de « droit fondamental » (i), puis d'envisager les droits sociaux comme constituant de tels droits (ii).

i - Le concept de « droit fondamental »

171. Si les *droits* sont entendus généralement en tant que *permissions*²²⁷, l'enjeu qui est ici posé est celui de préciser le sens de « droit fondamental ». Le concept de « droits fondamentaux » a pour origine, à l'instar des *objectifs constitutionnels*, le droit allemand où il fait référence aux droits reconnus par la Constitution. La Loi fondamentale allemande consacre en effet un catalogue de « droits fondamentaux » en précisant qu'ils lient *directement* tous les organes de l'Etat, y compris le législateur²²⁸.

172. Le concept de *droit fondamental* n'a cependant pas toujours été admis sans problème. Le *droit* étant un concept issu du droit civil, lié à la poursuite d'un intérêt individuel²²⁹, son inclusion au rang constitutionnel a suscité des questions. La Constitution, comprenant des normes générales et abstraites, s'assimilait difficilement à une « charte » de permissions individuelles. Le *droit* tel qu'issu du droit civil était *a priori* vu comme un énoncé spécial, subjectif et exigible devant une juridiction. Cela est devenu possible en Allemagne où les droits constitutionnels sont des droits *directement applicables*, mais a posé des problèmes en France et en Grèce où le législateur ne peut se voir obligé à entreprendre des *actions positives*²³⁰.

173. Afin de résoudre les difficultés relatives au concept de *droits fondamentaux*, la présente étude ne les identifie pas aux *droits subjectifs* contrairement à la doctrine allemande²³¹. De notre point de vue, le concept de *droit* est plus large que celui de *droit subjectif*, ce dernier faisant simplement référence à l'*habilitation* du législateur à le concrétiser d'une telle manière en créant des *droits subjectifs législatifs*. Hans Kelsen, dans sa *Théorie pure de droit*, appréhendait

²²⁷ Voir *intro*, p. 19.

²²⁸ Christian AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Puf, 1997, p. 117.

²²⁹ Dimitris TSATSOS, *Droit constitutionnel*, Tome III, Droits fondamentaux, *op. cit.*, p. 21

²³⁰ Voir *intro*, p. 26.

²³¹ Voir *supra*, p. 69.

les *droits subjectifs* en tant que *réflexes* des normes constitutionnelles²³². Selon la présente analyse, les *droits subjectifs* résultent d'une concrétisation législative des *droits fondamentaux*, normes générales qui énoncent des habilitations et des interdictions pour les organes étatiques. Nous retenons alors la conception kelsénienne du *droit subjectif réflexe*, tout en précisant en même temps que les *objectifs constitutionnels* ne peuvent impliquer une concrétisation similaire.

174. Il s'avère que le seul élément commun avec la définition allemande des *droits fondamentaux* à retenir est celui de leur consécration au *rang supra-législatif*. Celle-ci implique que les normes législatives sont *contrôlées* au regard des *droits fondamentaux* par une juridiction compétente. Suivant cette perspective, les « droits fondamentaux » sont généralement entendus en tant que « structure normative réunissant *quatre éléments* ; l'élément de la *permission* au bénéfice de toutes les personnes relevant du système, la condition de conformité des normes législatives, l'existence d'un juge de la conformité et l'autorité de sa saisine »²³³.

175. La définition des *droits fondamentaux* en tant que *normes supra-législatives* implique le strict emploi d'un *critère formel*, même si cela n'est pas toujours admis de manière unanime par les auteurs²³⁴. Dans la présente étude, qui s'inscrit dans une perspective normativiste, les *droits fondamentaux* ne s'identifient pas aux « droits de l'Homme ». Une telle expression renvoie à une *approche jusnaturaliste* selon laquelle l'individu n'est pas seulement le *destinataire* du droit positif, mais il dispose également de « droits inhérents »²³⁵. Elle est souvent employée dans *l'ordre juridique supranational*, en visant une homogénéisation des droits positifs qui dépasse les « frontières nationales ». Or, du point de vue de notre étude, même dans le cadre du droit supranational, les droits de l'Homme auront simplement le sens de droits supra-législatifs et non celui de droits « naturels ».

²³² Hans KELSEN, *Théorie pure de droit*, *op. cit.*, p. 134. « Mais cette donnée que l'on désigne du nom de "droit", ou "droit subjectif" ou "prétention", d'un individu n'est rien d'autre que l'obligation de l'autre ou des autres (...). Si l'on appelle "droit" la relation entre un individu à l'égard duquel un autre individu est obligé à une certaine conduite, et cet autre individu, ce droit n'est qu'un réflexe de cette obligation ».

²³³ Otto PFERMANN in Louis FAVOREU et Louis FAVOREU, Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN – SOUCRAMANIEN, Annabelle PENA, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI, Jérôme TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2016, p. 75

²³⁴ Etienne PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, HS, 1998, p. 6. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *Revue Dalloz*, n° 42, 1995, p. 323.

²³⁵ Sur la mise à l'écart du jusnaturalisme, voir *intro*, p. 33.

176. La *définition formelle* des droits fondamentaux entraîne une conséquence signifiante. Le critère formel est le seul qui permet de prouver *l'équivalence hiérarchique* entre les *droits-libertés* conçus comme des « droits de première génération » et les *droits sociaux* considérés en tant que « droits de deuxième génération »²³⁶. La conception selon laquelle les *droits de première génération* sont « plus importants » que les *droits sociaux* est assez fréquente parmi les auteurs²³⁷. Il s'agit toutefois d'un *jugement de valeur* irrecevable au regard de la hiérarchie formelle des normes²³⁸.

177. Au regard du *critère formel*, il suffit que des dispositions *constitutionnelles ou conventionnelles* consacrent des droits sociaux pour que le caractère obligatoire de ces derniers soit admis, sans qu'il dépende de leur sens exact. A cet égard, le concept de *droits fondamentaux* n'exclut aucune catégorie de droits, mais privilège au contraire une conception uniforme de la *liberté* des individus²³⁹. Dans la mesure où l'on admet que les droits sociaux sont des droits *fondamentaux*, on reconnaît un *aspect social de la liberté* qui porte sur la liberté de jouir de prestations²⁴⁰. Celui-ci s'ajoute à la *liberté entendue dans le sens classique* de ne pas être victime d'offenses de la part des organes de l'Etat. Il convient de nous demander, ensuite, dans quelle mesure les *droits sociaux* sont consacrés par des normes constitutionnelles en France et en Grèce, donc en tant que *droits fondamentaux*.

ii - Les droits sociaux en tant que droits fondamentaux

178. La question qui se pose à présent est celle de savoir s'il est possible d'appréhender les droits sociaux en tant que droits *fondamentaux* dans les ordres juridiques français et hellénique. Dans le cas d'une réponse positive, la possibilité de les différencier des droits-libertés classiques quant à leur caractère obligatoire sera définitivement écartée. Elle sera la preuve qu'en France et en Grèce tous les droits constitutionnels habilite le législateur à agir positivement tout en énonçant en même temps des obligations négatives.

²³⁶ Voir *intro*, p. 24 et s.

²³⁷ Les droits sociaux ne peuvent, dès lors, être vus comme des droits « de second rang ». *Contra* : Tatiana GRUNDLER, r, « Chapitre 3. La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux », *La Revue des droits de l'homme*, n°1, 2012, disponible sur le site revdh.revues.org. Petros PARARAS, « Les acteurs des prestations sociales » in *Etat, loi, administration : Mélanges en l'honneur du Professeur Ep. Spiliotopoulos*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, Athènes, 1998, p. 311, p. 312.

²³⁸ Guillaume DRAGO, « La conciliation entre principes constitutionnels », *Revue Dalloz*, n° 31, 1991, p. 265.

²³⁹ Aristovoulos MANESIS, *Droits constitutionnels, Libertés individuelles*, éd. Sakkoulas, 1982, p. 25. (en grec) Selon l'auteur, la liberté est une et indivisible, indépendamment du fait d'être une liberté d'abstention ou une liberté positive.

²⁴⁰ Dimitris TSATSOS, *Droit constitutionnel*, Tome III, *Droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 200. Antonis MANITAKIS, *Etat de droit et contrôle de constitutionnalité*, *op.cit.*, p. 420.

179. L'examen des droits sociaux fondamentaux ne pose aucune difficulté s'agissant de l'ordre juridique hellénique, la Constitution de 1975 consacrant un catalogue de droits sociaux. Les travaux préparatoires à cette dernière ne laissent effectivement place à aucun doute quant à la valeur constitutionnelle des droits sociaux²⁴¹. Sont ainsi reconnus en tant que *droits sociaux fondamentaux*, le « droit à l'enseignement »²⁴², le « droit à la sécurité sociale »²⁴³, le « droit à la santé »²⁴⁴, le « droit au logement »²⁴⁵, le « droit à l'emploi »²⁴⁶ et le « droit à l'aide sociale »²⁴⁷. Pour sa part, le Conseil d'Etat hellénique consacre les droits sociaux en tant que « règles de droit qui sont *contraignantes* pour le législateur »²⁴⁸. Si leur sens exact doit être davantage précisé²⁴⁹, leur valeur constitutionnelle est incontestable. Par opposition à l'ordre juridique hellénique, la même question se révèle particulièrement complexe s'agissant de l'ordre juridique français.

180. En France, la Constitution de 1958 s'abstient de consacrer un catalogue de droits sociaux fondamentaux et, plus généralement, n'accorde pas une place centrale aux droits fondamentaux. Le seul texte qui porte sur des droits sociaux est celui du Préambule de la Constitution de 1946²⁵⁰ (ci-après « Préambule ») auquel les rédacteurs de la Constitution de 1958 n'avaient à

²⁴¹ Lire le discours du rapporteur de la majorité D. PAPASPIROU lors de la rédaction de la Constitution de 1975, le 27 mars 1975, comptes rendus p. 30, disponible sur le site hellenicparliament.gr.

²⁴² L'article 16 de la Constitution énonce dans son paragraphe 2 que : « L'instruction constitue une mission fondamentale de l'État, et a pour but l'éducation morale, culturelle, professionnelle et physique des Grecs, le développement d'une conscience nationale et religieuse ainsi que leur formation en citoyens libres et responsables ». Le paragraphe 4 de l'article 16 énonce que : « Tous les Grecs ont droit à l'instruction gratuite à tous ses degrés dans les établissements publics d'enseignement ». Sur le fait d'énoncer ce droit seulement pour ceux qui ont la nationalité hellénique, voir *infra*, p. 295.

²⁴³ Dans l'ordre juridique hellénique, le droit à la sécurité sociale se trouve consacré par la disposition constitutionnelle de l'article 22, paragraphe 5 énonçant que « L'État veille à la sécurité sociale des travailleurs, ainsi qu'il l'est prévu par la loi ».

²⁴⁴ Article 21, paragraphe 3 : « L'État veille à la santé des citoyens et prend des mesures spéciales pour la protection de la jeunesse, de la vieillesse et des invalides, ainsi que pour l'aide aux indigents ».

²⁴⁵ La Constitution hellénique énonce, en effet, à l'article 21, paragraphe 4 que : « L'acquisition d'un logement par ceux qui en sont privés ou qui sont insuffisamment logés fait l'objet d'un soin particulier de la part de l'État ».

²⁴⁶ Le droit à l'emploi est consacré par l'article 22, paragraphe 1 de la Constitution, lequel dispose que : « 1. Le travail constitue un droit et se trouve sous la protection de l'État, qui veille à la création des conditions de plein emploi pour tous les citoyens, ainsi qu'au progrès moral et matériel de la population active, rurale et urbaine ».

²⁴⁷ Article 21, paragraphe 1 : « La famille en tant que fondement du maintien et du progrès de la nation, ainsi que le mariage, la maternité et l'enfance se trouvent sous la protection de l'État ». Article 21, paragraphe 2 : « Les familles nombreuses, les invalides civils et de la période de paix, les victimes de guerre et les orphelins de guerre ainsi que ceux qui souffrent d'une maladie incurable corporelle ou mentale ont droit à un soin particulier de la part de l'État ».

²⁴⁸ Les droits sociaux sont « des règles de droit qui impliquent de force contraignante vis-à-vis du législateur » selon la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique, CdE n° 811/1977, n° 2034/1978.

²⁴⁹ Voir *infra*, p. 99 et s.

²⁵⁰ Alinéa 5 : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Alinéa 11 : « La Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». Alinéa 10 : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à

l'origine pas reconnu de valeur constitutionnelle. Il était en effet considéré comme un simple texte de référence à valeur programmatique à côté de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen²⁵¹. Les travaux préparatoires à la Constitution de 1958 manifestent explicitement l'absence de *force contraignante* de ces textes²⁵². Leur étude révèle que les constituants de 1958 ont maintenu la situation telle qu'elle était auparavant en préservant l'absence du contrôle de constitutionnalité des lois au regard du texte du Préambule²⁵³.

181. Cependant, le Conseil constitutionnel a modifié la *valeur non juridique* des dispositions du Préambule. A l'occasion de sa décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971, il a intégré le texte du Préambule au *bloc de constitutionnalité* lui reconnaissant ainsi un caractère obligatoire à l'égard du législateur²⁵⁴. Après la décision, le Préambule a donc été rattaché à la Constitution de 1958 qui disposait désormais d'un catalogue de *droits sociaux fondamentaux*. Les *droits-libertés* issus de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 étaient aussi concernés.

182. Dans la mesure où le juge constitutionnel a créé un catalogue de droits fondamentaux sans habilitation préalable, on a pu parler de « révolution juridique »²⁵⁵. En dépassant sa compétence originaire, le juge constitutionnel a effectué un changement de sens de la Constitution de 1958

leur développement ». Alinéa 13 : « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public, gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ».

²⁵¹ Ce dernier affirme que : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ».

²⁵² *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Du conseil d'état au référendum 20 août-28 septembre 1958*, Vol. III, La Documentation française, 1991. Lire précisément le discours du Rapporteur Marcel MARTIN qui évoque clairement l'absence de valeur juridique du Préambule.

²⁵³ François LUCHAIRE, in François LUCHAIRE, Gérard CONAC, *La Constitution de la République française, op. cit.*, p. 88. Sur le fait que le texte du Préambule était au moment de sa rédaction dépourvu d'une forme constitutionnelle, voir Jean RIVERO, Georges VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », in André de LAUBADERE, André MATHIOT, Jean RIVERO, Georges VEDEL, *Pages de doctrine*, Tome I, L.G.D.J., 1980, p. 108

²⁵⁴ Premièrement, le juge constitutionnel énonce le caractère obligatoire du Préambule de la Constitution de 1958 qui renvoie au Préambule de la Constitution de 1946 avec la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, considérant n° 2 : « Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ». Ensuite, il intègre le Préambule de la Constitution de 1946 dans son bloc de constitutionnalité avec la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 (décision « IVG »), considérant n° 10 : « Considérant qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte ». Lire, Louis FAVOREU, Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN – SOUCRAMANIEN, Eric OLIVA, André ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2016, p. 413.

²⁵⁵ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit, op.cit.*, p. 209. Lire sur ce sujet, Louis FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel, mythes et réalités », in *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, p. 141.

et provoqué une *discontinuité* de sa signification²⁵⁶. En dépit de ce « coup d'état » du juge constitutionnel français, son contrôle sur les dispositions du Préambule a généré un précédent régulièrement repris dans ses décisions ultérieures²⁵⁷.

183. Il n'est donc pas ici question de contester le *bloc de constitutionnalité* tel que déterminé par le Conseil constitutionnel et depuis longtemps admis par l'unanimité de la doctrine française²⁵⁸. Ce serait une démarche dépassant le cadre de notre étude. Après tout, le Conseil constitutionnel produit des *normes* dont la doctrine doit tenir compte, même s'il le fait en dépassant la compétence qui lui a originairement été attribuée. Signaler la *révolution* qui a permis que les droits sociaux deviennent des droits fondamentaux est cependant essentiel : leur *constitutionnalisation* est attachée à l'année 1971, l'année de la décision *Liberté d'association* du Conseil constitutionnel.

184. Jusqu'à aujourd'hui, aucune disposition législative n'a toutefois été annulée sur le fondement des droits sociaux reconnus dans le Préambule. Cela s'explique en raison d'une confusion théorique autour de l'injusticiabilité des droits sociaux. Ce constat appelle alors un regard *extra-juridique* sur la jurisprudence constitutionnelle qui n'est pas suffisant pour contester la reconnaissance des droits sociaux en tant que normes constitutionnelles. Leur inclusion au sein du bloc de constitutionnalité a été consolidée depuis longtemps et c'est cela qui compte quant à l'affirmation de leur caractère obligatoire.

Conclusion du § 1 :

185. L'analyse précédente nous a permis d'identifier les fondements du principe de l'Etat social et d'affirmer leur valeur constitutionnelle. Elle s'appuie sur une distinction entre *objectifs-fondements* et *droits sociaux fondamentaux*. Les deux fondements se distinguent dans la mesure où les premiers impliquent des habilitations *exclusivement* pour les organes étatiques, alors que les seconds énoncent aussi des permissions pour les individus (qui ne font pas partie des organes

²⁵⁶ Otto PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 353. « Il existe une rupture dans la continuité lorsqu'un acte à prétention formellement constitutionnelle n'est pas valide selon les critères du système, mais qu'il est appliqué et considéré comme valide dans les faits par les acteurs ».

²⁵⁷ Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel indiquent que la « valeur constitutionnelle du Préambule » est « affirmée par la Constitution de 1958 ». Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, considérant n° 9 : « Considérant qu'aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 ».

²⁵⁸ Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 29, 2010, disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr. Xavier PRETOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Droit social*, n° 3, 1991, p. 187. François LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 29. Michel LASCOMBE, Gilles TOULEMONDE, *Le droit constitutionnel de la Vème République*, L'Harmattan, 2015, p. 359.

étatiques). Aucun des deux fondements ne fonde de recours directs pour les individus. Ils partagent le caractère objectif, sans que leur différence de sens ne soit modifiée. Celle-ci demeure dans la mesure où seuls les *droits sociaux constitutionnels* peuvent éventuellement être concrétisés par le législateur en *droits sociaux subjectifs*.

186. Les droits sociaux constitutionnels fondent la liberté des individus de jouir de prestations, ainsi que l'habilitation des organes étatiques à les octroyer. Or, avant que les organes étatiques octroient les prestations, ils doivent avoir mis en œuvre les moyens pour leur accomplissement. Ainsi, les *objectifs-fondements* du principe de l'Etat social habilent le législateur à organiser la fourniture de prestations à travers des *structures objectives publiques*. Il n'est alors pas pertinent de considérer les *droits sociaux fondamentaux* comme une spécialisation de l'objectif-fondement ; il convient, au contraire, d'aborder le *principe de l'Etat social* comme un *ensemble normatif* consistant en *deux fondements distincts*. Après avoir affirmé la valeur constitutionnelle du principe social, il convient de se focaliser sur la question de son injusticiabilité.

§ 2 - L'injusticiabilité du principe de l'État social

187. Le principe de l'Etat social est conçu comme un *principe non justiciable* dans le sens de ne pas permettre aux individus de demander *directement* la satisfaction de leurs besoins matériels par le législateur à travers des recours juridictionnels. Pour que cela soit possible, il est nécessaire qu'une loi intervienne à ce propos. Dans le cadre de notre étude, le terme *injusticiabilité* s'identifie aux vocables *inapplicabilité directe* et *inexigibilité*, car tous trois signifient l'impossibilité de contrôler les *obligations* du législateur à *défaut de loi existante*.

188. Il existe un grand débat autour de l'*injusticiabilité* des normes sociales constitutionnelles. L'analyse qui suit le présentera, avant de se focaliser sur la justiciabilité des normes sociales *au niveau législatif*. Dans le cadre de notre étude, seuls les *droits* sont identifiés en tant que normes subjectives au niveau législatif dès lors que, comme nous l'avons précédemment démontré²⁵⁹, les *objectifs* ne peuvent jamais fonder des droits subjectifs, sauf à leur donner un sens différent de celui retenu par la présente étude.

189. L'analyse vise ainsi à démontrer l'aspect inopérant de l'interrogation autour de l'*inapplicabilité directe* des normes sociales vis-à-vis du *législateur* et à accentuer sa pertinence vis à vis de l'Administration. Il est réalisé, ainsi, un transfert du « problème » de

²⁵⁹ Voir *supra*, p. 70.

l'injusticiabilité « par le haut » vers « le bas » ; c'est-à-dire en considérant la pyramide des normes. A cet égard, il conviendra d'écarter la justiciabilité du principe de l'Etat social (A), avant de démontrer la justiciabilité des droits sociaux législatifs (B).

A - La mise à l'écart de la justiciabilité du principe de l'État social

190. Il n'est pas possible d'admettre la justiciabilité du principe de l'Etat social, puisqu'elle mettrait en cause la *réserve de loi* (i). Cependant, rien n'empêche d'affirmer l'« invocabilité » du principe de l'Etat social (ii).

i - La mise en cause de la réserve de la loi en cas de reconnaissance de la justiciabilité du principe

191. Argumenter à l'encontre de la justiciabilité du principe de l'Etat social s'oppose à la majorité de la doctrine. Cela devient manifeste au regard du débat autour de la justiciabilité des droits sociaux constitutionnels. Leur *injusticiabilité* est vue par la doctrine française²⁶⁰ et hellénique²⁶¹ en tant qu'obstacle au plein alignement du législateur sur leurs énoncés. La vision classique sur ce sujet, qu'il convient ici de résumer, trouve son origine dans la *distinction* issue de la théorie allemande entre *droits-libertés négatifs* et *droits sociaux positifs* vis-à-vis de l'Etat²⁶². Puisque les droits sociaux correspondent aux *obligations positives* de l'Etat, seuls les *droits-libertés négatifs* peuvent être conçus comme des *droits subjectifs*. Bien que l'individu ne puisse pas exiger la satisfaction d'une prestation par le législateur, il peut demander son abstention, afin d'éviter des ingérences dans ses droits-libertés.

192. Selon l'analyse classique, en raison de l'*indétermination* des droits sociaux, le juge de la constitutionnalité ne peut *obliger* le législateur à respecter ses obligations positives. Cela serait possible seulement dans le cas où un *contrôle de l'omission législative* était établi en France et

²⁶⁰ Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *op.cit.* Xavier PRETOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », *op. cit.*. Sur le constat que la plupart des dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 n'établissent pas des « droits exigibles » mais qu'elles consacrent des « objectifs », lire Laurence GAY, *Les droits-créances constitutionnels*, Bruylant, 2007. *Contra* : Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, Lexis Nexis, 2016, p. 127

²⁶¹ En ce qui concerne la doctrine hellénique, voir Spiros VLACHOPOULOS, « Théorie générale des droits fondamentaux », in Spiros VLACHOPOULOS *et alii*, *Les droits fondamentaux*, Nomiki Vivliothiki, 2017, p. 7. Voir également Kostas CHRYSOGONOS, *Droits individuels et sociaux*, *op.cit.*, p. 38.

²⁶² L'unanimité des manuels français et hellénique de droits fondamentaux évoquent la trilogie de G. Jellinek (*status negativus*, *status positivus*, *status activus*) qui renvoie à trois types de rapports de l'individu à l'Etat. Le caractère défensif des droits fondamentaux correspond au *status negativus*, le caractère prestataire des droits fondamentaux correspond au *status positivus*, et enfin le *status activus* désigne les situations dans lesquelles l'individu doit pouvoir exercer son activité dans et pour l'Etat, c'est-à-dire participer à la formation de la volonté de celui-ci.

en Grèce, tel qu'il existe au Portugal²⁶³. Etant donné l'impossibilité actuelle de contrôler le respect des *obligations positives* reposant sur le législateur, le contrôle des normes sociales constitutionnelles a seulement trois facettes : le contrôle de l'*abrogation* des normes attribuant des prestations matérielles, celui de leur modification au regard du *principe d'égalité*, et enfin celui de leur *conciliation* avec les droits-libertés classiques.

193. La position envisageant la justiciabilité des droits sociaux constitutionnels exposée ci-dessus nous semble problématique parce que l'éventuelle *justiciabilité* du principe social violerait la *réserve de la loi* énoncée par les Constitutions française et hellénique²⁶⁴. La réserve de la loi a été précédemment définie comme la compétence réservée au législateur, de laquelle sont exclus tant les organes de l'Administration que les juges. Selon celle-ci, seul le *législateur* est habilité à agir d'une *manière positive* afin de créer des prestations. Puisque l'*initiative* des lois lui appartient en général, admettre l'*applicabilité directe* des droits-libertés pose également problème. La vision ici retenue se différencie tant de l'argumentation en faveur de la justiciabilité des droits sociaux constitutionnels, que de l'admission de l'applicabilité directe des droits-libertés.

194. Dans le cadre de notre étude, *tous* les droits constitutionnels sont envisagés comme des prescriptions générales qui contraignent l'activité du législateur, mais l'action est toujours initiée par l'organe de production du droit et non par celui de son application. Il s'ensuit que le législateur est toujours *libre* de concrétiser positivement les droits constitutionnels. Bien qu'il ne soit pas possible de faire peser sur lui des obligations positives, il est tenu par des obligations négatives au regard de tous les droits constitutionnels. Une question émerge toutefois : si les droits sociaux constitutionnels impliquent seulement des obligations négatives, cela signifie-t-il qu'ils sont « inefficaces » ?

195. L'*inefficacité* présuppose un non-alignement général du législateur sur les énoncés constitutionnels²⁶⁵. Bien qu'elle n'indique rien quant à leur *validité*, elle nous intéresse cependant car une transgression totale des *droits sociaux constitutionnels* laisserait notre étude sans objet scientifique. La présente analyse, qui va à l'encontre de l'idée de *justiciabilité* du

²⁶³ Voir « Les recours devant le juge constitutionnel », *Les documents de travail du Sénat, Étude de législation comparée* n° 208, septembre 2010, disponible sur le site sénat.fr. Le tribunal constitutionnel portugais apprécie et vérifie la non-application de dispositions constitutionnelles résultant du fait que le législateur a omis d'adopter des dispositions législatives nécessaires pour qu'elles entrent en vigueur. Cependant, le tribunal constitutionnel ne peut combler par lui-même le vide causé par une omission législative, ni enjoindre au législateur de voter une loi à cette fin.

²⁶⁴ Voir *intro*, p. 38.

²⁶⁵ Voir *intro*, p. 24 et s.

principe de l'Etat social, part du principe que seule une absence totale de législation sociale serait équivalente à l'*inefficacité* du principe. Seulement dans cette hypothèse, le *principe social* serait une norme sans aucun effet sur les individus.

196. En réalité, la critique de l'injusticiabilité ne serait utile que si des prestations matérielles n'existaient pas *déjà*. Or, la *création* de prestations par le législateur a eu lieu en France et en Grèce *avant* la consécration constitutionnelle du *principe de l'Etat social*²⁶⁶. La plupart des prestations matérielles envisagées aujourd'hui comme concrétisant le principe social avaient effectivement été initialement prévues par *la loi*. Les individus avaient déjà un accès concret à des prestations avant que les constituants n'affirment leur garantie à un niveau abstrait. Il en va notamment ainsi dans les deux Etats en matière d'enseignements scolaire et universitaire, mais également s'agissant des nombreuses branches de la sécurité sociale (retraites, assurance-maladie, allocations familiales, assurance-chômage), des hôpitaux publics, de l'aide au logement, ou encore de l'aide à la recherche d'emploi²⁶⁷. Il s'ensuit que le principe de l'Etat social est *injusticiable*, mais non *inefficace*.

197. Par ailleurs, le constat de la préexistence de la législation sociale à la consécration du principe de l'Etat social nous amène à un deuxième constat. Puisque le législateur est *habilité* mais *non obligé* à concrétiser *positivement* le principe de l'Etat social, le contrôle du juge ne comprend pas la « création » des prestations matérielles. Il porte seulement sur leur « aménagement » ultérieur qui peut porter atteinte à ses *obligations négatives*. Il est possible de distinguer alors *deux types d'actions* du législateur : la « création » et l'« aménagement » de prestations matérielles. La première implique que le législateur énonce pour la première fois l'octroi de prestations au bénéfice d'individus ; la seconde concerne la modification ultérieure des conditions de leur octroi. L'existence de *normes supérieures* permet que la législation sociale soit contrôlée par des juges qui garantissent que l'*aménagement de prestations matérielles* soit conforme aux interdictions issues des prescriptions supra-législatives. En revanche, la *création* des prestations matérielles n'est pas elle-même contrôlée, car cela impliquerait la possibilité pour le juge de contrôler l'omission législative.

²⁶⁶ C'est-à-dire, avant les années 1985/1971 pour la France et 1975/2001 pour la Grèce. L'année 1971 renvoie au moment où le Préambule de la Constitution de 1946 a été doté d'une valeur constitutionnelle par le juge constitutionnel en France. L'année 1958, au moment où la République a été qualifiée de sociale. L'année 1975 correspond au moment de leur consécration constitutionnelle en Grèce et l'année 2001 à la révision constitutionnelle qui a introduit l'objectif-fondement.

²⁶⁷ Ces prestations matérielles existaient déjà à la moitié, voire au début, du 20^e siècle, voir *intro* p. 41. Sur les débuts de ces prestations, voir également, *infra*, p. 395 et s.

198. Lorsqu'alors on examine le contrôle du principe de l'Etat social, ce n'est donc pas la *création* de prestations matérielles qui importe, mais la possibilité de contrôler leur *aménagement* sur le fondement du principe de l'Etat social. Ce contrôle garantit que l'aménagement réalisé ne violera pas le *sens* du principe social. Malgré une conception répandue quant à l'*indétermination* de ce dernier, une analyse plus fine démontre que tel n'est en réalité pas le cas. Une interprétation historique²⁶⁸ nous permet en effet de révéler le constat suivant : consacré dans un contexte historique *x*, le principe social *français et hellénique* renvoie à la *législation sociale* qui existait à ce moment. De ce point de vue, le principe social n'est pas une norme indéfinie et insusceptible de concrétisation positive, mais le fondement constitutionnel d'une législation *déjà* existante.

199. Il en résulte que le sens du principe de l'Etat social ne peut pas être distinct de celui qu'il avait au moment de sa consécration. Dès lors, il n'y a pas lieu d'accentuer, comme cela est cependant souvent le cas, l'impossibilité pour l'individu de revendiquer un *emploi* ou un *logement* au législateur. Les droits constitutionnels au logement ou à l'emploi, malgré leur formulation qui peut créer des malentendus, ne peuvent qu'être interprétés de la même manière que toutes les normes sociales. Leur interprétation présuppose leur conception en tant que fondements d'une législation déjà existante. Or, il devient clair que cette dernière n'a jamais octroyé lesdites prestations à l'ensemble de la population, ni en France ni en Grèce. Cela ne signifie nullement que le législateur ne pourra pas finalement *créer* de telles prestations ; seulement qu'il n'est pas *contraint* de le faire.

200. L'interprétation constitutionnelle ainsi adoptée invite donc à aborder les normes constitutionnelles en tant qu'énoncés ayant un sens concret à l'appui de la législation *déjà* existante plutôt que comme des « promesses » indéterminées. Dans cette perspective, l'injusticiabilité du principe social ne renvoie plus qu'à un *faux problème*. Son absence implique simplement que la *création* de prestations matérielles ne soit pas obligatoire, fait qui ne signifie nullement que leur *aménagement* n'est pas contrôlé. Cela serait le cas seulement si le *principe de l'Etat social* n'était pas « invocable » devant les juges.

ii - L'affirmation de l' « invocabilité » du principe de l'État social

201. La présente analyse défend la position de l'*injusticiabilité* du principe de l'Etat social. Elle admet que le juge n'intervient pas s'il n'existe pas de législation sociale qui concrétise le

²⁶⁸ Voir *intro*, p. 24.

principe de l'Etat social. Ainsi, elle vise à accentuer le fait que le *caractère objectif* du principe social n'empêche pas son contrôle en général, mais seulement son *contrôle direct*. Il est alors nécessaire de distinguer la *justiciabilité* du principe social de son « invocabilité ».

202. La distinction proposée en l'espèce s'inscrit dans la continuité des autres différenciations faites notamment par la doctrine française qui a beaucoup traité le sujet : celle entre « contentieux objectif » et « contentieux subjectif »²⁶⁹, celle entre « justiciabilité subjective » et « justiciabilité normative »²⁷⁰, ou encore celle entre « bénéficiaires » et « titulaires » de droits²⁷¹. Nonobstant la manière dont elle est exprimée, l'idée principale sous-jacente à l'ensemble de ces différenciations demeure la même ; il se peut qu'une norme permette à un individu de saisir le juge directement pour revendiquer le respect par un organe étatique de ses obligations correspondant au *droit* de l'individu en question. Cette situation se distingue toutefois de celle dans laquelle une norme habilite un individu à demander le contrôle d'une norme inférieure au regard d'une norme supérieure indépendamment de son caractère de *droit*. Du point de vue de notre étude, c'est seulement dans le premier cas qu'un organe étatique peut être contraint d'agir suivant la manière exigée ; dans le second cas, ce sont des actions précédentes qui sont validées ou non par le juge. Dans le premier cas, la norme est *subjective* et *justiciable* alors que dans le second elle est *objective* et *invocable*. Il convient d'appréhender les fondements du principe de l'Etat social en fonction de ces deux dernières caractéristiques.

203. Admettre donc le *caractère objectif* du principe social signifie que les individus ne peuvent forcer le législateur à agir d'une *manière positive* à défaut de loi (*justiciabilité*), mais n'exclut nullement la possibilité de demander au juge de contrôler la conformité d'une *loi existante* au regard du principe social (*invocabilité*). Une norme est *invocable* lorsqu'elle *permet* la saisine d'une juridiction sur son fondement. Par opposition à la *justiciabilité*, dans le cas de l'*invocabilité*, le contenu exact de la demande faite au juge n'a aucune importance ; seul l'exercice du contrôle en tant que tel compte. L'*invocabilité* est la conséquence de l'admission de la *valeur juridique* d'une norme.

204. Il ne s'agit pas ici d'un *droit subjectif* au sens propre du terme, car celui qui *invoque* la norme constitutionnelle n'a pas le droit d'exiger que le législateur agisse d'une certaine manière sans que ce dernier ne soit préalablement intervenu sur le même sujet. Il peut seulement

²⁶⁹ Catherine TEITGEN-COLLY, *L'intérêt à agir*, L.G.D.J., 2016, p. 4.

²⁷⁰ Voir Guy BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, éd. Seuil, 2001, p. 45, p. 46.

²⁷¹ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 98.

demander la reconnaissance de l'inconstitutionnalité d'une norme *déjà existante* par le juge²⁷². Le *caractère objectif* d'une norme invocable est évident à partir du moment où ce ne sont pas seulement les *individus* qui sont concernés par la *permission*, mais également les *organes étatiques* qui sont habilités à saisir le juge constitutionnel (« titulaires »).

205. Entre la France et la Grèce, seule la France dispose de tels organes *compétents* de saisine dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité²⁷³. Après l'établissement du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité (question prioritaire de constitutionnalité) par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, les *individus* peuvent également invoquer l'inconstitutionnalité d'une norme législative²⁷⁴. Cela était déjà le cas en Grèce où *l'exception d'inconstitutionnalité* peut être relevée devant les juges.

206. Par ailleurs, le *caractère objectif* d'une norme invocable s'affirme par le fait que ce sont non seulement les *droits fondamentaux*, mais également les *objectifs constitutionnels* qui sont concernés. Dans le cas du contrôle de constitutionnalité français *a priori*, les organes en charge du contrôle peuvent, en effet, les intégrer à leurs normes de référence. Cela n'est toutefois pas possible en France dans le cas du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, la QPC concernant exclusivement des *droits*²⁷⁵. En revanche, en Grèce, les individus peuvent invoquer l'atteinte à l'objectif-fondement devant les juges. Il convient pour cela de prouver qu'ils disposent d'un « intérêt légitime » à accéder au contrôle²⁷⁶. Il s'agit précisément d'établir l'*intérêt particulier* qu'un individu a au regard d'une mise à l'écart potentielle de la loi inconstitutionnelle en question²⁷⁷.

207. Dans les conditions décrites ci-dessus, tant les *droits sociaux fondamentaux* que les *objectifs-fondements sociaux* sont *invocables* dans les ordres juridiques français et hellénique.

²⁷² Certes, il implique de fait un droit subjectif, au sens technique du terme, mais la confusion qui existe déjà autour de cette notion ne permet pas de l'employer pour désigner deux concepts différents.

²⁷³ Voir *intro*, p. 49 et s.

²⁷⁴ Pour certains auteurs, à partir du moment où les individus invoquent désormais l'inconstitutionnalité d'une norme au regard des droits constitutionnels, ils acquièrent un droit subjectif d'accès à la justice. Voir : Damien FALLON, *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014, p. 281. Pour une différente optique sur ce sujet : Otto PFERSMANN, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori », *Petites affiches*, n° 254, 2008, p. 103.

²⁷⁵ Les seules dispositions qui peuvent servir comme fondements d'une procédure QPC sont les droits fondamentaux.

²⁷⁶ L'*intérêt légitime* ou *intérêt pour agir* (particulièrement dans le cadre du recours pour excès de pouvoir) est un concept *plus large* que celui de *droit subjectif*, car il concerne toute situation ou de fait légitime (reconnue par le droit) dont le requérant, en vertu d'un rapport spécial, tire un profit ou un avantage et dont l'atteinte lui provoque un préjudice. Voir Epaminondas SPILIOTOPOULOS, *Droit administratif hellénique*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 335.

²⁷⁷ Par exemple, les assurés d'un régime de sécurité sociale *x* auraient un intérêt légitime à saisir le juge à l'encontre d'une loi qui le privatise et pourraient demander son contrôle au regard de l'objectif-fondement. Voir *infra*, p. 391.

208. Concernant l'ordre juridique hellénique, en vertu du contrôle de constitutionnalité diffus, incident, concret, et *a posteriori*²⁷⁸, chaque individu peut saisir n'importe quelle juridiction en invoquant la violation d'un *droit social constitutionnel* ou de l'*objectif-fondement social*. Dans l'ordre juridique français, les droits sociaux du Préambule sont *invocables* dans le cadre d'une QPC²⁷⁹, mais les *objectifs-fondements* peuvent seulement être invoqués par les organes étatiques qui sont habilités à saisir le juge constitutionnel. Dans les deux ordres juridiques, les juges de la constitutionnalité peuvent effectuer également un *contrôle d'office* du principe de l'Etat social, c'est à dire sans qu'une demande préalable ne leur soit faite. Aucune contestation de l'*invocabilité* des fondements sociaux constitutionnels ne peut alors être justifiée.

209. Le seul problème que leur contrôle actuel implique, commun aux deux ordres juridiques, porte sur l'*autonomie limitée* de l'invocabilité des objectifs-fondements²⁸⁰. Dans la plupart des cas, les objectifs-fondements du principe social sont invoqués *en combinaison* avec les droits sociaux fondamentaux. Le constat, qui résulte aussi bien de la jurisprudence constitutionnelle française²⁸¹ qu'hellénique²⁸², renvoie à la conception déjà écartée selon laquelle les objectifs-fondements ne sont que des clauses générales qui englobent l'ensemble normatif des droits sociaux fondamentaux²⁸³. Or, à partir du moment où l'on considère que les dispositions constitutionnelles consacrant la *République sociale* française et l'*Etat de droit social* hellénique disposent elles-mêmes d'un *sens spécifique*, elles devraient être contrôlées indépendamment des violations de droits sociaux. Elles ne sont pas leurs compléments, mais des normes distinctes de ces derniers.

210. Il découle de l'analyse précédente que même si l'on admet l'absence de *justiciabilité* du principe social, cela n'a pas d'impact sur le fait qu'il est *invocable* devant les juges. La position reconnaissant la justiciabilité du principe de l'Etat social se révèle problématique, car elle

²⁷⁸ Voir *intro*, p. 49.

²⁷⁹ Ont ainsi pu être invoqués au soutien d'une question prioritaire de constitutionnalité : le droit pour chacun d'obtenir un emploi, le droit aux prestations sociales, ou encore le droit au logement. Voir : décision n° 2010-98 QPC du 4 février 2011, *M Jacques* ; décision n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, *M. Zeljko S.* ; décision n° 2012-254 QPC, *Fédération de l'énergie et des mines* ; décision n° 2011-1396 QPC du 17 juin 2011, *Fédération nationale des associations tutélaires et autre* ; décision n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011, *M. Mohamed T* ; décision n° 2011-169 QPC du 30 septembre 2011, *Consorts M. et autres*. En revanche, le Conseil constitutionnel a rejeté l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 parmi les normes invocables dans le cadre de cette procédure, car « cette disposition n'institue pas un droit ou une liberté ». Voir décision n° 2015-459 QPC du 26 mars 2015.

²⁸⁰ Bernard MATHIEU, « La République sociale », in Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX, *La République en droit français*, actes du colloque de Dijon, *op. cit.*

²⁸¹ Décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997, voir considérants n° 10, 11.

²⁸² CdE, n° 400/1986 à propos de l'établissement du système national de santé. CdE, n° 2523/2004 à propos de l'autorisation donnée aux personnes privées d'établir des écoles pour des enfants handicapés. Voir également CdE, n° 2692/1993.

²⁸³ Voir *supra*, p. 67.

méconnaît le fait que le législateur, en France et en Grèce, ne soit pas obligé de *créer* des prestations mais seulement de les *aménager* conformément au principe de l'Etat social. Une fois qu'il est intervenu, des *obligations positives de création* pèsent toutefois sur l'Administration. Il convient à présent de traiter la question de la *justiciabilité* des normes sociales *législatives* résultant de l'intervention du législateur.

B - La justiciabilité des droits sociaux législatifs

211. L'étude qui suit vise à démontrer la *justiciabilité* des droits sociaux législatifs en France et en Grèce devant le juge administratif (i), ainsi que devant le juge civil (ii).

i - La justiciabilité des droits sociaux devant le juge administratif

212. Le principe de l'Etat social n'est pas en lui-même un principe justiciable, mais il peut *fonder* des normes sociales justiciables. Tel n'est en revanche pas le cas des *objectifs-fondements* du principe, dont le sens ne permet pas une *individualisation* des énoncés²⁸⁴. Sont concernés par notre analyse de la *justiciabilité* du principe social les *droits sociaux fondamentaux* qui sont *sources de droits sociaux législatifs*. Il convient désormais de qualifier ces derniers de « droits sociaux dérivés »²⁸⁵.

213. À la suite de l'intervention du législateur, les destinataires de droits sociaux fondamentaux deviennent des *bénéficiaires* de droits sociaux subjectifs. Les *droits sociaux dérivés* sont des *droits justiciables* devant le juge administratif en France et en Grèce. Si une *loi* permet aux individus d'accéder à une prestation matérielle, ceux-ci peuvent exiger une action positive de l'Administration. Dans ce cas, l'Administration exécute la loi qui concrétise les droits sociaux constitutionnels.

214. Or, envisager l'Administration comme un organe chargé de la tâche de *fournir des prestations* implique la reconnaissance préalable d'un *lien* entre le droit administratif et les droits sociaux constitutionnels. Se pose alors la question de l'admission des sources constitutionnelles du droit administratif ; un sujet qui n'est pas sans poser des difficultés, particulièrement en France. Dans l'ordre juridique français, longtemps conçu comme un *Etat*

²⁸⁴ Voir *supra*, p. 70.

²⁸⁵ Il ne faut pas, toutefois, confondre les *droits sociaux dérivés*, tels qu'ici employés, avec les « droits créances dérivés », tels que connus dans la théorie allemande. Ces derniers ne peuvent être exercés qu'en fonction des ressources disponibles et dans le respect du principe d'égalité. Voir Vanessa BARBE, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative Allemagne, France, Royaume-Uni*, L.G.D.J., 2009, p. 9). La présente étude vise à donner un nouveau sens à l'expression « droit social dérivé ».

légal, les dispositions constitutionnelles étaient détachées des normes inférieures²⁸⁶. Les normes produites par des organes administratifs trouvaient alors leur source seulement dans la *loi* et dans la jurisprudence administrative, sans qu'un *lien* avec les normes constitutionnelles ne pût être mis en lumière. Cependant, à la suite de l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité, une *connexion progressive* du droit administratif avec les dispositions constitutionnelles a eu lieu ; un phénomène connu sous le nom de « constitutionnalisation » du droit administratif²⁸⁷.

215. Or, encore aujourd'hui, admettre pour les auteurs français que les droits fondamentaux influencent la jurisprudence des juges ordinaires n'est pas évident²⁸⁸. Pour certains d'entre eux²⁸⁹, le *règlement* ne peut être envisagé comme la norme qui assure l'exécution des lois. Une telle vision est toutefois le seul moyen d'aborder les droits fondamentaux *en général* comme normes qui engendrent des *effets concrets* à l'égard des administrés. La *constitutionnalisation* actuelle du droit administratif français a plus récemment trouvé une manifestation concrète dans l'établissement de la procédure des « référés-libertés »²⁹⁰. Désormais, *un acte administratif, une action ou une omission* de la part de l'Administration, impliquant l'atteinte à un *droit* et relevant de l'urgence, peut être annulé par le juge administratif.

216. Par opposition à l'ordre juridique français, dans l'ordre juridique hellénique où le contrôle de constitutionnalité est *diffus*, le lien entre *normes administratives* et *droits fondamentaux* est plus facilement appréhendé. Pour la doctrine grecque²⁹¹, le droit constitutionnel occupe une

²⁸⁶ Selon le Professeur Otto PFERSMANN : « Nulle part en Europe la Constitution a été considérée comme une donnée si peu juridique et nulle part le droit administratif a comblé et accaparé à ce point la place du droit public par une construction jurisprudentielle en constante expansion ». Voir Otto PFERSMANN, « Le nouveau constitutionnalisme comparé et les rapports entre juridictions suprêmes », in Julia ILIOPOULOUS-STRANGAS, *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2007, p. 45, p. 51.

²⁸⁷ Georges VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in André de LAUBADERE, André MATHIOT, Jean RIVERO, Georges VEDEL, Jean BOULOIS, *Pages de doctrine*, Tome II, 1980, L.G.D.J., p. 129. Voir également sur ce sujet : Bernard STIRN, « Constitution et droit administratif », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 37, n° 4, 2012, p. 5. Pierre DEVOLVE, « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA*, 2014, p. 1211.

²⁸⁸ Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 74.

²⁸⁹ Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, L.G.D.J., 2017, p. 62.

²⁹⁰ Article L. 521-2 du Code de justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de 48h. ».

²⁹¹ Anastasios TACHOS, *Droit administratif hellénique*, Sakkoulas Athina-Thessaloniki, 2005, p. 96. (en grec).

place primordiale parmi les sources du droit administratif qui a toujours représenté la forme *concrète et appliquée* des normes constitutionnelles, particulièrement en matière de *droits*²⁹².

217. Si, malgré certaines difficultés, le *lien* entre droit administratif et droits sociaux fondamentaux est finalement admis dans les deux ordres juridiques analysés, il convient de nous interroger sur le contrôle de l'*omission* de l'Administration en la matière. En France comme en Grèce, c'est en principe le *recours de plein contentieux* qui est considéré par la doctrine comme le moyen le plus pertinent pour défendre les *droits subjectifs* des administrés²⁹³. La *carence* de l'Administration en matière sociale est contrôlée notamment par le biais du contentieux de la *responsabilité* dont on trouve de nombreux exemples dans la jurisprudence des Conseils d'Etat français²⁹⁴ et hellénique²⁹⁵.

218. Cependant, le *recours en annulation* ne doit pas être exclu de l'étude sur la *justiciabilité* des *droits sociaux dérivés*, bien qu'il soit traditionnellement conçu comme un recours propre au « contentieux objectif »²⁹⁶. En France, l'élément principal qui le distingue du recours de plein contentieux est la possibilité pour le requérant de demander une indemnisation, une possibilité qui n'existe que dans le cadre de ce dernier. Rien n'empêche toutefois que l'administré exige « l'annulation du *silence* » de l'Administration par le biais d'un *recours en excès de pouvoir* qui engage ainsi cette dernière à une action positive²⁹⁷. Dans l'ordre juridique hellénique, la différence entre les deux recours est encore moins significative. Le *recours en indemnisation* y est consacré en tant que troisième moyen d'action dans la justice

²⁹² Prodromos DAGTOGLOU, *Droits individuels, op. cit.*, p. 11.

²⁹³ Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif, op. cit.*, p. 578. Epaminondas SPILIOTOPOULOS, « La dualité de juridictions en Grèce », *RFDA*, n° 4, 1990, p. 877. Le recours en responsabilité diffère entre les deux Etats : son admission exige une faute en France, alors qu'une simple illicéité (responsabilité objective) est suffisante dans le cas hellénique.

²⁹⁴ Le Conseil d'Etat français fait preuve d'une jurisprudence remarquable au sujet de la responsabilité de l'Etat pour carence en matière de droits sociaux des personnes handicapées. Voir sur cette jurisprudence, *infra*, p. 214.

²⁹⁵ Voir l'arrêt CdE, n° 2544 /2013 par lequel le Conseil d'Etat hellénique a jugé que l'édition de décrets qui réglementent les droits professionnels des étudiants relevait d'une compétence liée de l'Administration. Voir également, l'arrêt CdE, n° 2011/2006 à propos de l'omission d'achever le système de l'enseignement supérieur artistique dans un délai raisonnable après la loi. Voir sur ce sujet Chrysoula MOUKIOU, « Le législateur par délégation en tant que facteur nécessaire de l'exercice des droits des administrés », *EDD*, n° 2, 2006, p. 207 (en grec).

²⁹⁶ Traditionnellement, en France et en Grèce également, le *recours en excès de pouvoir* tendant à garantir le respect de la loi se distingue du *recours de pleine juridiction* tendant à garantir les droits des individus. Notre étude admet la distinction entre normes objectives et normes subjectives (voir *supra*, p. 67 et s.) et c'est sous cet angle qu'elle appréhende *a priori* la distinction classique des différents recours administratifs. Ainsi, leur différence principale repose sur le fait que le recours en excès de pouvoir peut être employé au regard d'une concrétisation législative d'un *objectif constitutionnel* à la condition que le requérant prouve un intérêt légitime. **Cependant**, son application n'est pas exclue lors d'une concrétisation législative d'un *droit constitutionnel*, ce qui relativise de plus en plus la distinction classique entre recours objectif et recours subjectif.

²⁹⁷ Voir CE, 19 mai 2006, n° 287514, Syndicat national des ostéopathes de France. Recours en annulation contre les décisions implicites refusant de prendre les décrets d'application de l'article 75 de la loi du 4 mars 2002.

administrative. Il est susceptible d'engager la « responsabilité extracontractuelle de l'Etat », à côté du recours en annulation et du recours de pleine juridiction²⁹⁸. Ainsi, indépendamment du recours qui est effectivement formé, c'est toujours le *principe de légalité* qui est en question. C'est lorsqu'une loi prévoit telle ou telle action obligatoire de l'Administration que l'omission de celle-ci de concrétiser davantage un *droit* ou même un *objectif* porte atteinte à cette loi²⁹⁹.

219. Même si la justiciabilité des *droits sociaux dérivés* est admise devant le juge administratif en France et en Grèce, certains obstacles se présentent, parfois, quant à l'engagement final de la *responsabilité* de l'Administration *pour carence*. Celle-ci n'est pas prononcée lorsque le juge administratif considère que ses organes disposaient d'une « compétence discrétionnaire » et non d'une « compétence liée » pour agir. D'après leur définition doctrinale classique, la première est entendue comme l'habilitation de l'Administration à effectuer un choix *entre plusieurs solutions légales*, alors que la seconde présuppose l'existence d'une *seule solution* prédéterminée par la loi³⁰⁰.

220. Du point de vue de notre étude, une telle définition pose question étant donné que la théorie normativiste admet toujours une *certaine marge discrétionnaire* du juge qui a constamment à choisir entre plusieurs solutions possibles³⁰¹. La question pertinente est donc celle de savoir dans quels cas cette *marge* est plutôt *large* et dans quels cas cette marge est plutôt *restreinte*. Selon la perspective retenue par notre analyse, il s'agit d'une *marge plutôt restreinte* dès lors que le législateur est intervenu pour améliorer la *liberté matérielle* des individus, en chargeant l'Administration de certaines tâches.

²⁹⁸ Ce sont les articles 105, 106 de la loi n° 2783/1941 (modifiée par le décret n° 456/1984 – 5, JO A/164/24-10-1984) connue en tant que loi introductive du Code civil qui règle la responsabilité extracontractuelle de l'Etat. Sur les deux autres recours : loi n° 702/77 (JO A/268 19-9-1977) sur les recours en pleine juridiction et décret présidentiel n° 18/1989 (JO A 8/9-1-1989) sur les recours en annulation. Sur les raisons constituant une omission illégale, voir précisément l'article 45 de ce dernier. Sur le recours en responsabilité dans l'ordre juridique hellénique, voir Prokopis PAVOLOPOULOS, *La responsabilité civile de l'État en droit public*, Tome I, éd. Sakkoulas, 1989.

²⁹⁹ Cependant, du point de vue de notre étude, seuls les *droits* garantis par la loi sont *justiciables* et non les *objectifs* législatifs. La raison en est que même dans le cas d'une concrétisation législative d'un *objectif* au bénéfice ou au détriment d'un individu, ce dernier pourra prouver un *intérêt légitime* pour revendiquer son examen, mais il ne pourra exiger d'actions positives tendant à sa satisfaction de la même manière qu'il le ferait dans le cas d'un *droit législatif*. Plus simplement, dans le cas d'une concrétisation d'un objectif, le lien entre l'obligation qui est énoncée et le profit éventuel de l'individu reste beaucoup plus faible que dans le cas de celle d'un droit. Il est plus pertinent, dès lors, de parler d'une part, de l'*invocabilité des objectifs* par le biais du recours en annulation et, d'autre part, de la *justiciabilité des droits* par le biais des deux recours du contentieux administratif.

³⁰⁰ Iakovos MATHIOUDAKIS, *La responsabilité civile de l'Etat par des actes matériels de ses organes selon les articles 105, 106 de la loi introductive du Code civil*, PN. Sakkoulas, 2006. Chrysoula MOUKIOU, *La compétence réglementaire de l'Administration à l'épreuve de la jurisprudence récente*, éd. Ant. N. Sakkoulas, 2009 (en grec).

³⁰¹ Lire, Otto PFERMANN, « A quoi bon un 'pouvoir judiciaire' ? » in Olivier CAYLA, Marie – France RENOUX – ZAGAME, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, L.G.D.J., 2001, p. 181.

221. Devant la difficulté de déterminer les éléments constitutifs de chaque type de compétence, les juges administratifs français³⁰² et grec³⁰³ se prononce en fonction de l'existence d'un *délai pour agir* prévu par la loi. Lorsqu'un tel délai est fixé, la *compétence liée* est présumée et son expiration sans action engage la responsabilité de l'Administration pour carence. Dans cette perspective, le Conseil d'Etat français censure automatiquement l'Administration qui n'agit pas après l'écoulement d'un délai long³⁰⁴. Pour sa part, le Conseil d'Etat hellénique sanctionne l'inertie administrative qui rend une loi en matière de droits inapplicable³⁰⁵.

222. Cependant, la *carence de l'Administration* quant à la concrétisation d'une loi n'est pas toujours jugée comme constituant une violation, même dans le cas d'une *compétence liée*³⁰⁶. En général la soumission de l'Administration est décidée en fonction du *degré de liberté* que les lois lui octroient au cas par cas³⁰⁷, sans toujours s'appuyer sur des critères intelligibles. Dans aucun des deux ordres juridiques en question, il n'existe à ce jour un contrôle systématique des *obligations positives* de l'Administration issues des lois concrétisant des normes constitutionnelles.

223. Afin de dépasser ce problème, il conviendrait de prendre davantage conscience de la *constitutionnalisation* du droit administratif. Sous cet angle, il devient évident qu'en matière sociale, à la suite d'une intervention du législateur, il est question d'une *obligation positive* de l'Administration. Lorsque l'Administration omet de concrétiser une prestation créée par le législateur, elle empêche la pleine application de la loi.

ii - La justiciabilité des droits sociaux devant le juge civil

224. Les droits sociaux législatifs ne sont pas seulement *justiciables* devant le juge administratif ; ils le sont également devant le juge civil. Conçus traditionnellement comme des *droits à des prestations* de l'Etat, leur application *en contentieux civil* semble *a priori*

³⁰² CE, 27 novembre 1964, n° 59068, Dame Veuve Renard. En l'espèce, il a été considéré qu'« une abstention aussi prolongée équivaut de la part du gouvernement à un refus de satisfaire à l'obligation qui lui incombait ». Exception admise dans le cas d'une loi très imprécise : CE, 30 mai 2011, n° 336838, Melki.

³⁰³ CdE : n° 2011/2006, n° 2458/2001, n° 300/1989, n° 372/2005.

³⁰⁴ CE, n° 177140, 29 novembre 1999. Denys de BECHILLON, Pierre BON, « Responsabilité de l'administration du fait de la carence du gouvernement à prendre un règlement d'exécution des lois », *Revue Dalloz*, n° 24, 2000, p. 247.

³⁰⁵ CdE : n° 1929/1978, n° 2052/1980, n° 5, 6/2001, n° 3088/2009.

³⁰⁶ Dans l'ordre juridique hellénique, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique que le principe est la compétence discrétionnaire de l'Administration pour agir. CdE, n° 3901/2013. Ne constitue pas une carence illégale l'omission de l'Administration de revaloriser le montant d'une retraite.

³⁰⁷ Benoît PLESSIX, *Droit administratif, op. cit.*, p. 610.

paradoxe³⁰⁸. Leur justiciabilité devant le juge civil présuppose que le législateur désigne les individus non seulement comme des *bénéficiaires de droits*, mais aussi comme des *destinataires d'obligations* positives. Cela ne peut se justifier que dans la mesure où les *droits sociaux fondamentaux* eux-mêmes le permettent.

225. La question autour des *obligations des personnes privées* renvoie au phénomène connu sous le nom d'« effet horizontal » des droits fondamentaux³⁰⁹. Est entendue par ce terme la possibilité pour les *droits fondamentaux* d'être concrétisés non seulement au regard des rapports entre l'Etat et l'individu, mais également de ceux entretenus *entre personnes privées*. En énonçant des obligations pour les *particuliers* en matière de droits, le législateur va au-delà de la *stricte abstention* de l'Etat au bénéfice des individus. Il devient ainsi plus clair qu'afin que les droits constitutionnels soient protégés, le législateur doit entreprendre des actions positives et régler également leur application entre personnes privées. Penser ce type d'actions s'inscrit, d'après de nombreux auteurs, dans la *dimension positive* de l'ensemble des droits fondamentaux³¹⁰. Il s'agit ici d'un argument supplémentaire à l'encontre de la distinction classique entre « droits négatifs » et « droits positifs » qui oppose d'une manière simplifiée les droits d'abstention aux droits aux actions positives.

226. La question de l'*effet horizontal* des droits est peu traitée par la doctrine française, puisqu'il n'y a pas en France une disposition constitutionnelle qui le consacre. En revanche, la Constitution hellénique prévoit l'*effet horizontal* des droits fondamentaux, mais le réserve « à ces droits qui peuvent disposer d'un tel effet »³¹¹. Il importe alors de nous demander quel est le critère selon lequel un droit serait exclu de l'effet horizontal et dans quelle mesure les *droits sociaux* sont concernés. Pour certains auteurs³¹², le critère approprié porte sur les sources potentielles d'atteintes : si des personnes privées peuvent priver un individu de sa liberté d'avoir une certaine conduite, cette dernière sera concernée par le phénomène. Suivant ce critère, très peu de *droits* seraient exclus³¹³ dès lors que presque tous les rapports humains interfèrent avec les libertés. Un particulier peut priver un autre de sa liberté individuelle, mais il peut aussi le

³⁰⁸ Spiros VLACHOPOULOS, « Théorie générale des droits fondamentaux », in Spiros VLACHOPOULOS et alii, *Les droits fondamentaux*, op. cit., p. 16.

³⁰⁹ Voir sur ce sujet, Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, *L'effet horizontal des droits individuels et sociaux de la Constitution de 1975*, Ant. N. Sakkoulas, 1996 (en grec). Prodromos DAGTOGLOU, *Droits individuels*, op.cit., p. 100.

³¹⁰ Prodromos DAGTOTGLOU, *Droits individuels*, op. cit., p. 106.

³¹¹ Article 25, al. 1^{er} de la Constitution grecque : « Les droits de l'homme, en tant qu'individu et en tant que membre du corps social, et le principe de l'Etat social de droit sont garantis par l'Etat. Tous les agents de l'Etat sont tenus d'en assurer l'exercice effectif et sans obstacle. Ces principes s'appliquent aux relations privées et à tout ce qui s'y rapporte ».

³¹² Dimitris TSATSOS, *Droit constitutionnel*, Tome III, *Droits fondamentaux*, op. cit., p. 181.

³¹³ On peut, par exemple, se reporter, en ce sens, à la *liberté d'aller et venir*.

priver de son logement ou de son emploi. Il importe alors de se poser la question de savoir comment le législateur règle le respect des droits dans les rapports privés.

227. Les obligations des personnes privées peuvent seulement se fonder sur la *loi* qui concrétise les droits fondamentaux. Elles ne peuvent résulter *directement* des droits constitutionnels, car cela signifierait une pleine soumission des rapports privés à la Constitution³¹⁴. Il est question ici d'une nouvelle contestation de l'*applicabilité directe* des droits fondamentaux qui vient d'ailleurs renforcer la dimension problématique du débat sur l'injusticiabilité du principe social démontrée ci-dessus³¹⁵. De plus des analyses doctrinales, notamment menées par des auteurs grecs³¹⁶, distinguent l'effet horizontal *direct* et l'effet horizontal *indirect* en écartant le premier. En France et en Grèce, on ne peut pas alors s'accorder sur le fait que les droits fondamentaux soient envisagés comme irradiant l'ensemble du système juridique, consistant ainsi en un « ordre objectif de valeurs » comme la Cour constitutionnelle allemande l'avait énoncé³¹⁷.

228. Les droits sociaux dérivés seront *justiciables* devant le juge civil dans la mesure où le législateur fait reposer sur des personnes privées des obligations concrètes liées à leur satisfaction. Admettre l'*effet horizontal indirect* des droits sociaux est le seul moyen d'expliquer le « paradoxe » d'évoquer parfois des « droits sociaux obligatoires ». En effet, la jouissance de certains droits sociaux - comme le droit de l'enfant à l'enseignement primaire³¹⁸, le droit du travailleur à la sécurité sociale³¹⁹, ou encore celui du patient aux soins urgents³²⁰ - est « obligatoire » en France et en Grèce. Or, le *bénéficiaire* d'une *permission* ne peut avoir en même temps l'*obligation* d'y accéder, les deux concepts étant *exclusifs* l'un de l'autre. Sauf à devoir admettre des incohérences au sein du droit, il convient de considérer que soit il est permis à un individu d'avoir une conduite *x*, soit cela lui est imposé. Seuls les organes de

³¹⁴ Otto PFERSMANN, « Le nouveau constitutionnalisme comparé et les rapports entre juridictions suprêmes », in Julia ILIOPOULOUS-STRANGAS, *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu, op.cit.* La signification de cette position (Luth) n'est pas claire, car pensée jusqu'à sa dernière conséquence elle impliquerait, d'une part, que tous les rapports entre individus soient régis en tant que tels par la Constitution et, d'autre part, que les organes chargés de l'application des normes législatives puissent décider en se référant directement à la Constitution.

³¹⁵ Voir *supra*, p. 38, p. 84.

³¹⁶ Prodromos DAGTOTGLOU, *Droits individuels, op. cit.*, p. 190. Dimitris TSATSOS, *Droit constitutionnel, Tome III, Droits fondamentaux, op. cit.*, p. 185.

³¹⁷ Luth BVerf GE 7/1998.

³¹⁸ Voir les articles L. 131-1 à L. 131-13 du Code de l'éducation français sur l'obligation scolaire au sein. Pour la Grèce, voir la loi n° 1566/88 (JO A/167 30-9-1985) sur l'enseignement primaire obligatoire.

³¹⁹ Article L. 8211-1, L8252-1 du Code du travail français sur le travail dissimulé. Pour la Grèce, voir la loi n° 3996/2011 (JO A/170/ 5-8-2011).

³²⁰ Article L. 1110-3n alinéa 7 du Code de la santé publique en France. Voir le code de déontologie médicale en Grèce introduit par la loi n° 3418/2005 (JO A/287/ 28-11-2005), particulièrement son article 9, par. 3.

l'Administration peuvent être obligés par le législateur à fournir des prestations, puisqu'ils ne sont pas destinataires de *droits*.

229. L'explication du paradoxe signalé ci-dessus relève de *l'effet horizontal indirect* des droits sociaux fondamentaux. Ce ne sont pas, en réalité, les bénéficiaires des droits sociaux en tant que tels qui sont concernés (les enfants, les travailleurs, les patients en urgence), mais les personnes privées dont dépend leur accès à la prestation. Tel est le cas, par exemple, des enseignants en matière d'enseignement scolaire, des employeurs au regard de la sécurité sociale, ou encore des médecins s'agissant d'une urgence. Les individus sont dans ces cas de figure conçus par le législateur comme de potentielles sources d'atteinte à des droits sociaux et deviennent, dès lors, destinataires d'obligations à l'instar des organes étatiques.

Conclusion du § 2 :

230. Le principe de l'Etat social n'est pas justiciable ni en France ni en Grèce, car il ne permet pas aux individus d'exiger *directement* des *actions positives* de la part du législateur. Il n'y a pas pour ce dernier d'obligation positive à agir, car celle-ci méconnaîtrait la *réserve de loi* ; mais seulement des obligations négatives qui encadrent la législation déjà existante. La présente étude propose une distinction parmi les actions du législateur entre *création* et *aménagement* de prestations selon laquelle seules celles qui constituent un aménagement sont susceptibles de contrôle.

231. Bien que les obligations positives ne soient pas admises par notre analyse, nous démontrons que le principe de l'Etat social est efficace et que notre étude n'est dès lors pas privée d'objet scientifique. Puisque les prestations matérielles existaient *avant* la consécration constitutionnelle du principe social, leur *création* est déjà accomplie et le contrôle de leur *aménagement* peut se réaliser sans obstacle. Contrairement aux fondements *constitutionnels* du principe de l'Etat social qui sont injusticiables, les droits sociaux législatifs sont justiciables. Après intervention du législateur, il est question de *droits sociaux dérivés* qui proviennent de la loi mais qui concrétisent les droits sociaux fondamentaux. Sur leur fondement, la *carence de l'Administration* en matière sociale peut être contestée devant le juge administratif. Par ailleurs, l'obligation de leur respect peut s'étendre à des personnes privées en vertu de *l'effet horizontal indirect* des droits sociaux fondamentaux.

Conclusion de la 1^{re} section :

232. Le principe constitutionnel de l'Etat social consiste, d'une part, dans les *objectifs-fondements* et, d'autre part, dans les *droits sociaux fondamentaux*. La différence entre les deux concepts tient à leur sens ; elle porte précisément sur le fait que les premiers excluent tout aspect subjectif, alors que les seconds peuvent l'acquérir à la suite d'une concrétisation appropriée de la part du législateur (*droits sociaux dérivés*).

233. Le constat de la valeur constitutionnelle des fondements sociaux présuppose leur consécration au rang supérieur des normes, élément affirmé dans les ordres juridiques français et hellénique. La reconnaissance de leur *caractère obligatoire* entraîne leur *invocabilité* devant les juges de la constitutionnalité. Il s'agit de l'habilitation des *individus* (cas grec et français s'agissant du contrôle *a posteriori*) ou des *organes étatiques* (cas français s'agissant du contrôle *a priori*) à exiger le contrôle des lois au regard des normes sociales constitutionnelles. L'invocabilité des fondements du principe social ne doit cependant pas être confondue avec leur *justiciabilité* dont l'affirmation heurte la réserve de la loi. Il ne convient pas non plus de poser la question de la contrainte du législateur à agir *ex nihilo* (*création*), mais plutôt celle de la législation sociale existante (*aménagement*).

234. Ainsi, plutôt que de nous demander quelles sont les prestations que le principe de l'Etat social pourrait théoriquement impliquer mais que le législateur n'a toujours pas mis en œuvre – par exemple un logement ou un emploi pour tous – il convient d'approfondir notre réflexion sur la législation sociale déjà existante. En déplaçant l'intérêt théorique de la *création* à l'*aménagement* des prestations, c'est effectivement l'étude de la *concrétisation législative* du principe de l'Etat social qui importe davantage qu'une interprétation doctrinale hypothétique du principe.

Section 2 - La concrétisation positive du principe de l'Etat social par le législateur

235. En France comme en Grèce, la concrétisation du principe social peut être analysée suivant *deux axes* : celui de la concrétisation des droits sociaux fondamentaux et celui de la concrétisation des objectifs-fondements. Le premier porte sur l'accès des individus aux prestations matérielles, soit les droits sociaux que la loi consacre (*substance du principe*) ; le second ne concerne pas la jouissance de prestations en tant que telle mais ses conditions préalables (*structure du principe*). Se trouvent ici concernées les *structures objectives de caractère public* chargées de la tâche particulière d'octroyer des prestations aux individus. L'existence de telles structures, qu'il convient de qualifier de « services publics sociaux », est

une *condition nécessaire* à l'octroi de *droits sociaux dérivés*. Dans le cadre de l'étude sur la *concrétisation* du principe social, seront ainsi mis en exergue, d'une manière distincte, les droits sociaux dérivés (1) ainsi que les services publics sociaux (2).

§ 1 - Les droits sociaux dérivés

236. Les droits sociaux dérivés trouvent leur source dans la *loi* qui concrétise les droits sociaux fondamentaux. A partir du moment où la loi s'interpose entre les *droits* énoncés par la Constitution et ceux qui sont concrètement accordés aux individus, un écart entre les deux peut avoir lieu. Tel est le cas, notamment, lorsqu'un droit est énoncé par les constituants pour tous les individus, mais qu'il est finalement octroyé par le législateur seulement à certains d'entre eux. La détermination des bénéficiaires de certains droits sociaux dérivés témoigne une concrétisation positive restreinte. Elle exclut la plus grande partie de la population et cible seulement une partie limitée de celle-ci. Même si, au niveau doctrinal, aucun consensus n'existe quant aux critères qui déterminent l'étendue des bénéficiaires des prestations³²¹, dans le cadre de la présente étude il s'agira de prendre en considération des critères de ressources faibles ou plus généralement l'état défavorisé des bénéficiaires. Il est alors possible, dans cette perspective, de diviser les droits sociaux dérivés en droits sociaux *généraux* (A) et en droits sociaux *limités* à certains groupes de bénéficiaires (B).

A - Les droits sociaux généraux

237. En tant que droits sociaux généraux, il convient d'étudier en particulier : i) le droit à l'enseignement, ii) le droit à la santé et iii) le droit à la sécurité sociale.

i - Le droit à l'enseignement

238. L'accès à un enseignement *scolaire* et *universitaire* est énoncé par la *législation* française et hellénique³²². Il s'agit d'une concrétisation du droit *constitutionnel* à l'enseignement qui repose sur l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946 en France³²³ et sur l'article 16,

³²¹ En tant que telle condition restrictive est entendue dans le cadre de la présente étude la condition de ressources ou en général la place défavorisée de l'individu. Sur le désaccord autour de la définition de la condition restrictive, voir *infra*, p. 404 et s. La condition de la nationalité ne sera pas ici examinée, car elle concerne l'aménagement et non la création d'une prestation. Sur les droits sociaux des étrangers, voir *infra*, p. 276 et s.

³²² Voir pour la France : Code de l'éducation, article L. 111-1 pour l'enseignement scolaire et article L. 111-5 pour l'enseignement supérieur. En ce qui concerne la Grèce, à défaut de législation codifiée, on se réfère à la loi la plus récente sur l'enseignement qui est la loi n° 4485/2017 (JO A/114/4-8-2017) sur les universités. Sur l'enseignement primaire, voir la loi n° 1566/1985 (JO A/167/30-9-1985).

³²³ Voir, par exemple, la décision n° 2018-763 DC du 8 mars 2018.

par. 2 de la Constitution en Grèce³²⁴. Le droit en question implique la possibilité, pour *tous les individus*, d'accéder à un *service public d'enseignement* « gratuit », c'est-à-dire financé entièrement ou partiellement par le budget public³²⁵. Son *inconditionnalité* repose sur le fait que ni l'enseignement scolaire ni l'enseignement universitaire n'est réservé à une partie seulement de la population. Tout individu a donc, en principe, la permission d'accéder à la prestation, sans conditions de *ressources*.

239. Dans les deux ordres juridiques, les organes de l'Administration sont les *destinataires* du droit à l'enseignement scolaire et universitaire, ce qui signifie qu'ils sont chargés de l'octroyer aux individus. Par ailleurs, l'autonomie des universités est garantie en vertu du principe de la « liberté d'enseignement ». Dans l'ordre juridique hellénique, l'article 16 de la Constitution consacre le droit à l'enseignement³²⁶. Concernant la France, le droit en question, auparavant conçu comme un droit de valeur législative³²⁷, a été plus tard élevé par le Conseil constitutionnel au rang des *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* et doté ainsi d'une *valeur constitutionnelle*³²⁸.

240. Deux points principaux distinguent toutefois l'accès à l'enseignement dans les deux ordres juridiques. La première différence entre la France et le Grèce concerne le principe de « laïcité de l'enseignement » qui doit être entendue comme l'absence de reconnaissance d'une religion officielle au sein du système éducatif³²⁹. Contrairement au législateur français qui garantit la liberté religieuse dans l'enseignement, une même garantie n'existe pas dans le système éducatif hellénique³³⁰. La législation de chaque Etat est ici en accord avec le droit constitutionnel à l'enseignement, ainsi qu'avec le reste des normes constitutionnelles en matière religieuse³³¹.

³²⁴ Voir CdE, n° 2376/1988 sur la permission des établissements scolaires privés en Grèce.

³²⁵ Voir *infra*, p. 413 et s.

³²⁶ Article 16 par. 4 : « 4. Tous les Hellènes ont droit à l'instruction gratuite à tous ses degrés dans les établissements d'enseignement de l'État. L'État soutient les élèves et étudiants qui se distinguent, ainsi que ceux qui ont besoin d'assistance ou de protection particulière, en fonction de leurs capacités ».

³²⁷ La liberté de l'enseignement était précisément entendue en tant que « liberté publique ». Ce terme renvoie aux « grandes lois » de la III^e République restées emblématiques à la fois d'un état d'esprit libéral, mais aussi de la recherche de techniques juridiques destinées à permettre un exercice effectif de la liberté, à partir d'une réflexion globale sur le statut des diverses activités humaines. Jean MORANGE, *Les libertés publiques*, PUF, 2007, p. 5-12.

³²⁸ Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977. Cette décision a inclus la liberté de l'enseignement parmi les *principes fondamentaux de la République* qui ont une valeur constitutionnelle.

³²⁹ Voir le Code de l'éducation français, notamment les articles L. 141-1 à L. 141-6 qui consacrent la laïcité de l'enseignement public.

³³⁰ Au contraire, la loi n° 1566/1985 sur l'éducation scolaire porte sur l'enseignement de la religion officielle dans les écoles, tout en respectant la liberté pour l'élève de s'abstenir. Sur ce sujet, voir Panagiotis MANTZOUFAS, « Religion et enseignement. Le cadre historique et constitutionnel de l'enseignement religieux », *Book's Journal*, n° 7, 2001, p. 36 (en grec).

³³¹ Voir l'arrêt récent du Conseil d'Etat hellénique CdE, n° 660/2018 sur l'affaiblissement par le législateur de la conscience religieuse.

241. En France, le droit constitutionnel à l'enseignement énonce son caractère laïque³³² alors que l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 consacre une « République laïque »³³³. En revanche, l'ordre juridique hellénique est caractérisé par la reconnaissance constitutionnelle d'une religion officielle.

242. Le caractère laïque de l'enseignement n'est pas la seule différence dans ce domaine entre les deux Etats. La seconde différence porte sur l'existence d'un « monopole public organique » dans l'enseignement. On entend par ce terme l'*interdiction* faite aux *personnes privées* d'octroyer la prestation d'un enseignement *parallèlement* aux organes étatiques. Dans le cadre de la présente étude, le terme se différencie du « monopole public matériel » qui permet cela aux personnes privées, tout en réservant certaines missions aux organes de l'Etat³³⁴. Au sujet de l'enseignement *scolaire*, un monopole public organique n'existe dans aucun des deux ordres où les personnes privées sont *habilitées* à établir des écoles. Le *législateur* organisant l'enseignement pour toutes les écoles, la législation qui encadre les obligations des écoles gérées par des personnes privées témoigne de l'effet horizontal du droit à l'enseignement.

243. S'agissant de l'enseignement *supérieur*, la Constitution hellénique interdit qu'il soit dispensé par des *personnes privées*³³⁵. Au regard de cette disposition, ce n'est pas seulement l'établissement d'universités privées qui est interdit, mais également leur fonctionnement sous la tutelle de l'Etat (« service public fonctionnel »)³³⁶. Au contraire, en France, à défaut d'une telle interdiction constitutionnelle, le législateur permet depuis très longtemps l'enseignement supérieur *privé*³³⁷.

ii - Le droit à la santé

244. Les législations française et hellénique permettent à tous les individus d'accéder à des *soins de santé* dans le cadre d'hôpitaux publics *gratuitement*³³⁸. A l'instar de l'enseignement, les prestations de santé sont également *partiellement ou entièrement* financées par le budget

³³² Article 3, al. a de la Constitution grecque : « La religion dominante en Grèce est celle de l'Eglise orthodoxe orientale du Christ ».

³³³ Article 1 de la Constitution, al. 1^{er} : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ».

³³⁴ Voir *infra*, p. 329.

³³⁵ Article 16, par. 8 de la Constitution hellénique : « La loi fixe les conditions et les termes dans lesquels sont accordées les autorisations de fondation et de fonctionnement des établissements d'enseignement n'appartenant pas à l'Etat, les modalités de la tutelle exercée sur ceux-ci, ainsi que le statut de leur personnel enseignant. La fondation d'écoles d'enseignement supérieur par des particuliers est interdite ».

³³⁶ Conception « matérielle » du service public, lire *infra*, p. 301.

³³⁷ La liberté de l'enseignement supérieur a été instituée en France par la loi du 15 juillet 1875.

³³⁸ Voir *infra*, p. 354 et s.

public. Les juges de la constitutionnalité contrôlent le droit législatif à la santé au regard de son fondement constitutionnel consacré par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 en France³³⁹ et par l'article 21, par. 3 de la Constitution en Grèce³⁴⁰. Dans aucun des deux ordres juridiques, le droit à la santé ne relève d'un *monopole public au sens organique* ; élément qui signifie que les personnes privées peuvent également en devenir prestataires.

245. Certaines remarques sont nécessaires afin de clarifier le *droit aux soins* par rapport à d'autres droits qui s'en rapprochent. Le *droit social à la santé* doit être distingué, premièrement, du *droit-liberté à la santé* entendu comme la permission d'un individu de défendre son état de santé à l'encontre de potentielles atteintes. Ce dernier droit est lié notamment aux évolutions de la biomédecine, ainsi qu'aux fautes médicales, mais il ne dispose pas du même sens que celui d'*accéder gratuitement* à des traitements médicaux³⁴¹. Dans le premier cas, il s'agit d'une *ingérence* à l'encontre de la santé des individus ; dans le second cas il ne s'agit pas d'une atteinte à leur santé mais de l'apparition d'une maladie, l'arrivée d'un accident, ou plus généralement de problèmes de santé qui se produisent sans action préalable de tiers. C'est ici l'*aide* d'organes prestataires au maintien d'un bon niveau de santé qui compte et non leur abstention. En Grèce, la distinction trouve une source directe dans les dispositions constitutionnelles qui consacrent d'une manière distincte le *droit-liberté* à la santé³⁴², alors qu'en France elle provient de la jurisprudence du Conseil constitutionnel³⁴³.

246. Le droit social à la santé se distingue, deuxièmement, du *droit à la sécurité sociale* qui implique la garantie d'un accès à des soins *préventifs* et *curatifs* au bénéfice des *assurés* et

³³⁹ Décision n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014, *Société Séphora*. Sur une application conjointe du droit à la santé avec le droit au repos des travailleurs, voir également : décision n° 2005-523 du 29 juillet 2005 ; décision n° 2007-555 du 16 août 2007. En ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité effectué par le Conseil d'Etat français, voir CE, n° 180838, 30 avril 1997, *Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale* selon lequel l'institution, par l'ordonnance du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins, d'un objectif prévisionnel d'évolution des dépenses médicales n'est pas, en elle-même, contraire au principe de protection de la santé garanti par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

³⁴⁰ CdE, n° 400/1986. D'après cet arrêt très connu, l'article 21, par. 3 de la Constitution fonde directement l'obligation pour l'Etat de prendre des mesures positives en vue de la protection de la santé des citoyens, auxquels il confère le droit d'exiger de l'Etat l'accomplissement de son obligation. En l'occurrence, à l'occasion de l'établissement par le législateur du système national de santé, le Conseil d'Etat hellénique a énoncé l'obligation pour l'Etat d'octroyer aux individus des services de santé d'un très haut niveau.

³⁴¹ Sur cette distinction : André ROUX in Louis FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 1009. Tatiana GRUNDLER, « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS*, n° 5, 2010, p. 835. Xénophon KONTIADIS Xénophon, *Garanties constitutionnelles et organisation institutionnelle du système de la sécurité sociale*, op.cit., p. 445.

³⁴² La Constitution hellénique consacre, au moyen de dispositions distinctes, les deux aspects du droit à la santé envisagés ici. D'une part, elle consacre au sein de son article 21, alinéa 3, le droit aux soins et, d'autre part, au sein de ses articles 7, alinéas 2 et 5, le droit à la protection de la santé contre certaines atteintes.

³⁴³ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*.

recouvre ainsi une grande partie du droit à la santé³⁴⁴. Le droit à la santé est toutefois un concept *plus large* que celui de sécurité sociale, car il comprend également l'accès aux soins des *non assurés*³⁴⁵. Il dispose donc d'un *sens spécifique* par rapport à celui du droit à la sécurité sociale. Cela se manifeste à travers l'étude de la législation relative au droit à la santé : tant en France qu'en Grèce, le législateur permet aux *non assurés* d'accéder aux soins dans le cas d'une *urgence* et pénalise le refus des médecins dans ce cas³⁴⁶. Se trouvent notamment concernés les patients en danger de mort, les femmes enceintes, ou encore les mineurs. *Aucune autre* condition n'est exigée pour l'accès à ce dispositif³⁴⁷, élément qui affirme le caractère général du droit en question. En pénalisant le refus des médecins d'octroyer des soins urgents, le législateur étend l'obligation d'accueil urgent des patients également aux *personnes privées*. L'élément s'inscrit ainsi dans *l'effet horizontal indirect* du droit constitutionnel à la santé.

247. Cela ne signifie pas que ceux qui sont assurés ne rembourseront pas les hôpitaux pour leurs soins urgents. Ils peuvent toutefois bénéficier de certains avantages. Par exemple, le Conseil d'Etat hellénique a jugé qu'un patient qui se trouvait en danger de mort au moment où il a été hospitalisé dans une clinique privée ne pouvait être facturé à hauteur des tarifs habituels³⁴⁸. La clinique privée doit, dans ce cas de figure, le facturer à hauteur des frais des hôpitaux publics pour des soins qui seraient gratuits s'il ne disposait pas d'une assurance.

iii - Le droit à la sécurité sociale

248. Le droit à la sécurité sociale signifie la permission pour un individu d'acquérir, par le biais de son *travail*, des moyens financiers pour faire face aux divers *risques* susceptibles

³⁴⁴ Il convient alors de distinguer au sein de la sécurité sociale la « retraite » de la « prévoyance » qui porte sur la prévention et l'indemnisation des risques liés à la santé. Jean-Pierre CHAUCHARD, Jean-Yves KERBOUC'H, Christophe WILLMANN, *Droit de la sécurité sociale*, L.G.D.J, 2015, p. 545.

³⁴⁵ De ce point de vue, la loi hellénique qui établit le système national de santé implique une protection plus étendue que la législation relative à la sécurité sociale. Pour certains auteurs, le système de santé se rapproche ainsi du concept d'aide sociale, mais la présente étude considère que la santé est un concept plus étendu encore. Patrina PAPANIGOUPOULOU-PECHLIVANIDI, « Le droit à la protection de la santé », *op.cit.*

³⁴⁶ Voir *supra*, p. 96.

³⁴⁷ C'est cet élément qui différencie l'octroi de soins urgents de l'accès aux soins généraux de santé au bénéfice des plus démunis en se fondant sur une condition des ressources (voir, par exemple, le dispositif PUMA en France prévoyant l'accès de tous les individus aux soins de santé, mais « gratuit » seulement pour les personnes qui remplissent une condition de ressources). Voir, *infra*, p. 103. L'ouverture des hôpitaux à toutes les catégories de malades et non plus seulement aux indigents a été prévue en France par la loi du 21 décembre 1941 (JORF du 30 décembre 1941, p. 5574).

³⁴⁸ CdE, n° 4/2016. Les organismes de sécurité sociale ont toujours l'obligation de couvrir les dépenses de soins dans le cas d'une urgence indépendamment du fait qu'il s'agissait d'une clinique privée. Sur ce sujet, voir Patrina PAPANIGOUPOULOU-PECHLIVANIDI, « Les soins urgents des assurés vis-à-vis des cliniques privées, à l'occasion de l'arrêt CdE n° 2738/06 », *DiDik*, n° 2, 2007, p. 291(en grec).

d'apparaître *tout au long* ou *à la fin* de sa vie professionnelle active³⁴⁹. Pour des raisons qui tendent à la simplification de l'analyse, par « travailleurs » on désignera *tous les assurés* qui exercent une activité professionnelle et non pas seulement les salariés³⁵⁰. En France, la protection du travailleur à l'encontre des risques de l'existence est liée par la jurisprudence au concept de *sécurité matérielle* consacré par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946³⁵¹. Dans l'ordre juridique hellénique, c'est l'article 22, par. 5 de la Constitution qui fonde le droit constitutionnel à la sécurité sociale et dès lors, le contrôle de la législation qui le concrétise³⁵².

249. En tant que *risques d'existence*, sont reconnus par le législateur français et grec : le risque *vieillesse* impliquant l'octroi d'une retraite³⁵³, le risque *maladie* qui correspond au financement des soins préventifs et curatifs de santé³⁵⁴, le risque *maternité* qui renvoie à l'octroi d'allocations familiales³⁵⁵, et enfin le risque *chômage* qui porte sur l'accès à une allocation-chômage³⁵⁶. Par le biais du risque *assurance-maladie*, sont également couverts certains risques qui résultent du travail comme, par exemple, les accidents qui peuvent avoir lieu dans le cadre professionnel. Un nouveau risque concernant la *dépendance* fait actuellement l'objet de plusieurs discussions dans les deux Etats, sans qu'il soit néanmoins reconnu pour le moment par le législateur³⁵⁷.

³⁴⁹ La sécurité sociale vise le remplacement du revenu des salariés, des fonctionnaires, des professions libérales dans le cas où leur travail cesse provisoirement ou définitivement en raison d'une de ces risques. Patrino PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, in Spiros VLACHOPOULOS *et alii*, *Droits fondamentaux*, p. 525.

³⁵⁰ La définition du travailleur n'implique pas forcément un travailleur économiquement dépendant. Voir sur ce sujet, Paul-Henri ANTONMATTEI, Jean-Christophe SCIBERRAS, « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? », *Droit social*, n° 2, 2009, p. 221. Lire aussi Aggelos STERGIOU, *Droit de la sécurité sociale*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 2014, p. 53 – p. 63 (en grec).

³⁵¹ Décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991 qui juge « conformes » les dispositions prévoyant des conditions de remboursement différentes selon que le choix de l'assuré se porte sur un établissement participant ou non au service public hospitalier. Voir également : décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004.

³⁵² Le Conseil d'Etat hellénique par son arrêt CdE, n° 5024/1987 écarte pour la première fois une loi en tant qu'elle est contraire au droit constitutionnel à la sécurité sociale. Lire sur cet arrêt Ioannis SARMAS, *Jurisprudence constitutionnelle et administrative du Conseil d'Etat hellénique : Etude évolutive des grands arrêts*, Ant. N. Sakkoulas, 1994, p. 781.

³⁵³ Article L. 351-1 du Code de la sécurité sociale en France. Voir aussi les articles L. 161-17 à L. 161-17-1-2 du même code. Pour la Grèce, voir la loi n° 4387/2016 (JO A/85/12-05-2016) sur la dernière réforme des retraites.

³⁵⁴ Articles L. 161-3 à L. 161-15-4 du Code de la sécurité sociale en France. Voir la loi n° 4052/2012 (JO A/41/01-03-2012) sur la caisse d'assurance-maladie en Grèce.

³⁵⁵ Articles L. 212-1 à L. 212-2 du Code de la sécurité sociale en France. Voir la loi n° 4093/2012 (JO A/222/12-11-2012) sur l'allocation des assurés pour les enfants en Grèce. Sur les changements apportés en matière d'allocations familiales dans les deux Etats et la prise en compte d'une condition de ressources, voir l'analyse *infra*, p. 405.

³⁵⁶ Articles L. 932-25 à L. 932-30 du Code de la sécurité sociale en France. Voir la loi n° 4430/2016 (JO A/205/31-10-2016) en Grèce.

³⁵⁷ Mireille ELMBAUM, « Les réformes en matière de handicap et de dépendance : peut-on parler de "cinquième risque" ? », *Droit social*, n° 11, 2008, p. 1091.

250. La plupart des prestations précitées dispose également d'une *source* autre que celle du droit constitutionnel à la sécurité sociale. L'assurance-maladie concrétise également le *droit constitutionnel à la santé*³⁵⁸ et l'allocation chômage est liée au *droit constitutionnel à l'emploi*³⁵⁹. Il en va de même pour les allocations familiales et le « droit à la protection de la famille », même si ce dernier n'est pas rangé dans le cadre de notre étude parmi les *droits sociaux constitutionnels*³⁶⁰. La vision classique du mariage comme *institution* protégée par le législateur implique un soutien financier à la famille notamment en raison d'objectifs natalistes³⁶¹. Il n'y a pas, dès lors, de rapport direct avec le *principe de l'Etat social* qui garantit l'octroi de prestations matérielles aux individus en vue de leur bien-être, sans s'intéresser à la succession des générations. Le droit à la protection de la famille est plus facilement conçu comme un *droit-liberté* dans le sens d'une permission d'avoir « une vie familiale normale » qui écarte les ingérences de la part de tiers³⁶². Quoiqu'il en soit, dans tous les cas précités de concrétisation du droit à la sécurité sociale, il est possible de constater une *combinaison des sources*. Seul le droit à la retraite n'a pas de fondement constitutionnel autre que le droit constitutionnel à la sécurité sociale et c'est pour cela qu'on peut l'appréhender comme la sécurité sociale *au sens strict*.

251. Les *structures publiques* exercent leur mission sociale parallèlement à des personnes privées, car en matière de sécurité sociale il n'existe pas de *monopole public au sens organique*, ni en France ni en Grèce. Même si les organes étatiques sont *destinataires* de l'obligation d'octroyer toutes les prestations, leur organisation exacte diffère en fonction de chaque risque. D'une part, les pensions de retraites, les indemnités d'assurance-maladie et les allocations familiales sont octroyées aux assurés par des « caisses », des « organismes », ou des « régimes » de sécurité sociale. Cependant, l'allocation chômage n'est pas attribuée par les organismes de sécurité sociale mais par une autre entité assurant le *service public de l'emploi*³⁶³. Les hôpitaux publics sont, pour leur part, des prestataires de l'assurance-maladie garantissant

³⁵⁸ Voir *supra*, p. 101.

³⁵⁹ Voir *infra*, p. 109.

³⁶⁰ Pour une classification différente, voir M. NANOU, « La protection de la famille, du mariage, de la maternité et de l'enfance », in Spiros VLACHOPOULOS et alii, *Droits fondamentaux, op.cit.*, p. 565.

³⁶¹ Voir sur ce sujet Julien DAMON, « L'Europe des politiques familiales : la convergence dans l'hétérogénéité », *RDSS*, n° 4, 2008, p. 601. Aggelos STERGIOU, *Les allocations familiales*, Sakkoulas Athina, Thessaloniki, 1996, p. 6 (en grec).

³⁶² CE., 8 décembre 1978, n° 10097, n° 10677, n°10679, *GISTI*. CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, CC n° 2012-248 QPC, 16 mai 2012.

³⁶³ Articles R. 5312-1 à R. 5312-5 du Code du travail en France sur le Pôle emploi. Loi n° 2956/2001 (JO A /258/6.11.2001) sur l'organisme de l'emploi en Grèce (OAED). Sur le concept de *service public*, voir *infra* p. 115 et s.

aux assurés un accès aux soins. En dépit de ces différences, toutes les prestations de sécurité sociale ont cependant une caractéristique commune : leur *nature assurantielle*.

252. La question persiste toutefois de savoir quel est l'élément qui détermine une *prestation assurantielle*. Tout d'abord, tous les *droits sociaux dérivés* liés à la sécurité sociale impliquent la « contributivité » des prestations attribuées. Par ce terme, on entend le fait pour les *travailleurs* de verser une partie de leurs salaires (« cotisations sociales »³⁶⁴) aux organes chargés des prestations de telle manière que celles-ci soient finalement une *contrepartie* de ces contributions³⁶⁵. Puisque tous les individus sont libres de travailler et de verser par le biais de leur salaire des cotisations, on considère le droit à la sécurité sociale comme un *droit général*³⁶⁶.

253. Quant à la *contrepartie*, elle ne peut être conçue d'une manière *stricte*, car l'Etat participe également à leur financement par le biais du *budget public* en garantissant le caractère gratuit des prestations. C'est parce que la contributivité des prestations n'est pas stricte, qu'un nouvel élément intervient dans leur calcul : celui de « solidarité » du financement de la sécurité sociale³⁶⁷. La *contributivité* et la *solidarité* caractérisent toute prestation assurantielle, mais c'est la première qui joue le rôle le plus déterminant quant à sa définition. La raison en est qu'elle permet la distinction du droit à la sécurité sociale d'un autre droit social, le « droit à l'aide sociale », qui n'est accessible qu'à une partie très restreinte de la population indépendamment du statut du travailleur.

254. D'après la plupart des auteurs français³⁶⁸ et grecs³⁶⁹, le critère tenant à la contribution acquittée par l'assuré social est le plus approprié pour distinguer le *droit à la sécurité sociale* du *droit à l'aide sociale*. Le fait que le droit à la sécurité sociale renvoie avant tout aux *travailleurs* est une conséquence de son organisation initiale selon le modèle « bismarckien »³⁷⁰. Le système de sécurité sociale a été établi dans les pays d'Europe

³⁶⁴ Voir Patrick HUBERT, « Sur la notion de cotisation sociale », *Droit social*, 1991, p. 140. Xavier PRETOT, « La notion de cotisation de Sécurité sociale », *Droit social*, 1993, p. 516. Il ne faut alors pas confondre la cotisation sociale avec l'impôt, car la première n'est pas une taxe.

³⁶⁵ Jacques BICHOT, « Contributivité juridique et contributivité économique en matière de protection sociale », *RDSS*, n° 1, 2018, p. 135.

³⁶⁶ Pour la controverse sur ce sujet, voir *infra*, p. 404 et s. Pour les étrangers en situation irrégulière, voir *infra* p. 301.

³⁶⁷ Sur le rôle du principe de solidarité dans le financement de la sécurité sociale, voir *infra*, p. 480 et s. C'est, dans cette perspective, que le Conseil constitutionnel s'appuie régulièrement sur le concept de « solidarité nationale » à l'occasion de son examen de la législation relative aux allocations familiales. Voir notamment : décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997 ou des travailleurs frontaliers décision n° 2015-460 QPC du 26 mars 2015.

³⁶⁸ Michel BORGETTO « Le droit de la protection sociale dans tous ses états : la clarification nécessaire », *Droit social*, n°6, 2003, p. 636.

³⁶⁹ Patrina PAPARIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, *Droit de la sécurité sociale, op.cit.*, p. 76. Aggelos STERGIOU, *Droit de la sécurité sociale, op.cit.*, p. 103.

³⁷⁰ François EDWALD, *L'État providence*, Bernard Grasset, 1986.

continentale, y compris la France et la Grèce, afin de garantir les revenus professionnels des travailleurs et de leurs familles³⁷¹. Il s'oppose aux systèmes de sécurité sociale tel que conçu dans les pays anglosaxons, mis en œuvre selon le modèle « beveridgien ». Ce dernier implique des *prestations minimales* attribuées aux individus, notamment à la condition de ressources, dans l'objectif de faire face au risque de « pauvreté ». On entend par ce terme la situation de privation partielle ou entière d'un individu de prestations en raison de l'absence de ressources³⁷².

255. En France et en Grèce, ayant traditionnellement des systèmes bismarckiens, le législateur a progressivement commencé à « combler les lacunes » de la législation sur la sécurité sociale afin de faire face à la pauvreté. En prévoyant de nouvelles prestations pour les *non travailleurs* sur conditions de ressources, le législateur a introduit des éléments de type *beveridgien* dans le système de telle manière qu'on parle aujourd'hui de régime à caractère « mixte ». Or, ces prestations ne sont pas *contributives* et ne peuvent donc être fondées sur le droit constitutionnel à la *sécurité sociale*. Elles doivent alors être envisagées comme des droits dérivés du droit constitutionnel à *l'aide sociale*. Le concept de « droit à la protection sociale » inclut les deux types de prestations, mais les différences entre elles restent importantes. Par opposition aux *prestations assurantielles*, les *prestations assistancielles* sont *limitées* en fonction du critère de ressources faibles

B - Les droits sociaux limités aux certains groupes de bénéficiaires

256. En tant que droits sociaux limités, seront successivement étudiés : (i) le droit à l'aide sociale, (ii) le droit à l'emploi, (iii) le droit au logement et (iv) le droit à des « prestations essentielles », c'est-à-dire l'eau et l'énergie.

i - Le droit à l'aide sociale

257. Le droit à l'aide sociale permet aux individus qui se trouvent dans une situation de précarité d'accéder à des biens ; on peut également le qualifier de « droit alimentaire »³⁷³. En matière d'aide sociale – et il en va de même pour tous les *droits sociaux limités* à certains bénéficiaires – il n'existe pas de *monopole public* de l'Etat. S'intéresser aux prestations d'aide sociale

³⁷¹ Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale, op.cit.*, p. 42, 44.

³⁷² Robert LAFORE, « Droit et pauvreté : les métamorphoses du modèle assistanciel français », *RDSS*, n° 1, 2008, p. 111.

³⁷³ Elie ALFRANDARI, Florence TOURETTE, *Action et aide sociales*, Dalloz, 2011, p. 75.

octroyées par des personnes privées se révèle cependant inopérant. A défaut de rentabilité de ces activités, il n'y a pas d'intérêt significatif à les assurer³⁷⁴.

258. En France, le Conseil constitutionnel contrôle la législation relative au droit à l'aide sociale sur le fondement des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946³⁷⁵. Pour sa part, le Conseil d'Etat hellénique se fonde sur l'article 21 de la Constitution pour contrôler, par exemple, la constitutionnalité de la distribution d'aides aux familles nombreuses³⁷⁶. Les prestations constitutives du droit à l'aide sociale peuvent être de natures diverses, car elles touchent à de nombreux aspects de la vie des individus. La législation en France et en Grèce prévoit ainsi des allocations d'aide à la vieillesse³⁷⁷, des substituts au salaire³⁷⁸, des aides aux familles nombreuses³⁷⁹, ainsi qu'un financement des soins de santé pour les non assurés³⁸⁰.

259. La France fait preuve depuis longtemps d'une législation très riche en matière d'aide sociale, alors qu'en Grèce son développement est récent et s'explique essentiellement par les conditions de crise financière que le pays connaît depuis quelques années. Si dans les deux Etats le législateur a pris conscience de l'importance de devoir faire face à la précarité, le contexte dans lequel il est intervenu était donc différent. Dans le cas français, l'aide sociale a été pensée comme l'achèvement de son système de protection sociale, alors qu'en Grèce elle constitue plutôt une réponse rapide à une précarité croissante. Ainsi, l'approche comparative du droit à l'aide sociale nous permet de constater une différence significative entre les deux ordres juridiques examinés.

260. La législation qui concrétise le *droit à l'aide sociale* ne doit pas être confondue avec celle qui porte sur la *sécurité sociale*. Un droit dérivé d'aide sociale est toujours un *droit limité* dans le sens où il « cible » une part très limitée de la population, souvent au regard de conditions de

³⁷⁴ A la seule exception de certaines activités relevant du service public de l'emploi, comme par exemple le placement des travailleurs, voir *infra*, p. 340.

³⁷⁵ Décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003 sur la loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité.

³⁷⁶ CdE, n° 1095/2001 sur les allocations des familles nombreuses. Voir également CdE, n° 3675/1996, n° 2274/1991.

³⁷⁷ Articles L. 815-1 à L. 815-6 du Code de la sécurité sociale en France sur l'allocation de solidarité aux personnes âgées. L'allocation d'aide sociale aux retraités ayant de bas revenus et les non assurés (« EKAS ») a progressivement été supprimée en Grèce et substituée par une retraite nationale pour toute la population. Voir sur ce sujet, *infra*, p. 478.

³⁷⁸ Articles D. 412-86 à D. 412-89 du Code de la sécurité sociale en France sur le *revenu minimum d'insertion*. Article L. 262-1 du Code de l'action sociale et des familles. En Grèce, c'est la loi n° 4368/2016 (JO A/21 /21-2-2016) qui prévoit un « revenu minimum garanti ».

³⁷⁹ Article L. 522-1 du Code de la sécurité sociale sur le complément familial et article L. 523-1 du même code sur le soutien familial en France. Loi n° 4512/2018 (JO A/5/17-1-2018) en Grèce.

³⁸⁰ Article L. 380-2 du Code de la sécurité sociale en France qui établit la protection universelle maladie (PUMA). En Grèce, la loi de n° 4387/2016 (JO A/85/12.5.2012) garantit aux individus non assurés un accès aux soins.

ressources. Son caractère restreint est la conséquence de son mode de financement. Par opposition aux prestations de sécurité sociale qui s'appuient également sur les cotisations sociales, les prestations d'aide sociale sont financées *exclusivement* par le budget public des Etats. Cet élément implique des possibilités limitées quant aux montants attribués, ainsi qu'au regard de l'étendue de bénéficiaires concernés.

261. Ceux qui ont droit à l'aide sociale sont ceux qui n'arrivent pas à parvenir à la satisfaction de leurs besoins matériels par le seul biais de leur travail ; soit parce qu'ils n'en disposent pas, soit parce qu'ils ne l'exercent pas régulièrement. Il s'avère que les prestations d'aide sociale ont toujours un *caractère subsidiaire* par rapport à celles de sécurité sociale³⁸¹. C'est à la condition que les individus n'aient pas de droit à la retraite, à l'assurance-maladie, à l'assurance chômage, aux allocations familiales qu'ils auront droit à l'allocation vieillesse, aux soins de santé gratuits, à un revenu minimum, ou encore à des aides à la famille. En ce sens, le droit à l'aide sociale complète le droit à la sécurité sociale en établissant un « filet de sécurité » pour *les plus démunis* parmi les non-assurés³⁸². Son aspect subsidiaire suscite toutefois des interrogations, notamment quant au risque de se substituer en dernier lieu au droit à la sécurité sociale qui émerge progressivement comme le défi de notre temps³⁸³.

ii - Le droit à l'emploi

262. Le droit à l'emploi permet aux individus d'accéder à un travail avec l'aide de l'Etat en vue d'assurer, par le biais d'un *salaire*, leurs conditions matérielles d'existence. Concernant l'ordre juridique français, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur l'obligation pour le législateur « *de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi, en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés* » au regard de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946³⁸⁴. S'agissant de l'ordre juridique hellénique, le Conseil d'Etat contrôle la législation sociale relative à l'emploi sur le fondement de l'article 22, par. 1 de la Constitution³⁸⁵.

263. L'examen du droit en question ne porte pas sur les conditions d'emploi en tant que telles, ni la protection de l'individu contre un potentiel licenciement. Elle n'inclut pas non plus la

³⁸¹ Jean-Pierre CHAUCHARD, Jean-Yves KERBOUC'H, Christophe WILLMANN, *Droit de la sécurité sociale, op.cit.*, p. 567. Patrina PAPARIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, *Droit de la sécurité sociale, op.cit.*, p. 76.

³⁸² Gavriil AMITSIS, *La consécration institutionnelles des moyens minimaux d'existence dans l'ordre juridique hellénique*, éd. Sakkoulas Athina-Kommotini, 2001, p. 103.

³⁸³ Voir *infra*, p. 305, p. 399, p. 476.

³⁸⁴ Décision n° 83-156 du 28 mai 1983, décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, décision n° 99-423 du 13 janvier 2000.

³⁸⁵ Décision n° 16/1983 de la Cour suprême spéciale. Arrêt CdE, n° 3167/76.

question de la rémunération minimale du travailleur. Celles-ci relèvent du « droit au travail », un *droit* du travailleur relevant des « libertés sociales »³⁸⁶ qui se distingue de la question ici examinée de l'*accès* à un emploi. Le droit social à l'emploi implique l'étape de la recherche d'un travail, qui précède celle de son exercice. Le droit législatif à l'emploi signifie avant tout une *régulation* du marché de l'emploi, c'est-à-dire une intervention minimale du législateur au bénéfice des demandeurs d'emploi. Son respect présuppose souvent une conciliation avec la liberté d'entreprendre dont les employeurs jouissent.

264. De manière générale, le droit à l'emploi peut être considéré comme la permission de faire face au chômage avec l'aide *directe ou indirecte* de l'Etat³⁸⁷. Il existe deux manières plus précises d'appréhender le droit à l'emploi tel que consacré par les législations française et hellénique. Il peut s'agir, tout d'abord, de la permission d'accéder *directement* à un emploi à la suite de l'établissement par le législateur de « quotas »³⁸⁸. On entend par ce terme les places de travail réservées, sous forme de pourcentage, à certains individus disposant de certaines qualités. Dans ce cas de figure, si le législateur impose le respect de quotas aux personnes privées, le droit à l'emploi relève d'un *effet horizontal indirect*.

265. Il est question, ensuite, de la permission pour l'individu d'accéder *indirectement* à un emploi en bénéficiant de l'*aide* qui facilite la tâche de sa recherche. Sont concernés, dans ce second cas, les programmes de placement des travailleurs, de recherche d'emploi ou de formation des chômeurs³⁸⁹. Même s'il n'existe pas ici de conditions de ressources, *tous les chômeurs* ne sont pas concernés par de telles mesures ; le sont seulement ceux qui se trouvent dans une situation défavorisée par rapport aux autres. En bénéficient donc ceux qui sont le plus confrontés au chômage en raison de caractéristiques qui leur sont propres³⁹⁰ ou qui se trouvent au chômage depuis longtemps. C'est pour cette raison qu'on évoque le *caractère limité* du droit à l'emploi.

iii - Le droit au logement

266. Le droit au logement signifie la permission pour un individu d'accéder à un logement avec l'aide de l'Etat. Dans l'ordre juridique français, la garantie constitutionnelle au logement a pour

³⁸⁶ Voir *supra* p. 19.

³⁸⁷ Sur cette interprétation du droit à l'emploi, voir François LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, *op. cit.*, p. 32.

³⁸⁸ Articles L5. 212-2 à L. 5212-5-1 du Code du travail en France à propos des travailleurs handicapés. Loi n° 2643/1998 (JO A/220/28-9-1998) en Grèce.

³⁸⁹ Articles L. 5311-1 à L. 5311 et articles L. 5312-1 à L. 5312-14 du Code du travail en France. Loi n° 4430/2016 (A' 205/31-10-2016) en Grèce.

³⁹⁰ Comme le sexe ou le handicap, voir *infra*, p. 223, p. 264.

la première fois été contrôlée en 1995³⁹¹ - depuis il l'est *régulièrement*³⁹² - sur le fondement de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Même si cette disposition ne consacre pas le droit au logement en tant que tel, le juge constitutionnel déduit de celle-ci son fondement tout en le qualifiant d'« objectif »³⁹³. En revanche, en Grèce, où le droit constitutionnel au logement est directement consacré par l'article 21, par. 4 de la Constitution, la disposition n'a jusqu'à aujourd'hui jamais été contrôlée par les juges de la constitutionnalité. Il s'agit d'un fait problématique dans la mesure où il méconnaît sa consécration par la Constitution, démontrant ainsi la tendance à refuser le caractère obligatoire de certains droits sociaux³⁹⁴.

267. A l'instar du droit à l'emploi, il existe deux manières d'aborder le droit au logement : une *directe* qui porte sur l'accès à la prestation *en tant que telle* ; une *indirecte* qui concerne simplement la facilitation de la démarche de trouver un logement. Entre les deux Etats examinés, seul l'ordre juridique français consacre un droit dérivé *d'accès direct* au logement. Il s'agit, d'une part, du « droit au logement opposable » qui permet aux individus de revendiquer un logement aux organes étatiques³⁹⁵ ; il consiste, d'autre part, au dispositif du « droit à l'hébergement d'urgence »³⁹⁶ permettant l'*accueil temporaire* des individus sans abri dans des endroits appropriés.

268. En revanche, dans les deux ordres juridiques, le droit au logement se concrétise par une *aide indirecte*. La doctrine distingue ici l'« aide à la personne » de l'« aide à la pierre » prévues par les législations relatives au logement³⁹⁷. Dans le premier cas, il s'agit de l'octroi d'allocations visant à contribuer au financement du loyer³⁹⁸ ; dans le second, il est question d'accéder à un *logement social* caractérisé par un *loyer modéré* par rapport au prix du marché³⁹⁹ ou à un prêt encourageant l'initiative de la construction d'une résidence⁴⁰⁰. La construction des

³⁹¹ Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995. Voir *supra*, p. 68.

³⁹² Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998. Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000.

³⁹³ Sur la distinction entre droits et objectifs, voir *supra*, p. 67 et s.

³⁹⁴ Voir *supra*, p. 68.

³⁹⁵ Il s'agit de l'article L. 264-1 du Code de l'action sociale et des familles établi par la loi n° 2007-290 (JORF n° 55 du 6 mars 2007, p. 4190).

³⁹⁶ Article L. 345-2 du Code de l'action sociale et des familles introduit par la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 (JORF n°0073 du 27 mars 2009, p. 5408) dite « loi MOLLE ».

³⁹⁷ Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, L.G.D.J., 2015, p. 674. Voir sur la diversité et l'hétérogénéité des mesures Romain GRAEFFLY, *Le logement social. Etude comparée de l'intervention publique en France et en Europe occidentale*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », 2006, p. 115.

³⁹⁸ Article L. 351-1 du Code de la construction et de l'habitation en France. Loi n° 4320/2015 (JO A/ 29/19-3-2015) en Grèce.

³⁹⁹ Articles L. 421-1 à L. 421-7-1 du Code de la construction et de l'habitation en France sur les offices publics de l'habitat.

⁴⁰⁰ Ainsi, la Loi n° 4019/2011 (JO A/216/30-9-2011) en Grèce réglait le paiement des prêts effectués par l'organisme public du logement social hellénique (« OEK »). De même, voir la loi n° 4430/2016 (JO A/205/31-10-2016).

logements sociaux est subventionnée par l'Etat, élément qui rend possible un niveau bas de loyer.

269. L'application de ces dispositifs exige des *conditions de ressources*, critère qui justifie la classification du droit au logement parmi les *droits sociaux limités*. Au-delà de ces mesures législatives concernant les obligations de l'Etat, un *effet horizontal indirect* du droit au logement peut être identifié dans la mesure où le législateur impose également des obligations aux personnes privées comme, par exemple, aux propriétaires qui ne peuvent expulser leurs locataires sans respecter certaines conditions⁴⁰¹.

270. Une étude comparative de la législation relative au logement met par ailleurs en exergue plusieurs différences entre la France et la Grèce. Dans l'ordre juridique français, le législateur réalise une concrétisation toujours plus riche du droit au logement, alors qu'en Grèce se produit l'inverse. En 2012, en s'alignant sur les exigences supranationales issues des Mémoires signés avec les institutions européennes et les créanciers du pays, le législateur grec a définitivement supprimé l'organisme chargé de la mission du logement social en transférant seulement certaines de ses activités à l'organisme chargé de l'emploi⁴⁰².

271. Désormais, il n'existe donc plus de *structure objective* qui garantisse la jouissance du droit au logement en Grèce, suppression dont la constitutionnalité peut être interrogée. L'absence d'un tel organisme risque de rendre la politique du logement social en Grèce quasi-inexistante⁴⁰³. Si cette dernière tend à être neutralisée, en revanche, dans l'ordre juridique français, la garantie croissante du droit au logement se constate à travers le contentieux administratif de plus en plus développé en la matière. Les requérants se tournent vers le juge administratif afin d'exiger l'accès au droit au logement. Sa *justiciabilité* s'est notamment affirmée autour du contentieux de la responsabilité de l'Etat en matière de droit au logement opposable⁴⁰⁴. Il en va de même quant au *droit à l'hébergement d'urgence* protégé par le Conseil d'Etat français dans le cadre de la procédure du référé-liberté⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ Voir *infra*, p. 251 et s.

⁴⁰² Loi n° 4093/2012 (JO A/222/12-11-2012).

⁴⁰³ Voir *infra*, p. 398.

⁴⁰⁴ Voir les arrêts CE, 28 mars 2013, n° 3479123, n° 347918, n° 347794.

⁴⁰⁵ Le Conseil d'Etat français (CE, 3 mai 2002, n° 245697, *Association de réinsertion sociale du Limousin*) avait refusé dans le cadre de la procédure de référé-liberté de reconnaître le droit au logement en tant que liberté fondamentale. Plus tard, par une ordonnance, le Conseil d'Etat (CE, ord., 10 février 2012, n°356456, *Fofana contre Ministre des solidarités et de la cohésion sociale.*) a cependant jugé « qu'il appartient aux autorités de l'Etat de mettre en œuvre le droit à l'hébergement d'urgence reconnu par la loi à toute personne sans abri qui se trouve en situation de détresse médicale, psychique et sociale », et qu'une carence caractérisée dans l'accomplissement

iv - Le droit aux « prestations essentielles » d'eau et d'énergie

272. On entend par « prestations essentielles », les prestations visant à fournir de l'eau et de l'énergie qui ne sont pas « sociales » au sens strict du terme. En effet, aucun fondement constitutionnel ne les énonce comme telles ni en France ni en Grèce. Néanmoins, parce que leur octroi est globalement considéré comme nécessaire pour le bien-être des individus, il est possible d'interpréter le droit aux prestations essentielles comme un *droit social au sens large et indirectement* fondé sur des autres droits sociaux constitutionnels⁴⁰⁶.

273. Le raisonnement des juges de la constitutionnalité en France et en Grèce corrobore une telle interprétation. La fourniture du *droit de l'eau* relève du droit au logement selon la jurisprudence constitutionnelle française⁴⁰⁷ et du droit à la santé selon la jurisprudence hellénique⁴⁰⁸. Dans les deux cas, le juge de la constitutionnalité concrétise l'accès au droit à l'eau comme une spécialisation de deux droits sociaux. C'est dans la même perspective qu'il convient d'interpréter le *droit à l'énergie* bien qu'il n'ait pas fait l'objet d'une jurisprudence constitutionnelle similaire, ni en France ni en Grèce. Dans les deux cas, si les individus sont privés de prestations d'eau et d'énergie, les conditions de leur *logement* deviennent telles que leur *santé* s'en trouve menacée. Il s'agit dès lors d'un *double fondement indirect* du droit aux prestations essentielles ; soit d'une norme susceptible d'être concrétisée afin de garantir la fourniture de ces dernières.

274. La qualification d'*essentielle* n'est pas systématisée dans le discours juridique pour désigner ces prestations, mais elle est souvent employée en ce sens par la doctrine⁴⁰⁹ ainsi que dans les avis consultatifs du Conseil d'Etat hellénique⁴¹⁰. Cette qualification permet de les

de cette tâche fait apparaître « une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle entraîne des conséquences graves pour l'intéressé ».

⁴⁰⁶ On a vu antérieurement qu'en France la garantie du logement « dérive » également de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Cependant, la qualification de la prestation de logement de « sociale » dans le cadre de notre étude est plus évidente en raison du fait que le droit au logement dispose de nombreuses sources conventionnelles. Tel n'est pas le cas des droits à l'énergie et à l'eau qui n'ont pour le moment aucun fondement direct supra-législatif.

⁴⁰⁷ Décision n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015, *Société SAUR SAS*.

⁴⁰⁸ CdE, n° 1906/2014.

⁴⁰⁹ Henri SMETS, « L'accès aux biens essentiels, un droit pour tous », in Roselyne ALLEMAND, Laurence POTVIN-SOLIS, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, op.cit., p. 109. Selon l'auteur « Les biens et services essentiels sont des biens ou services que la collectivité considère comme devant être effectivement disponibles à chacun pour respecter les valeurs de dignité humaine, indépendamment de ses ressources économiques et de son lieu d'habitation », p. 110.

⁴¹⁰ Initialement, le Conseil d'Etat hellénique exerçant sa compétence consultative par le biais de ses rapports d'élaboration des lois (« πρακτικά επεξεργασίας ») n° 159/1992, n° 33/1998, n° 38/1998, avait qualifié les prestations de l'eau et de l'électricité de prestations « d'une importance vitale » pour le bien-être des individus. Theodoros FORTSAKIS, *Droit de l'énergie*, Ant. N. Sakkoulas, 2009, p. 161.

distinguer du reste des activités aussi exercées par des « entreprises publiques », comme la *poste*, le *transport* ou encore les *télécommunications*. La présente analyse n'envisage pas le *caractère social* de ces activités, pas même dans un sens large⁴¹¹. Contrairement aux prestations d'eau et d'énergie, elles ne sont en effet pas liées au niveau matériel de vie des individus.

275. Les *prestations essentielles* sont fournies à des usagers-clients soit par des structures publiques opérant comme des personnes privées (« entreprises publiques » d'énergie en France et en Grèce, entreprise publique de l'eau en Grèce), soit par des personnes privées opérant sous la tutelle de l'Administration (« délégation » du service public de l'eau en France)⁴¹². Les « entreprises publiques » sont des sociétés anonymes dont le capital majoritaire est détenu par l'Etat, mais dont le fonctionnement s'assimile à celui des *entreprises privées*⁴¹³. Il s'agit d'organes de l'Etat soumis aux *règles du droit privé* qui fonctionnent *en pleine égalité* avec les personnes privées prestataires. En matière d'énergie, tel n'a pas toujours été le cas puisque dans les deux Etats, celle-ci était auparavant fournie par des « opérateurs historiques » en situation de monopole. Les institutions de l'Union européenne ont revendiqué leur ouverture au marché, soit la perte de leurs prérogatives et une égalisation de leur situation au regard des personnes privées. Il en est résulté un processus de « privatisation partielle » relevant d'une logique de « libéralisation » ; le caractère public des opérateurs n'ayant pas été supprimé en tant que tel mais on ne les distingue plus des fournisseurs privés⁴¹⁴.

Plus tard, à l'occasion de son arrêt CdE n° 1906/2014 concernant la privatisation de l'entreprise publique de l'eau, il avait admis la recevabilité du recours en annulation formé par des individus, alors qu'il l'avait écarté pour le reste des entreprises publiques en cours de privatisation. Sur cette différenciation et la manière dont elle reflète en contentieux, voir Eleni LAPPA, « Le revirement au traitement uniforme des services publics d'intérêt général-L'inconstitutionnalité de la privatisation d'EYDAP », *EfDD*, 2014, n° 2014, p. 441 (en grec).

⁴¹¹ Cela ne signifie pas que ces prestations ne peuvent pas également être liées à une législation qui prévoit, par exemple, des réductions au bénéfice de certains individus. Ce fait s'expliquera, toutefois, sans une référence au principe de l'Etat social. D'après le point de vue ici développé, ces prestations n'ont pas un *lien* avec un droit social fondamental, dans le sens de pouvoir être envisagées comme une concrétisation sociale.

⁴¹² En France, l'eau n'est pas gérée par une « entreprise publique » qui implique une gestion non locale. Dans la mesure où en France ce sont les collectivités locales qui sont en charge de la distribution de l'eau, elles peuvent le gérer directement ou habiliter des sociétés privées avec cette tâche. On se référera, en l'espèce, au service public de l'eau français sans différencier notre propos par rapport aux entreprises publiques de prestations essentielles afin de simplifier l'analyse.

⁴¹³ L'entreprise publique est une société dont la majorité du capital appartient à une personne morale de droit public et l'autre partie à une personne privée. Sa privatisation signifie la perte du maintien de la majorité du capital et, dès lors, son transfert dans le domaine privé. Lire Gabriel ECKERT, *Droit public des affaires*, 2013, p. 151. Apostolos GERONTAS, *Droit public économique*, Ant. N. Sakkoulas, 2011.

⁴¹⁴ Voir Laurence POTVIN-SOLIS, *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, Bruylant, 2010. Robert KOVART, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTD eur.*, n° 3, 1996, p. 493. Nicole BELLOUBET-FRIER, « Service public et droit communautaire », *AJDA*, n°4, 1994, p. 270. Gilles J. GUGLIELMI, Gèneviève KOUBI, Martine LONG, *Droit du service public*, L.G.D.J., 2016, p. 89. Laurent RICHER, « Droit d'accès au service public », *AJDA*, n° 2, 2006, p. 73. Charis SINODINOS, « Libéralisation des monopoles des services d'intérêt général et droit communautaire », *DEE*, n° 11, 2000, p. 1073 (en grec).

276. La protection des clients « vulnérables » des entreprises publiques d'énergie a été introduite dans les ordres juridiques nationaux, initialement par le *droit dérivé de l'Union*, dans la perspective de concilier la démarche de *libéralisation* de l'énergie avec la protection des clients défavorisés⁴¹⁵. On évoque un *droit aux prestations essentielles* dans la mesure où dans les deux Etats, le législateur est intervenu soit pour aider les clients ayant des *revenus modestes* à payer leurs factures⁴¹⁶, soit pour interdire aux prestataires de ne plus fournir les prestations essentielles⁴¹⁷. Il s'agit, dans ce dernier cas, de l'*effet horizontal* du droit social qui fonde selon les cas le droit aux prestations essentielles. Dans la mesure, enfin, où le droit aux prestations essentielles concerne seulement les *clients vulnérables*, il est bien évidemment un *droit limité*.

Conclusion du § 1 :

277. Nous avons pu identifier différents *droits sociaux dérivés*, c'est-à-dire des *droits sociaux subjectifs* qui trouvent leur fondement dans la *loi* mais qui concrétisent des droits sociaux constitutionnels. Une différenciation parmi les droits sociaux dérivés s'impose cependant dans la mesure où ils ne correspondent pas tous avec précision à des énoncés constitutionnels. On distingue, tout d'abord, les droits sociaux dérivés *généraux* dont bénéficie l'ensemble de la population, comme les droits à l'enseignement, à la sécurité sociale et à la santé. En revanche, les droits à l'aide sociale, à l'emploi et au logement ne concernent seulement qu'une partie des individus qui se trouvent dans une situation défavorisée. Tous les *droits sociaux dérivés* sont *directement* fondés sur des droits sociaux constitutionnels, par opposition au droit à des prestations essentielles qui s'en dégage *indirectement* à travers leur interprétation. Indépendamment du fait d'être *généraux* ou *limités aux certains bénéficiaires*, les droits sociaux dérivés ne peuvent être octroyés aux individus, conformément au principe de l'Etat social, à défaut de *services publics sociaux*.

§ 2 - Les services publics sociaux

278. Les *services publics sociaux* ont été précédemment définis comme des *structures* nécessaires pour l'octroi de prestations matérielles par l'Etat aux individus⁴¹⁸. Il s'agit de *structures publiques objectives* qui rendent possible la satisfaction de *droits sociaux subjectifs*.

⁴¹⁵ Il s'agit de la directive n° 2009/72/ CE du 13 juillet 2009 (JOUE L 211/55, 14 -8-2009, p. 15) relative à l'électricité. Voir son article 3.

⁴¹⁶ En établissant des tarifs sociaux en leur faveur. Voir l'article L. 115 -3 du Code de l'action sociale et des familles en France. Dans l'ordre juridique hellénique, c'est notamment la loi n° 4320/2015 (JO A/29/19-3-2015) qui prévoit une allocation pour le paiement de l'eau et de l'électricité au bénéfice des clients défavorisés.

⁴¹⁷ Voir *infra*, p. 255.

⁴¹⁸ Voir *supra*, p. 74.

Si les services publics sociaux ainsi conçus représentent une part importante de la législation concrétisant le principe de l'Etat social, ils ne renvoient pas à un concept *systematisé*, ni dans l'ordre juridique français ni dans l'ordre juridique hellénique. En revanche, leur appréhension se heurte à de nombreuses difficultés que le concept général de « service public » implique. Il convient alors de clarifier ce dernier (A), avant d'envisager les *services publics sociaux* comme une catégorie spéciale de services publics (B).

A - La clarification du concept général de « service public »

279. Afin de clarifier le concept du « service public », il importe de présenter son appréhension classique (i), puis de signaler les problèmes que pose sa définition (ii).

i - L'approche classique du concept de service public

280. Le concept de *service public* trouve son origine dans l'ordre juridique français, et particulièrement, dans la théorie élaborée par l'école de droit de Bordeaux autour du rôle de l'Etat en tant que prestataire des biens nécessaires au bien-être commun et pour la couverture des besoins de la collectivité⁴¹⁹. Pensé initialement d'une manière jusnaturaliste en tant que « fondement de l'Etat »⁴²⁰, il a vite acquis une définition juridique positiviste, sans toutefois jamais perdre son sens maximaliste mais aussi indéterminé. Précisément, c'est le Tribunal des conflits français qui, en 1873, dans son fameux arrêt *Blanco*, a concrétisé le concept de telle manière qu'il allait définitivement marquer la pensée juridique⁴²¹. En l'espèce, à propos d'un accident, le fait pour un organe de l'Etat d'exercer un *service public* a entraîné l'engagement de sa responsabilité vis-à-vis de l'individu blessé par l'un de ses agents.

281. Désormais, le concept de *service public* allait devenir synonyme de l'activité de l'Administration française dans tous ses aspects et un critère impliquant le *contentieux administratif*. Le *service public* se caractérise ainsi par une dérogation aux règles du droit commun applicables aux rapports entre personnes privées, mais aussi par l'engagement potentiel de la responsabilité de l'Etat. De ce point de vue, il renvoie à la reconnaissance d'un

⁴¹⁹ Lire le Rapport public du Conseil d'Etat sur l'intérêt général, La Documentation française, 1999, n° 50, p. 245. « L'intérêt général se situe, depuis plus de deux cents ans, au cœur de la pensée politique et juridique française, en tant que finalité ultime de l'action publique ».

⁴²⁰ Léon DUGUIT, *Traité du droit constitutionnel*, Tome II, Paris E. Bocard, 1927, p. 60.

⁴²¹ Tribunal des conflits, 8 février 1873, n° 00012 *Blanco*. L'arrêt reconnaît le *service public* comme critère de compétence de la juridiction administrative, affirme la spécificité des règles applicables aux services publics et établit un lien entre le fond du droit applicable et la compétence de la juridiction administrative.

« régime exorbitant » au bénéfice de l'Administration⁴²², entendu de manière générale comme l'ensemble *des contraintes et des prérogatives particulières* qui lui sont réservées⁴²³.

282. On peut alors se demander comment définir exactement le concept de *service public* en tant que critère qui indique une action administrative. Il importe, tout d'abord, d'identifier ses éléments constitutifs. La doctrine française entend le *service public* classiquement comme « l'activité d'un *organe étatique* qui vise à satisfaire *l'intérêt général* », une définition qui implique en même temps un *critère organique* et un *critère matériel*⁴²⁴. Le premier porte sur le fait pour une activité d'être exercée par un *organe étatique* ou *par une personne privée* sous le contrôle d'un organe étatique (« délégation » de service public). L'activité est ainsi toujours « assurée ou assumée par l'Etat »⁴²⁵, c'est-à-dire qu'un *lien avec l'Administration* est toujours nécessaire pour l'identification d'un service public, qu'il soit *direct* ou *indirect*.

283. Le second critère porte sur l'exercice d'une « activité d'intérêt général », soit le fait pour l'Administration d'exercer une activité dans l'objectif de servir l'intérêt de la collectivité. L'intérêt général pensé ainsi dans un sens « volontariste » exige le dépassement des intérêts particuliers en conférant à l'Etat la mission de poursuivre des fins qui concernent seulement l'ensemble de la population⁴²⁶. Il s'ensuit que la conception classique de *service public* exige non seulement un *lien avec l'Administration*, mais aussi une *mission d'intérêt général* ; sachant que l'« intérêt général » est un concept qui pose encore interrogation et dont la définition sera davantage analysée dans le cadre de développements ultérieurs⁴²⁷.

284. La conception *française* du service public a trouvé un large écho dans l'ordre juridique *hellénique*, sans toutefois y être exactement transposé. Certes, le concept est entendu ici également comme un *indice de l'action administrative*⁴²⁸, mais certaines différences peuvent être constatées. Notons tout d'abord que l'expression de *service public* n'est pas prépondérante dans l'ordre juridique hellénique, car elle concurrence l'emploi d'un terme différent mais dont le sens est proche ; celui de « personne morale de droit public »⁴²⁹. La « personne morale de

⁴²²CE, 31 juillet 1912, n° 3071, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*.

⁴²³ Jean WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 616. C'est le fait qu'une activité soit soumise à un régime de service public, c'est-à-dire à certaines règles dérogatoires au droit commun, qui rattache son contentieux à la compétence administrative. Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Claudie BOITEAU, Clotilde DEFFIGIER, *Droit des services publics*, Lexis Nexis, 2015, p. 46.

⁴²⁴ Jean WALINE, *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 616.

⁴²⁵ Selon la définition donnée par René CHAPUS, *Droit administratif général*, T.1, Montchrestien, 2000, p. 563.

⁴²⁶ Lire le Rapport public du Conseil d'Etat sur l'intérêt général, *op.cit.*, p. 245.

⁴²⁷ Voir *infra*, p. 222, p. 457.

⁴²⁸ Epaminondas SPILIOTOPOULOS, « La notion de service public en droit hellénique », in Frank MODERNE, Gérard MARCOU, *L'idée du service public dans le droit des Etats de l'UE*, L'Harmattan, 2005, p. 217.

⁴²⁹ CdE, n° 413/1970. CE n° 2569/1983.

droit public » désigne un organe de l'Etat qui *assure directement* une activité et implique nécessairement l'application du droit public⁴³⁰. C'est le terme qui équivaut à la définition *organique* du service public français.

285. Le concept de *personne morale de droit public* est, en revanche, exclusif de la *délégation* de service public, c'est-à-dire de l'habilitation de personnes privées à exercer une activité *sous le contrôle de l'Etat*. Ainsi, le terme de *service public* dans le langage juridique hellénique (*δημόσια υπηρεσία*) est pertinent plutôt lorsqu'on est en présence d'une délégation de service public. Corroborant ce point, on peut relever que la doctrine hellénique se réfère par cette expression à une « personne morale de droit privé, rattachée à l'Etat, qui exerce une activité d'intérêt général »⁴³¹. Le service public a ici un *sens matériel*, car son sens *organique* recouvre le concept de *personne morale de droit public*. Il s'avère donc que le service public au sens français est un concept *plus large* que celui de service public hellénique. La distinction entre *personne morale de droit public* (sens organique) et *service public* (sens matériel) a cependant très peu intéressé la doctrine hellénique, n'ayant en réalité aucune conséquence pratique⁴³². Dans les deux cas, il s'agit cependant d'un élément qui entraîne l'application du droit public.

Ayant mis en lumière le sens du service public dans les deux ordres juridiques analysés, il convient à présent de relever les nombreux aspects problématiques que pose sa définition.

ii - Les problèmes de la définition du concept

286. Le concept de *service public*, entendu en théorie comme l'exercice d'une *activité d'intérêt général directement ou indirectement* par l'Etat, n'est pas sans poser plusieurs problèmes qui rendent son *identification* particulièrement ardue dans la pratique. Les difficultés tiennent précisément au fait que les deux critères proposés pour sa détermination ne sont pas dénués d'incertitude.

287. En ce qui concerne, premièrement, le *critère organique* du service public, son ambiguïté tient au fait que l'Administration peut exercer une gamme très large d'activités, dont certaines ne justifient nullement un *régime exorbitant* du droit commun comme celui qu'implique le contentieux administratif. Tel est notamment le cas des activités « économiques » de l'Administration qui ne peuvent être revêtues de *prérogatives publiques* en vertu du « principe

⁴³⁰ Epaminondas SPILIOTOPOULOS, *Droit administratif hellénique*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2004, p. 266.

⁴³¹ Anastasios TACHOS, *Droit administratif hellénique*, *op.cit.*, p. 233.

⁴³² Petros PARARAS, « Critères de distinction entre mission du service public et personne morale du droit public : le cas de la banque postale », *EDDD, IST'*, 1972, p. 146 (en grec).

de la concurrence »⁴³³. La possibilité pour l'Etat de perdre ses privilèges liés au service public a fait l'objet d'un arrêt très connu de la part du Tribunal des conflits français. Dans son arrêt *Bac d'Eloka* rendu en 1921, le juge a en effet décidé que *certaines services publics* pouvaient être régis par le *droit civil* malgré leur exercice par des organes de l'Etat dès lors qu'ils avaient un caractère industriel et commercial⁴³⁴. Une configuration identique est prévue par l'ordre juridique hellénique par le biais du concept de « personnes morales publiques gérées par le droit privé »⁴³⁵.

288. Or, si le concept de *service public* peut être dénué de ses *caractéristiques essentielles*, on peut en déduire que ces dernières ne sont pas, à *elles seules*, des éléments constitutifs du concept. Autrement dit, puisque certains services publics ne fonctionnent pas, exceptionnellement, comme des services publics mais comme personnes privées, le *critère organique* se révèle nécessaire mais *non suffisant* pour l'identification du service public. Seul l'examen du second critère du service public, celui de la nature de l'*activité exercée*, permettra ainsi de résoudre le problème.

289. Cependant, le recours à ce critère, portant une *définition matérielle* du service public, est revêtu d'un doute encore plus fort qui repose sur *l'impossibilité de définir* de manière déterminée l'« intérêt général ». Le concept, qui renvoie à celui de *bien commun*, désigne pour la plupart des auteurs la *finalité de l'activité administrative*⁴³⁶. Il s'agit en réalité d'une *définition circulaire* du service public qui ne répond pas à la question de savoir en quoi consiste l'activité recherchée.

290. Afin de répondre à une telle interrogation, il convient d'examiner le concept d'*intérêt général* dans le contexte particulier de son apparition dans les ordres juridiques examinés. L'*intérêt général* a émergé au sein de la jurisprudence administrative française dans le cadre de l'*Etat légal*. Dans ce contexte, le législateur disposait d'une pleine liberté pour en déterminer le sens⁴³⁷. Il s'avère ainsi qu'avant l'avènement de l'*Etat de droit* en France mais aussi en Grèce, l'*intérêt général* était un concept défini seulement par le législateur. Le juge administratif ne pouvait pas substituer sa propre appréciation de l'*intérêt général* à celle du législateur, mais

⁴³³ Voir *infra*, p. 170, p. 335.

⁴³⁴ Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, n° 00706, *Société commerciale de l'Ouest africain*.

⁴³⁵ Epaminondas SPILIOTOPOULOS, *Droit administratif hellénique, op.cit.*, p. 269. Dans cette catégorie entrent en principe les personnes morales créées par des moyens patrimoniaux de l'Etat en vue de poursuivre une activité de production ou d'entreprise.

⁴³⁶ Epaminondas SPILIOTOPOULOS, *Droit administratif hellénique, op.cit.*, p. 52.

⁴³⁷ Jean-Marie PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Revue Dalloz*, n° 35, 1998, p. 327.

seulement « développer » des outils pour l'identifier lorsqu'aucune qualification législative explicite n'existait.

291. Dans cette perspective, ce qui était considéré comme service public à un moment donné par le législateur et le juge administratif, pouvait perdre cette qualification ultérieurement⁴³⁸. En raison de son sens flou et évolutif, *l'intérêt général* est donc un concept non seulement *indéterminé*, mais aussi *indéfinissable*. On peut ainsi l'inclure parmi les concepts de « contenu variable »⁴³⁹. Il n'est dès lors pas possible d'aborder les structures prestataires qui concrétisent le principe de l'Etat social sous l'angle de l'intérêt général.

292. Après l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité en France et en Grèce, *l'intérêt général* a acquis une place centrale parmi les normes constituant le *bloc de constitutionnalité*⁴⁴⁰. Il a même été consacré directement par certaines dispositions de la Constitution hellénique⁴⁴¹. La consécration d'un tel concept au rang constitutionnel implique une limitation de l'action de législateur, fait qui est problématique dans la mesure où c'est toujours le législateur qui détermine le sens de l'intérêt général⁴⁴². Dans ce nouveau contexte, l'intérêt général est susceptible de mettre en danger la garantie des droits constitutionnels⁴⁴³.

293. Indépendamment de cette dernière question, il convient de conclure que *l'élément matériel* de la définition de service public est fort incertain et appelle dès lors à une reconsidération. C'est seulement en dépassant les problèmes que pose la définition du service public qu'il sera possible de systématiser le concept de *service public social*.

⁴³⁸ Jean-Marie PONTIER. « Service public culturel : épanouissement ou racornissement ? », *L'Observatoire*, vol. 43, n°2, 2013, p. 86.

⁴³⁹ Chaim PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit, au-delà du positivisme juridique*, L.G.D.J., 1984, p. 132.

⁴⁴⁰ Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979.

⁴⁴¹ Article 23, par. 2 ; article 24, par. 3 ; article 57, par. 1, alinéa 4 ; article 104, par. 1 ; article 106, par. 6 ; article 109, par. 1 de la Constitution hellénique.

⁴⁴² Très souvent, le Conseil constitutionnel admet que c'est le législateur qui détermine le sens exact de l'intérêt général. Voir notamment : décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988 ; décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993. Il en va de même pour l'ordre juridique hellénique selon Epaminondas SPILIOTOPOULOS, *Droit administratif hellénique, op.cit.*, p. 52.

⁴⁴³ Guillaume MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004, disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr. Une situation que l'étude de la restriction des prestations matérielles en Grèce confirme voir *infra*, p. 462.

B - La catégorie spéciale des services publics sociaux

294. La définition classique du service public sur la base de *l'intérêt général* ne permet pas l'identification des services publics sociaux (i). Celle-ci exige la reconsidération du concept général de service public au regard des normes constitutionnelles (ii).

i - L'impossibilité de définir les services publics sociaux sur la base de l'intérêt général

295. Dans les ordres juridiques français et hellénique, la doctrine administrativiste distingue traditionnellement *deux types* de services publics en fonction de l'appréciation législative de *l'intérêt général*⁴⁴⁴. Ce concept peut concerner tant la sécurité des individus vis-à-vis à des différentes atteintes à leur sphère individuelle, que leur sécurité matérielle. On distingue alors, d'une part, des *services publics régaliens* et, d'autre part, des *services publics prestataires*. Cette distinction entre l'Administration « ordonnatrice » et l'Administration « prestataire » est très commune dans la majorité des droits positifs de l'Europe continentale⁴⁴⁵.

296. Même si la distinction renvoie implicitement à la distinction entre les *droits-libertés* et les *droits aux prestations*⁴⁴⁶, les *services publics sociaux* restent une catégorie non identifiable dans le langage juridique commun⁴⁴⁷. La raison en est que *l'Administration prestataire* dispose d'un sens très *large*, qui peut couvrir plusieurs types de prestations allant de l'énergie et les transports aux soins hospitaliers et à l'enseignement. Il est alors *a priori* impossible de savoir à quelles prestations renvoie exactement la référence doctrinale à *l'Administration prestataire*. A l'heure actuelle, l'expression de services publics sociaux est dépourvue de signification précise tant en France qu'en Grèce.

297. L'absence de *services publics sociaux* en tant que concept juridique est particulièrement visible au sein de la jurisprudence administrative française. Initialement, le Tribunal des conflits, dans son arrêt *Naliato* rendu en 1955, avait employé le concept. Cependant, à défaut de délimitation précise des *services publics sociaux*, le recours du juge administratif français à

⁴⁴⁴ Jacques CHEVALLIER, « Les nouvelles frontières du service public », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 2, n° 2, 2007, p. 14. Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Claudie BOITEAU, Clotilde DEFFIGIER, *Droit des services publics*, *op.cit.*, p. 27. Apostolos GERONTAS, *Droit public économique*, *op.cit.*, p. 612.

⁴⁴⁵ Christian AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, *op.cit.*, p. 175.

⁴⁴⁶ Prodromos DAGTOGLOU, *Droits individuels*, *op.cit.*, p. 98.

⁴⁴⁷ Cependant, pour certains cas isolés, la doctrine française évoque des « services publics d'action sociale ». Voir not. Virginie DONIER, « L'accès aux services publics locaux obligatoires d'action sociale » in Roselyne ALLEMAND, Laurence POTVIN-SOLIS, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, p. 61. Pour sa part, la doctrine hellénique se réfère à l'« Administration sociale ». Lire not. Xenofon KONTIADIS, *L'administration sociale en Grèce : des problèmes institutionnels de base et des propositions des réformes*, Ant. N. Sakkoulas, 1997 (en grec).

celui-ci a été abandonnée par la suite⁴⁴⁸. En effet, jusqu'à aujourd'hui, aucun arrêt ni en France ni en Grèce n'a porté sur les services publics sociaux, un manquement que la doctrine explique par la difficulté de cerner *l'activité sociale*⁴⁴⁹.

298. La détermination des services publics sociaux présuppose avant tout de prendre conscience du *lien* entre les droits sociaux dérivés et les structures prestataires de caractère public. Or cela n'est pas possible dans le cadre de la définition habituelle de service public. Du point de vue de notre analyse, la difficulté ne concerne pas seulement les services publics sociaux ; elle est plus largement la conséquence de l'impossibilité de déterminer une *activité d'intérêt général* et, dès lors, l'élément constitutif du service public. La définition classique laisse penser, en revanche, que toute activité peut être *a priori* liée à l'intérêt général.

299. L'intérêt général n'est pas un concept défini, que le juge administratif emploie pour contrôler l'action administrative. En cas d'absence de qualification législative du service public, l'indétermination de *l'activité constitutive du service public* implique souvent des difficultés insurmontables pour le juge administratif ; cela d'autant plus que des *personnes privées* peuvent également exercer des missions de service public dans le cadre d'une délégation.

300. Afin de résoudre le problème de l'identification du service public, le Conseil d'Etat français a développé la technique dite du « faisceau d'indices » qui permet d'identifier le *service public* au cas par cas⁴⁵⁰. Au-delà de l'exercice d'une mission *d'intérêt général*, l'existence de *prérogatives de puissance publique* a été jugée essentielle pour sa détermination lors de son fameux arrêt *Narcy*⁴⁵¹. Plus tard, dans le cadre de son arrêt *APREI*⁴⁵², la haute

⁴⁴⁸ Tribunal des conflits, 22 janvier 1955, n° 1511, *Naliato*. Il était en question, en l'espèce, du cas des colonies de vacances. La catégorie des services publics sociaux était désignée en tant que catégorie autonome entre les services publics régis par le droit public (services publics administratifs) et ceux régis par le droit privé (services publics industriels et commerciaux), soit aux deux catégories dégagées par l'arrêt Bac d'Eloka. Elle renvoie à des activités qui appartiennent à l'Etat et qui doivent être régies par le droit public, sans toutefois exclure complètement le droit privé. (Voir aussi CE, 17 avril 1964, n° 57628, Commune d'Arcueil). Plus tard ce concept a été abandonné par l'arrêt CE, 4 juillet 1983, n° 02306, Gambini.

⁴⁴⁹ Maryse DEGUERGUE, « De quelques difficultés de la notion de service social », *AJDA*, n° 4, 2008, p. 179.

⁴⁵⁰ Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Claudie BOITEAU, Clotilde DEFFIGIER, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 51.

⁴⁵¹ CE, 13 juillet 1968, n° 72002, *Narcy*. En l'occurrence, le Conseil d'Etat, en s'appuyant à la fois sur l'intérêt général de la mission poursuivie par les centres techniques industriels, mais aussi sur le contrôle de l'Etat et sur la détention de prérogatives de puissance publique, conclut que ces centres exercent une mission de service public.

⁴⁵² CE, 22 juillet 2007, n° 264541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés* (APREI). « Considérant qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux

juridiction administrative française a admis l'existence d'un *service public* même à défaut de telles *prérogatives* en raison du *contrôle* effectué par l'Administration sur la structure litigieuse. Il en va de même s'agissant du *financement* accordé à une personne privée par une personne publique⁴⁵³. Pour sa part, le Conseil d'Etat hellénique a également contribué à la clarification des critères du service public en considérant comme constituant de tels éléments le financement public, le contrôle de l'Etat, ainsi que la nature du droit qui régit le personnel de la personne publique⁴⁵⁴.

301. L'étude de la jurisprudence administrative précitée nous permet toutefois de relever un *paradoxe*. Elle identifie le *financement public* et les diverses *prérogatives de puissance publique* comme des indices de la présence d'un *service public*, cependant ces éléments sont normalement la *conséquence* de la reconnaissance du service public, non ses *propriétés constitutives*. L'identification d'un *régime exorbitant* impliquant des avantages spéciaux n'est pas en principe l'un des critères de définition du service public⁴⁵⁵, mais l'une de ses *caractéristiques essentielles*. Plus simplement, c'est parce que l'Administration, ou une personne privée habilitée, exercent une *certaine mission* que leurs *prérogatives particulières* se justifient et non l'inverse. Le constat est important puisque dans l'hypothèse contraire, il n'existerait aucune source de légitimité des prérogatives relatives au service public.

302. Ce ne sont pas seulement les *prérogatives* liées aux services publics qui sont concernées par cette remarque, mais également les *devoirs* spécifiques qui leur sont attachés. Un organe administratif a certaines obligations parce qu'il est chargé d'une *mission de service public* et non l'inverse. Il en va ainsi des fameuses « lois de Rolland » qui se rapportent au principe d'« égalité » devant le service public, ainsi qu'à ceux de « continuité » et de « mutabilité » de celui-ci⁴⁵⁶. Les deux premiers principes renvoient à la garantie d'un accès des usagers aux

obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission ».

⁴⁵³ CE, 6 avril 2007, n° 284736, *Commune d'Aix-en-Provence*. L'activité d'une personne privée peut se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements.

⁴⁵⁴ CdE, n° 1007/2016, n° 2497/2013, n° 3406/2014. D'après cette jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique, une *personne morale du droit privé* est considérée relever du domaine public dans la mesure où elle est contrôlée et financée par le budget public et que ses déficits sont pris en compte dans le déficit public.

⁴⁵⁵ *Contra* Jean WALINE, *Droit administratif, op.cit.*, p. 616.

⁴⁵⁶ Il n'y a aujourd'hui aucun accord sur la définition exacte de toutes les « lois de Rolland », ni sur leur valeur juridique. Pour cette raison, il convient à tout le moins d'admettre comme tels les principes d'égalité devant le service public et de continuité qui font l'objet d'un accord unanime de la part de la doctrine en France et en Grèce. Voir Virginie DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, n° 6, 2006, p. 1219. Anastasios TACHOS, *Droit administratif hellénique, op.cit.*, p. 235.

services publics sur l'ensemble du territoire et sans interruption. La mutabilité implique l'évolution du service et son adaptation aux nouveaux besoins des usagers. Auparavant conçus comme des principes de *nature jurisprudentielle*⁴⁵⁷, les principes en question concernent l'ensemble des *services publics* indépendamment de la nature exacte de leur mission ou du fait d'être régis par le droit public ou le droit privé⁴⁵⁸. Il s'agit d'*obligations particulières* qui sont certes des indices de l'existence d'un service public, mais pour autant elles ne permettent nullement de définir son sens.

303. A l'instar des *prérogatives*, les *contraintes* de services publics sont la conséquence d'une mission particulière dont on cherche toujours la définition. Le recours à de tels indices dans l'objectif d'identifier le service public témoigne de la difficulté persistante de définir la mission d'intérêt général. Il importe, dès lors, de reconsidérer le concept flou et indéfini d'*intérêt général*.

ii - La reconsidération du service public au regard des normes constitutionnelles

304. La difficulté de la détermination d'une *activité d'intérêt général* et, conséquemment, d'une *activité sociale*, peut être dépassée par l'interprétation des normes constitutionnelles. Sur leur fondement, devient possible l'identification des *obligations* qui reposent sur le législateur et sur l'Administration. L'interprétation proposée de l'« intérêt général » contribue à lui donner un sens défini qui repose sur la concrétisation d'exigences constitutionnelles. L'identification des services publics ne dépendra pas, dans ce cadre, d'une appréciation faite *au cas par cas* par le législateur ou le juge administratif mais se basera sur des critères solides que ces derniers sont seulement appelés à préciser. La reconsidération de l'*activité d'intérêt général* s'effectue à travers le rattachement de la législation sociale sur les services publics à ses fondements constitutionnels ; autrement dit à par le biais d'une « constitutionnalisation » du service public.

305. L'émergence du concept de *services publics constitutionnels* s'inscrit au sein d'une démarche plus générale de *liaison* du droit administratif français et hellénique aux normes constitutionnelles⁴⁵⁹. En réalité, la doctrine française, marquée par l'arrêt *Bac d'Eloka* du Tribunal des conflits, avait pris conscience très tôt de la nécessité de distinguer les services

⁴⁵⁷ Les principes d'égalité et de continuité du service public, auparavant conçus comme de simples *principes généraux du droit*, sont aujourd'hui envisagés comme des principes disposant d'un fondement constitutionnel. Si cette vision est justifiée, elle ne change pas le fait qu'appliqués par le juge de la légalité ces principes sont seulement une concrétisation des exigences constitutionnelles. La question essentielle alors est celle de savoir de quelles exigences constitutionnelles exactement on parle. Voir *infra*, p. 193 et s.

⁴⁵⁸ Louis ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Dalloz, 1957, p. 18.

⁴⁵⁹ Voir *supra*, p. 90, p. 91.

publics qui « appartiennent à l'Etat » et ceux qui peuvent en être « détachés »⁴⁶⁰. Or, étant donné l'isolement du droit administratif français des normes supérieures, la distinction ne pouvait facilement aller jusqu'à la révélation de ses sources supérieures. C'est dans le *contexte* d'une application progressive du « principe de concurrence »⁴⁶¹ que les doctrines française et hellénique ont pour la première fois entrepris la démarche difficile d'identifier les services publics qui relèvent des *fondements constitutionnels*⁴⁶².

306. Le processus de *constitutionnalisation* du service public comme manière pour la doctrine d'aborder ce dernier est donc relativement récent dans les deux ordres juridiques examinés. La constitutionnalisation du service public est devenue nécessaire, notamment en raison de la *libéralisation* des « services publics en réseaux » exigée dans le cadre de l'application du « principe de la concurrence ». Le concept de « services publics en réseaux » renvoie aux infrastructures unifiées que certaines prestations nécessitent pour leur fourniture⁴⁶³. Leur nature spécifique justifie leur octroi par le biais d'un réseau sur lequel s'exerce un *minimum* du contrôle public, même après leur *libéralisation*.

307. Sont principalement visés comme constituant de tels services, la fourniture d'électricité, de gaz et d'eau, ainsi que les télécommunications, la poste et les transports. La *privatisation partielle* des services publics en réseaux a été le fait déclencheur d'une nouvelle approche des services publics visant à les mettre « à l'abri » en liant leur existence aux dispositions constitutionnelles. Sans procéder ici à l'étude des *conséquences* de la *valeur constitutionnelle* d'un service public⁴⁶⁴, il convient d'aborder dans ce nouveau contexte la catégorie des services publics sociaux. Selon cette nouvelle perspective, leur fonctionnement est lié au principe constitutionnel de l'Etat social.

308. A cet égard, il devient possible d'identifier en tant que *services publics sociaux* toutes les *entités publiques* qui sont en charge de l'accès des individus aux droits sociaux législatifs et qui

⁴⁶⁰ Voir *supra*, p. 119.

⁴⁶¹ Voir *infra*, p. 153.

⁴⁶² Pour la France, voir : Pierre ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, Atelier national de reproduction des thèses, 1993. Ramu de BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J., 2005. Concernant la doctrine hellénique, voir : Akritas K Aidatzis, *Les limites constitutionnelles aux privatisations*, éd. Sakkoulas, Athina-Thessaloniki, 2006. Athanasios Tsironas, *Les désétatisations*, Sakkoulas, Athina - Thessaloniki, 2006 (en grec).

⁴⁶³ Stéphane RODRIGUES, in *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, sous la direction de Muriel NICOLAS, Stéphane RODRIGUES, Karel VAN MIERT, ASPE Europe, 1998, p. 223. « L'infrastructure représente le support qui permet d'acheminer à partir d'un faible nombre de sources de production l'électricité, le gaz ou l'eau vers le consommateur final (réseau de diffusion) ou de fournir un service de transport ou de téléphone (réseau point à point) ».

⁴⁶⁴ Voir *infra*, p. 366.

concourent dès lors à la garantie d'un certain niveau matériel d'existence⁴⁶⁵. C'est ainsi qu'il convient d'aborder *la législation sociale* en France⁴⁶⁶ et en Grèce⁴⁶⁷. Il s'agit des écoles et des universités constituant le *service public d'enseignement*, des hôpitaux concourant au *service public hospitalier*, des organismes de sécurité sociale exerçant le *service public de la protection sociale*, des organismes d'emploi responsables du *service public d'emploi* et, enfin, des offices d'habitat exerçant le *service public du logement social*⁴⁶⁸.

309. La législation sociale précitée, déterminant le *caractère public* des prestations sociales, préexistait à la consécration constitutionnelle du principe de l'Etat social. Ce fait nous permet de considérer que ce dernier était garanti dans les deux Etats. Dès lors, le principe constitutionnel de l'Etat social ne signifie pas simplement que les individus peuvent accéder aux prestations mais aussi que l'Administration doit en être le *fournisseur*. De ce point de vue, la législation relative aux services publics sociaux concrétise *l'objectif-fondement* du principe de l'Etat social, ce dernier étant entendu comme rattaché à une *structure publique*. D'après cette nouvelle approche, tous les services publics sociaux impliquent deux éléments indispensables à leur qualification : un lien *direct ou indirect* avec l'Administration et une mission d'intérêt général qui consiste précisément dans leur *tâche sociale* de satisfaction des droits sociaux.

⁴⁶⁵ Notre analyse entend comme « services publics sociaux » toutes les structures chargées de la tâche d'assurer l'enseignement, la santé, la protection sociale, le logement et l'emploi ; à la seule condition qu'elles se trouvent sous le contrôle *direct ou indirect* de l'Administration (sur cette distinction, voir *infra*, p. 329 et s.). Elle ne fait pas, dès lors, une distinction entre les services publics sociaux *nationaux* et les services publics sociaux *locaux*, car cette différenciation ne présente pas un grand intérêt du point de vue de notre étude. Notre analyse se focalise sur les *devoirs* de l'Administration tels que prononcés par le législateur, indépendamment de l'échelon exact où ils se réalisent. D'une manière générale, en France et en Grèce, la plus grande partie des *services publics sociaux* sont exercés au sein des collectivités territoriales mais sont coordonnés par un organe de l'Administration au niveau national. La notion de « services publics sociaux » telle qu'entendue ici se rapporte, dès lors, tant aux organes locaux qu'aux organes nationaux.

⁴⁶⁶ En ce qui concerne l'ordre juridique français, voir les articles L. 121-1 à L. 121-7 du Code de l'éducation sur le service public de l'enseignement, les articles L. 6112-1 à L. 6112-7 du Code de la santé publique sur le service public hospitalier, les articles L. 114-23 à L. 114-25 du Code de la sécurité sociale sur le service public de la sécurité sociale, l'article L. 421-1 du Code de la construction et de l'habitation sur les offices publics de l'habitat et l'article L. 421-1 du Code du travail sur le service public de l'emploi.

⁴⁶⁷ En ce qui concerne l'ordre juridique hellénique, la législation, en raison de la prépondérance de la définition organique du service public, n'emploie pas le terme de service public, mais elle se limite à encadrer l'action des *personnes morales du droit public* chargées de missions sociales. A défaut de codification de la législation hellénique en matière sociale, on se rapporte, en l'occurrence, soit à la loi la plus récente, soit à la loi qui est toujours en vigueur malgré des modifications plus récentes. Cela ne signifie bien évidemment pas qu'il n'y ait pas un nombre très élevé de lois qui consacrent aussi des personnes morales du droit public à caractère social. Ainsi, les lois n° 1566/1985 (JO A/167/30-9-1985) sur les personnes morales du droit public chargées de l'enseignement primaire, n° 4485/2017 (JO A/114/4-8-2017) sur les universités, n° 4387/2016 (JO A/85/12-05-2016) sur les personnes morales du droit public chargées de la sécurité sociale, loi n° 4052/2012 (JO A/41/01-03-2012) sur la caisse de l'assurance-maladie en Grèce, la loi n° 2961/1954 (JO A/197 25-8-1954) sur l'organisme public de l'emploi.

⁴⁶⁸ Ne peuvent cependant être qualifiés de services publics sociaux, les services publics de l'eau et de l'énergie dans la mesure où ils ne concernent qu'indirectement les prestations issues du principe de l'Etat social et que leur caractère public est faible. Voir *supra*, p. 113.

310. A partir du moment où l'une des prestations matérielles qui concrétisent le principe de l'Etat social est concernée, le *service public social* pourra être identifié comme tel par les juges, même à défaut de qualification législative préalable. En ce sens, les services publics sociaux ne sont pas simplement des services qui accomplissent une mission d'intérêt général appréciée d'une manière casuistique par le législateur. Leur détermination ne dépendra plus de la recherche d'indices au cas par cas par le juge administratif.

311. Un *renversement de l'ordre* a donc lieu dans la mesure où *l'intérêt général* est vu comme concept qui concrétise le sens d'une garantie constitutionnelle, précisément de celle issue du principe de l'Etat social. C'est enfin, dans la même perspective « inverse » qu'il convient d'aborder le *régime exorbitant* des services publics sociaux et de nous éloigner de sa prise en compte comme *élément constitutif* du service public. Il en va ainsi tant des privilèges que des devoirs relatifs aux services publics souvent conçus au regard des « principes du service public » qui sont désormais appréhendés en tant que *caractéristiques essentielles* du service public.

312. S'agissant d'une part, des *prérogatives* des services publics sociaux, les législateurs français et grec prévoient le *financement public* de leurs missions ou permettent des *monopoles au sens matériel*, desquels les personnes privées prestataires sont exclues. Il s'agit, dans ce dernier cas, de *missions* qui sont exclusivement réservées aux services publics sociaux comme, par exemple, celle d'octroyer des *grades et des titres universitaires* de l'enseignement supérieur ou de l'« obligation » pour les travailleurs de disposer d'une sécurité sociale (« monopole de la sécurité sociale »)⁴⁶⁹. Le maintien de ces privilèges est *justifié* dans la mesure où il se situe dans le prolongement de la reconnaissance de la nature sociale des missions à la charge de l'Administration selon la Constitution française et hellénique⁴⁷⁰.

313. Il est possible, d'autre part, de renverser également la vision classique des « principes de service public » ; soit *l'égalité*, la *continuité* et la *mutabilité* du service public. Ces principes sont traditionnellement vus par la doctrine comme des obligations spéciales qui pèsent sur tout *service public* en vertu de *l'intérêt général*⁴⁷¹. Etant initialement considérés en France comme

⁴⁶⁹ Voir *infra*, p. 343.

⁴⁷⁰ Si ces privilèges sont abrogés, les services publics sociaux ne seront pas supprimés mais leur maintien sera contesté d'une manière indirecte. Telle est la difficulté qui se présente aujourd'hui quant à l'application du principe de la concurrence aux services publics sociaux français et helléniques. Voir *infra*, p. 366 et s.

⁴⁷¹ Didier TRUCHET, « Unité et diversité des 'grands principes' du service public », *AJDA*, HS, 1997, p. 38. « Mais les trois principes ne reposent pas seulement sur ces considérations d'équité et de raison. Ils reflètent aussi une conviction collective très profondément enracinée en France, alors même que les faits l'ont amplement démentie : les services publics devraient échapper au marché ; le respect de principes aussi peu « économiques »

des *principes généraux du droit administratif*⁴⁷², les principes d'égalité⁴⁷³ et de continuité⁴⁷⁴ ont été plus tard admis dans les deux Etats étudiés en tant que *principes de valeur constitutionnelle*. À la suite de leur *constitutionnalisation*, les principes étaient envisagés comme les seules garanties de nature constitutionnelle dans l'exercice d'activités d'intérêt général.

314. Néanmoins, dans le cadre de la présente étude, ce n'est pas parce que les *services publics* répondent à ces obligations qu'est justifiée leur qualification d'activités de service public. Au contraire, c'est parce que leur création concrétise une mission spécifique énoncée par les normes constitutionnelles que les obligations d'égalité et de continuité des prestations doivent être respectées. De ce point de vue, ces dernières ne sont pas *constitutives* de leur mission spécifique, mais *conséquences* de son exercice. Ainsi, les obligations *d'égalité et de continuité* d'une prestation peuvent être respectées par les prestataires, même après la *suppression / privatisation* d'un service public social. Leur maintien ne signifie nullement le maintien du caractère public des structures chargées de l'octroi des droits sociaux⁴⁷⁵.

Conclusion du § 2 :

315. Les *services publics sociaux* sont les *structures publiques* en charge de fournir les prestations matérielles. Leur création concrétise le principe de l'Etat social. Le concept n'est cependant systématisé comme tel ni dans l'ordre juridique français ni dans l'ordre juridique hellénique, car il se heurte aux difficultés que pose la définition générale du service public. Lié à une *activité d'intérêt général* largement indéfinie, le service public reste lui-même un concept susceptible de définitions variables. Dans sa conception classique, il dépend de la qualification du législateur ou, à défaut, d'un faisceau d'indices mis en évidence par le juge administratif.

que ceux-là en seraient le meilleur témoignage et la meilleure garantie : les principes exprimeraient ainsi la « non-économité » des services publics et leur soustraction au souci de la rentabilité ».

⁴⁷² CE, 7 août 1909, n° 37917, *Winkelle* ; CE, 7 juillet 1950, n° 06145, *Dehaenne* ; CE, 28 juin 1918, n° 63412, *Heyriès*. Voir : Stéphane BRACONNIER, *Droit des services publics*, PUF, 2007, p. 299 ;

⁴⁷³ Le principe d'égalité devant le service public n'est qu'une concrétisation du principe supra-législatif d'égalité. Sur la valeur constitutionnelle du principe d'égalité, il n'existe aucun doute ni dans l'ordre juridique français ni dans l'ordre juridique hellénique. Voir *infra*, p. 200 et s.

⁴⁷⁴ En ce qui concerne la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle au principe de continuité du service public en France, voir la décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 du Conseil constitutionnel. En Grèce, cette reconnaissance (CdE, n° 817/1983, n° 472/1997) est fondée sur un fondement constitutionnel direct, l'article 23, par. 2, al. 2 selon lequel « Le droit de recourir à la grève est susceptible de restrictions concrètes, prévues par la loi qui le régit, en ce qui concerne les fonctionnaires publics, les agents des collectivités territoriales et des personnes morales de droit public ainsi que le personnel des entreprises de toute forme à caractère public ou d'utilité publique, dont le fonctionnement a une importance vitale pour la satisfaction des besoins essentiels du corps social ».

⁴⁷⁵ Voir *infra*, p. 369.

316. L'analyse réalisée propose un *renversement de cet ordre* et la définition de l'intérêt général à travers le recours aux fondements constitutionnels du service public. L'octroi de prestations matérielles, garanti par le principe social, se superpose à l'*intérêt général législatif* et lui donne un sens précis. Lorsqu'une mission sociale (enseignement, sécurité sociale, santé, emploi, logement) est exercée *directement ou indirectement* par l'Administration, il s'agira toujours d'un service public social. Dans cette perspective, si les services publics sociaux sont revêtus d'un *régime exorbitant*, impliquant des contraintes (égalité, continuité) et des prérogatives certaines (financement, monopole), il s'agira d'une *conséquence* de sa mission sociale. Leur élimination affaiblit, certes, le caractère public du service, toutefois leur présence ne signifie pas à elle seule qu'il s'agit d'un service public. Les seuls *éléments constitutifs* du service public sont le lien avec l'Etat (élément organique) et l'exercice d'une mission sociale (élément matériel), dont la suppression élimine les services publics sociaux.

Conclusion de la 2^e section :

317. Etudier l'accès des individus aux prestations matérielles sur le fondement de la *législation sociale* exige une double recherche parallèle : il convient, d'une part, d'examiner la consécration de *droits sociaux dérivés*, soit des droits législatifs d'accès aux prestations au bénéfice des individus ; il importe, d'autre part, d'analyser les *services publics sociaux*, c'est-à-dire les *structures objectives* par lesquelles l'Administration octroie des prestations aux individus. Tant les *droits sociaux dérivés* que les *services publics sociaux* sont créés par le législateur, mais ils disposent d'un *fondement constitutionnel* au regard du principe de l'Etat social. Ils constituent, dès lors, les deux aspects de *concrétisation* du principe de l'Etat social, à défaut desquels ce dernier ne serait qu'une norme constitutionnelle isolée au rang supérieur sans effets concrets sur les individus.

Conclusion du 1^{er} chapitre :

318. Nous avons pu exposer les *fondements spécifiques* du principe de l'Etat social consacrés par la Constitution française et hellénique : l'*objectif-fondement* du principe de l'Etat social et les *droits sociaux fondamentaux*. Les deux fondements sont *invocables* devant les juges de la constitutionnalité, caractère qui est la conséquence de leur *caractère obligatoire*. L'essentiel de leur étude porte sur l'analyse de leur différence quant au *sens* : les premiers consacrent des *habilitations destinées exclusivement aux organes de l'Etat* dont l'exercice conditionne la jouissance éventuelle de prestations par les individus ; les seconds impliquent des *permissions*

destinées aux individus qui se concrétisent éventuellement en droits sociaux *justiciables* devant les *juges de la légalité*.

319. Par ailleurs, la recherche d'une *justiciabilité* des fondements constitutionnels du principe de l'Etat social nous a paru être un « faux- problème », qui méconnaît la répartition constitutionnelle des compétences entre organes étatiques et, notamment, la *réserve de loi*. En France et en Grèce, celle-ci constitue une *limite intrinsèque* au principe social ; non un problème qu'il convient de résoudre afin de le rendre plus « efficace ». Pour cette raison, lorsqu'on examine la concrétisation positive du principe de l'Etat social, il n'y a pas lieu de rechercher comment contraindre le législateur à réaliser des *actions positives*, mais seulement d'approfondir un examen de la législation *déjà* existante. L'approfondissement de l'analyse sur la concrétisation législative du *principe social* permet de mesurer l'impact concret de ce dernier sur les individus. Son étude révèle des *droits sociaux subjectifs* ainsi que des *structures objectives* chargées de leur octroi en France et en Grèce. On constate ainsi que dans les deux ordres juridiques examinés, la loi garantit la *structure*, mais aussi la *substance* du principe de l'Etat social.

Il est à présent pertinent d'examiner les fondements conventionnels du principe de l'Etat social ainsi que leur impact sur le législateur national.

Chapitre 2

Les fondements conventionnels, axes indirects de l'État social

320. Ce deuxième chapitre vise à mettre en exergue les *fondements conventionnels spécifiques* du principe de l'État social ; soit les normes conventionnelles qui fondent la *création* et l'*aménagement* des prestations matérielles par le législateur⁴⁷⁶.

321. On sait que les normes conventionnelles en général n'habilitent ni ne contraignent *directement* le législateur national, mais que les juridictions internationales peuvent sanctionner les Etats sur leur fondement. On pourrait alors considérer que les normes sociales conventionnelles pourraient *indirectement* obliger le législateur français et grec à des *actions positives*. L'analyse qui suit vise à démontrer que tel n'est cependant pas le cas. La raison principale de ce postulat repose sur la manière dont le contrôle indirect du législateur est réalisé par les juges supranationaux en ce qui concerne notamment les *droits sociaux conventionnels*. Il s'agit d'un contrôle particulièrement *restreint* dont l'explication requiert de distinguer deux situations.

322. En premier lieu, d'une manière générale, l'application de *tous* les droits conventionnels s'appuie sur le principe selon lequel les Etats sont les entités principalement compétentes pour garantir leur respect. Cela signifie que les juges supranationaux n'interviennent que pour corriger leurs défaillances en établissant des principes communs aux Etats (« principe de subsidiarité »)⁴⁷⁷. Ainsi, leur rôle n'est pas de déterminer la production normative nationale mais d'établir des « standards » que les Etats doivent respecter au regard des droits conventionnels. La répartition des compétences ici décrite limite nécessairement le contrôle que les juges supranationaux exercent sur les droits conventionnels en général. Elle implique une *marge discrétionnaire* assez étendue quant à la censure d'une violation de droits.

323. En deuxième lieu, précisément en ce qui concerne les droits *sociaux* conventionnels dont le caractère obligatoire est dans la plupart des cas contesté, le contrôle des juges supranationaux est très faible. Dans le cadre de la présente étude, la question qui retiendra notre attention est

⁴⁷⁶ Voir *supra*, p. 85.

⁴⁷⁷ En réalité, il n'y a pas à ce jour de définition largement admise du principe en question. « Subsidaire » signifie ce qui s'applique d'une manière auxiliaire. On parle ainsi d'une *application subsidiaire* du droit supranational en matière de *droits fondamentaux*, dans la mesure où il s'applique lorsque ces derniers ne sont pas suffisamment respectés au sein des Etats. Lire not. Jean SALMON, Gilbert GUILLAUME, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 1056.

celle de la consécration de droits sociaux conventionnels qui s'énoncent comme des droits « secondaires » par rapport aux droits-libertés. En effet, la Convention européenne ne consacre pas de droits sociaux tandis que la Charte des droits fondamentaux de l'UE les consacre en tant que « principes » ayant une force contraignante contestée. L'objectif de l'analyse qui suit est de démontrer que la contestation de la force contraignante des droits sociaux conventionnels affaiblit davantage un contrôle qui est déjà « restreint » en raison du principe de subsidiarité. Il est alors question d'une combinaison de deux facteurs qui nous permettent de contester les fondements conventionnels du principe de l'Etat social. Dans cette perspective, il est difficile d'envisager une protection conventionnelle des droits sociaux qui « dépasse » le niveau national de protection en imposant des *obligations positives*.

324. Il est possible de se rapporter théoriquement soit aux conventions internationales consacrant des catalogues de droits sociaux fondamentaux, autrement dit aux « conventions internationales sociales », soit à « l'Union européenne sociale »⁴⁷⁸. Cependant, ni les conventions internationales *sociales* ni l'Union européenne *sociale* ne justifient pour le moment pleinement une telle qualification dans la mesure où aucune des deux n'a de véritable impact - même indirect - sur l'activité du législateur national en matière sociale. Dans le cadre du chapitre qui suit, on abordera par conséquent l'étude des normes sociales conventionnelles en considérant, premièrement, l'affirmation douteuse des conventions internationales sociales (Section 1), puis, deuxièmement, l'affirmation douteuse de l'Union européenne sociale (Section 2).

Section 1 - L'affirmation douteuse des conventions internationales sociales

325. En raison du caractère *décentralisé* de l'ordre juridique international⁴⁷⁹, il n'existe pas d'organes internationaux compétents pour octroyer des prestations matérielles aux individus. Afin qu'une convention internationale puisse être qualifiée de *sociale*, il suffit qu'elle fonde des *droits sociaux* sans qu'elle fonde également des objectifs-fondements.

326. L'identification des *conventions internationales sociales* appelle certaines précisions dans la mesure où en dehors de la Convention européenne, aucune autre convention ne correspond théoriquement à une telle qualification. La Convention européenne est la seule dont le caractère obligatoire n'est généralement pas contesté. Elle présente toutefois une difficulté :

⁴⁷⁸ Jean-Claude BARBIER, *La longue marche vers l'Europe sociale*, PUF, 2008. Gabriel GUERI, *Vivre l'Europe sociale*, Dunod, 1994, Eliane VOGEL-POLSKY, Jean VOGEL, Anne – Marie LIZIN, *L'Europe sociale : illusion, alibi où réalité*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1991.

⁴⁷⁹ Voir *intro*, p. 56, p. 57.

l'absence de droits sociaux en son sein. Ainsi, la Cour européenne énonce des droits sociaux « dérivés » dont le contrôle reste très limité en raison de l'absence de fondements directs ainsi que de l'existence d'une large marge d'appréciation accordée au législateur national. En ce sens, la Convention européenne n'est pas vraiment une *convention sociale*.

327. Il convient cependant de revenir sur les conventions internationales sociales dont la force contraignante est contestée afin d'expliquer cette dénégation. À la suite de la *ratification* d'une convention internationale consacrant des droits fondamentaux, leur violation peut être sanctionnée tant au niveau international qu'au niveau national. Afin qu'un contrôle au niveau international ait lieu, il est nécessaire qu'une juridiction garantisse le respect des énoncés de la convention. Il se peut alors qu'une juridiction internationale tienne le rôle d'*interprète authentique* de la convention et « guide » pour l'essentiel le contrôle réalisé par le juge interne sur les normes conventionnelles nationales⁴⁸⁰.

328. Son existence n'est cependant pas nécessaire pour exercer le contrôle interne qui peut avoir lieu indépendamment d'un contrôle supranational. Dans la mesure où la France et la Grèce sont des systèmes juridiques *monistes* disposant d'une disposition constitutionnelle qui intègre les traités internationaux dans leur structure juridique, les clauses contenues dans ces derniers ont une valeur normative supérieure à la *loi nationale*⁴⁸¹. Le contrôle interne des traités internationaux repose sur l'habilitation des juges à garantir le respect de toute norme supra-législative, y compris des *droits sociaux fondamentaux supranationaux internes*⁴⁸². De ce point de vue, le juge interne est lui-même *l'interprète authentique* des dispositions nationales issues de conventions internationales et peut agir d'une manière indépendante au contrôle externe.

329. Néanmoins, si cela est vrai au niveau théorique, en pratique l'absence de juridiction internationale chargée du contrôle d'une convention internationale entraîne également celle du contrôle au sein de l'ordre juridique interne⁴⁸³. Dans ce cas, le contrôle juridictionnel est inexistant et le caractère obligatoire de la convention internationale est *de facto* contesté. Pour

⁴⁸⁰ Jean-Felix DELILE, *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'Etat français*, Bruylant, 2016, p. 34, 35.

⁴⁸¹ Voir *intro*, p. 55.

⁴⁸² Otto PFERSMANN, in L. FAVOREU et *alii*, *Droits des libertés fondamentales*, *op.cit.*, p. 86-87.

⁴⁸³ En effet, « pour qu'une obligation débouche sur une application des normes posées par les *standards*, il faut qu'elles fassent l'objet d'une adhésion par le récepteur de ce standard » celui-ci étant le *juge interne*. Lire not. Laurence BURGORGUE LARSEN, « Les standards ; normes imposées ou consenties ? », Marthe FATIN, Rouge STEFANINI, Guy SCOFFONI, *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ? Actes du colloque*, Les cahiers de l'institut Louis Favoreu, n° 2, 2011, p. 15.

cette raison, l'existence d'un dispositif international de contrôle devient une condition indispensable à l'application d'une convention internationale dans l'ordre juridique interne.

330. A l'appui du constat précédent, il est possible de distinguer les *conventions internationales sociales*, qui sont dépourvues de contrôle international, de la Convention européenne qui est contrôlée par la Cour européenne. Il convient toutefois de préciser que pour les raisons mentionnées ci-dessus, aucune convention internationale ne répond pleinement à la qualification de sociale. Afin d'analyser plus en détail les difficultés posées par les conventions internationales sociales, il convient de distinguer les conventions internationales sociales dépourvues de contrôle au niveau international (1) de la Convention européenne dénuée d'un catalogue de droits sociaux (2).

§ 1 - Les conventions internationales sociales dépourvues de contrôle au niveau international

331. En ce qui concerne, les *droits* consacrés par les conventions internationales sociales dépourvues de contrôle au niveau international, la question de leur contrôle au niveau national nous semble être la plus importante. En distinguant un point de vue *externe* et un point de vue *interne*⁴⁸⁴, on abordera les raisons de la contestation de leur caractère obligatoire au sein des ordres juridiques nationaux. Il s'agit précisément de démontrer leur absence d'*invocabilité* devant les juges internes ou, autrement dit, leur absence d'« effet direct ». Ce dernier doit être compris en tant qu'habilitation des individus à saisir une juridiction sur le fondement d'une disposition supra-législative afin de demander le contrôle de la violation de celle-ci⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Voir Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité dans l'ordre juridique interne des normes internationales concernant la situation des personnes privées », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Nijhoff, vol. 356, 2012, p. 243. « Les personnes privées sont destinataires de droits subjectifs internationaux et nationaux de même substance. Il est donné effet au premier lorsque l'individu entend le voir appliqué à sa situation juridique dans l'ordre international, par exemple en sollicitant la condamnation par une juridiction internationale de l'Etat qui a violé ce droit. Il est donné effet au second lorsque l'individu entend le voir appliqué dans sa situation juridique dans l'ordre étatique, par exemple en sollicitant la condamnation par une juridiction nationale de l'Etat qui a violé ce droit ».

⁴⁸⁵ L'*effet direct* est entendu dans la présente étude de façon identique à l'*invocabilité d'un droit*, soit la permission donnée à un individu de saisir une juridiction. Voir *intro*, p. 56, p. 57. Lire, François AKANDIJI-KOMBE, « De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne », *Droit social*, n° 11-12, 2012, p. 1014. « Dans cet égard l'effet direct correspond bien à l'"invocabilité de substitution", tandis que "l'invocabilité d'exclusion" préside à un contrôle abstrait de la légalité de la disposition nationale de portée générale applicable au litige et conduit à la neutralisation de cette dernière sans pour autant que la norme internationale ou européenne de référence puisse s'y substituer ».

L'analyse des difficultés posées par les *conventions internationales sociales* implique donc d'analyser, d'une part, l'absence de juridiction internationale (A) et, d'autre part, le refus de la part des juges internes d'admettre leur effet direct (B).

A - L'absence de juridiction internationale

332. Il convient, tout d'abord, d'identifier les *conventions internationales sociales* dépourvues de contrôle (i), avant de présenter les *organes de vérification* qui leur sont liés (ii).

i - L'identification des conventions internationales sociales dépourvues de contrôle

333. La Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH), adoptée par l'ONU le 10 décembre 1948⁴⁸⁶, a pour la première fois au niveau international fait mention de garanties matérielles. Dépourvue toutefois de force contraignante, elle n'est pas invocable devant les juridictions internes⁴⁸⁷. Son examen permet seulement d'appréhender l'origine des normes qui structurent le contenu des *conventions internationales sociales*⁴⁸⁸.

334. Deux ensembles de conventions internationales sociales sont concernés par la présente analyse. Le premier ensemble prévoit des garanties relatives à des prestations matérielles pour *tous* les individus, sans déterminer précisément leurs destinataires. Cette catégorie comprend notamment les Conventions de l'Organisation Internationale du Travail (« Conventions OIT »), le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (« Pacte social »), ainsi que la Charte sociale européenne révisée (« Charte sociale »). Le deuxième ensemble intègre les différentes conventions élaborées sous l'égide de l'ONU, qui tendent précisément à la protection des individus au regard de caractéristiques spécifiques comme leur sexe, leur âge ou un handicap. Il s'agit notamment de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention de New-York sur les droits de l'enfant et la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Ces conventions ne règlent pas directement l'octroi de prestations matérielles en faveur de leurs destinataires, mais permettent

⁴⁸⁶ Voir surtout l'article 26, par. 1 sur le droit à l'éducation ; l'article 23, par. 1 : « Toute personne a droit au travail » ; l'article 23, al. 1 sur le droit à un niveau de vie suffisant et al. 2 sur la protection de la maternité et de l'enfance ; l'article 22 : « Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ».

⁴⁸⁷ Confirmation par le Conseil d'État avec l'arrêt CE, 23 novembre 1984, n° 60106 et autres, *Roujansky*. « Considérant que la seule publication faite au Journal officiel du 9 février 1949, du texte de la Déclaration universelle des droits de l'Homme ne permet pas de ranger cette dernière au nombre des textes diplomatiques qui, ayant été ratifiés et publiés en vertu d'une loi, ont aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, une autorité supérieure à celle de la loi interne ; qu'ainsi, les requérants ne sauraient utilement invoquer cette déclaration pour contester la régularité du scrutin ».

⁴⁸⁸ Jean-Manuel LARRALDE, « Lorsque René Cassin commentait la Déclaration universelle des droits de l'Homme ; à propos du cours publié dans le Recueil des cours de l'académie de droit international de 1951 », *CRDF*, n° 7, 2009, p. 23.

l'interdiction de *discriminations* à leur encontre. Il ne s'agit alors pas de fondements *spécifiques* du principe de l'Etat social, mais de fondements *complémentaires* de ceux qui feront l'objet d'une étude postérieure⁴⁸⁹. Nous étudierons ici seulement les *conventions internationales sociales*.

335. En ce qui concerne, premièrement, les *conventions de l'OIT*, elles consacrent pour l'essentiel des droits aux travailleurs⁴⁹⁰. Cependant, ces derniers étant exclus de notre étude⁴⁹¹, les conventions OIT ne nous intéressent qu'en ce qui concerne le *droit à la sécurité sociale*⁴⁹² et le *droit à l'emploi*⁴⁹³ qui sont souvent compris dans les catalogues des droits des travailleurs. Les seules qui entrent dans le champ de notre analyse sont précisément les Conventions de l'OIT⁴⁹⁴ qui ont été *signées et ratifiées* par la France et la Grèce. Deuxièmement, on s'intéressera au *Pacte social* adopté par l'Assemblée générale de l'ONU le 16 décembre 1966⁴⁹⁵. Entré en vigueur le 3 janvier 1976, cette convention a eu pour objet de consacrer une liste de droits sociaux en reprenant les déclarations comprises dans la Déclaration Universelle⁴⁹⁶. Le Pacte social consacre aussi le droit à la sécurité sociale⁴⁹⁷, le droit à l'aide

⁴⁸⁹ Tel est le cas également de certaines conventions internationales sociales de la première catégorie comme, par exemple, des Conventions signées par l'OIT en faveur des femmes et des personnes handicapées, auxquelles nous allons nous intéresser ultérieurement. Voir *infra* p. 204.

⁴⁹⁰ Il s'agit des conventions fondamentales de l'OIT qui fondent les règles internationales du droit du travail : Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 ; Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 ; Convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930 ; Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957 ; Convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973 ; Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999 ; Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951 ; Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958. Ces huit conventions sont complétées par diverses autres conventions signées par l'OIT qui ont un contenu plus spécifique.

⁴⁹¹ Voir *intro*, p. 19.

⁴⁹² Convention (n° 158) concernant l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale (entrée en vigueur le 25 avril 1964) ; Convention (n° 157) sur la conservation des droits en matière de sécurité sociale (entrée en vigueur le 11 septembre 1986).

⁴⁹³ Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958 ; Convention (n° 159) sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées (entrée en vigueur le 20 juin 1985) ; Convention (n° 2) sur le chômage, 1919 ; Convention concernant le chômage (entrée en vigueur le 14 juillet 1921).

⁴⁹⁴ Ainsi, selon les données du site officiel de l'OIT, la France a signé et ratifié 127 Conventions et 2 protocoles dont 80 sont en vigueur. La Grèce a signé et ratifié 71 conventions et 1 protocole, dont 51 sont en vigueur. Parmi les conventions qui nous intéressent ici, ont été ratifiées par les deux Etats, à titre indicatif : la Convention (n° 29) contre le chômage (France : 24 juin 1937, Grèce : 13 juin 1952) ; la Convention (n° 88) sur le service de l'emploi (France : 15 octobre 1955, Grèce : 16 juin 1952), la Convention (n° 122) sur la politique de l'emploi de 1964 (France : 5 août 1971, Grèce : 7 mai 1984) ; Convention (n° 17) sur la réparation des accidents du travail de 1925 (France : 17 mai 1948, Grèce : 13 juin 1952).

⁴⁹⁵ Résolution 2200 A (XXI), adoptée sur les rapports de la Troisième Commission, 16 décembre 1966, p. 51.

⁴⁹⁶ Ceci ressort clairement de son Préambule qui réaffirme le principe d'indivisibilité des droits fondamentaux en « reconnaissant que, conformément à la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels, aussi bien que de ses droits civils et politiques, sont créées ».

⁴⁹⁷ Article 9 : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales ».

sociale⁴⁹⁸, le droit au travail⁴⁹⁹, le droit à la santé⁵⁰⁰, le droit à l'éducation⁵⁰¹, le droit au logement et le « droit à un niveau de vie suffisant »⁵⁰². A l'exception du dernier qui renvoie à un concept jusqu'ici inédit⁵⁰³, le reste des droits énoncés correspondent aux concepts déjà examinés à l'occasion de notre étude des droits sociaux constitutionnels. Il convient dès lors de les entendre dans un sens identique⁵⁰⁴. Le *Pacte social* a quant à lui été ratifié par la France le 4 novembre 1980⁵⁰⁵ et par la Grèce le 16 mai 1985⁵⁰⁶. Il intègre donc l'ordre juridique de ces deux Etats.

336. Troisièmement, on retiendra comme fondement conventionnel du principe social la *Charte sociale* qui a été adoptée par le Conseil de l'Europe en 1996, remplaçant la version initiale adoptée en 1961⁵⁰⁷. Signée par les deux pays examinés en 1996, elle n'a été ratifiée par la Grèce

⁴⁹⁸ Article 10 : « 1. Une protection et une assistance aussi larges que possible doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge. Le mariage doit être librement consenti par les futurs époux. 2. Une protection spéciale doit être accordée aux mères pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants. Les mères salariées doivent bénéficier, pendant cette même période, d'un congé payé ou d'un congé accompagné de prestations de sécurité sociale adéquates. 3. Des mesures spéciales de protection et d'assistance doivent être prises en faveur de tous les enfants et adolescents, sans discrimination aucune pour des raisons de filiation ou autres. Les enfants et adolescents doivent être protégés contre l'exploitation économique et sociale. Le fait de les employer à des travaux de nature à compromettre leur moralité ou leur santé, à mettre leur vie en danger ou à nuire à leur développement normal doit être sanctionné par la loi. Les Etats doivent aussi fixer des limites d'âge au-dessous desquelles l'emploi salarié de la main-d'œuvre enfantine sera interdit et sanctionné par la loi ».

⁴⁹⁹ Article 6 : « 1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit. 2. Les mesures que chacun des Etats parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales ».

⁵⁰⁰ Article 12 : « 1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ».

⁵⁰¹ Article 13 : « 1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation. Ils conviennent que l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité et renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ils conviennent en outre que l'éducation doit mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans une société libre, favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux et encourager le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix ».

⁵⁰² Article 11 : « 1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. Les Etats parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie ».

⁵⁰³ Voir *infra*, p. 246 et s.

⁵⁰⁴ Voir *supra*, p. 99 et s.

⁵⁰⁵ Loi n° 80-461, JORF n° 148 du 26 juin 1980, p. 1569.

⁵⁰⁶ Loi n° 1532/1985, JO A/25/25-3-1985.

⁵⁰⁷ Une version initiale a été signée à Turin le 18 octobre 1961, afin de garantir la jouissance sans discrimination des droits de l'Homme économiques et sociaux fondamentaux, fixés dans le cadre d'une politique sociale que les Parties s'engagent à poursuivre par tous les moyens. La Charte de 1961 garantit la jouissance sans discrimination des droits de l'Homme économiques et sociaux fondamentaux, fixés dans le cadre d'une politique sociale que les Parties s'engagent à poursuivre par tous les moyens (Partie I). Parmi les droits garantis par la Charte, sont considérés comme les plus importants le droit au travail, le droit à s'organiser, le droit de négociation collective, le droit à la sécurité sociale, le droit à l'assistance sociale et médicale, le droit de la famille à une protection sociale,

que récemment, le 18 mars 2016⁵⁰⁸. En revanche, la France l'avait ratifiée dès le 7 mai de 1999⁵⁰⁹. La Charte sociale européenne consacre le droit au travail⁵¹⁰, le droit à la sécurité sociale⁵¹¹, le droit à la santé⁵¹², le droit à la protection sociale⁵¹³ et le droit au logement⁵¹⁴. Tous ces droits sociaux seront retenus comme droits issus de la Charte sociale, contrairement au droit à l'enseignement qui n'y est pas consacré⁵¹⁵. Ce dernier est reconnu au niveau européen par la *Convention européenne* alors que la Charte sociale se limite à énoncer le droit à la formation professionnelle⁵¹⁶.

juridique et économique, le droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance (Partie II).

⁵⁰⁸ Loi n° 4359/2016 (JO 5/A/20-1-201).

⁵⁰⁹ Loi n° 99-174 du 10 mars 1999 autorisant l'approbation de la Charte sociale européenne (révisée) (JORF n° 59 du 11 mars 1999, p. 3631)

⁵¹⁰ Article 1 : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties s'engagent : 1. à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien au niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation, du plein emploi ; 2. à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ; 3. à établir ou à maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs ; 4. à assurer ou à favoriser une orientation, une formation et une réadaptation professionnelles appropriées ».

⁵¹¹ Article 12 : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la sécurité sociale, les Parties s'engagent : 1. à établir ou à maintenir un régime de sécurité sociale ; 2. à maintenir le régime de sécurité sociale à un niveau satisfaisant, au moins égal à celui nécessaire pour la ratification du Code européen de sécurité sociale ; 3. à s'efforcer de porter progressivement le régime de sécurité sociale à un niveau plus haut ».

⁵¹² Article 11 : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection de la santé, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques et privées, des mesures appropriées tendant notamment : 1 à éliminer, dans la mesure du possible, les causes d'une santé déficiente ; 2 à prévoir des services de consultation et d'éducation pour ce qui concerne l'amélioration de la santé et le développement du sens de la responsabilité individuelle en matière de santé ; 3. à prévenir, dans la mesure du possible, les maladies épidémiques, endémiques et autres, ainsi que les accidents ».

⁵¹³ Article 13 : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'assistance sociale et médicale, les Parties s'engagent : 1 à veiller à ce que toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes et qui n'est pas en mesure de se procurer celles-ci par ses propres moyens ou de les recevoir d'une autre source, notamment par des prestations résultant d'un régime de sécurité sociale, puisse obtenir une assistance appropriée et, en cas de maladie, les soins nécessaires par son état ; 2 à veiller à ce que les personnes bénéficiant d'une telle assistance ne souffrent pas, pour cette raison, d'une diminution de leurs droits politiques ou sociaux ; 3 à prévoir que chacun puisse obtenir, par des services compétents de caractère public ou privé, tous conseils et toute aide personnelle nécessaires pour prévenir, abolir ou alléger l'état de besoin d'ordre personnel et d'ordre familial ; 4. à appliquer les dispositions visées aux paragraphes 1, 2 et 3 du présent article, sur un pied d'égalité avec leurs nationaux, aux ressortissants des autres Parties se trouvant légalement sur leur territoire, conformément aux obligations qu'elles assument en vertu de la Convention européenne d'assistance sociale et médicale, signée à Paris le 11 décembre 1953 ».

Article 30 : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, les Parties s'engagent : a à prendre des mesures dans le cadre d'une approche globale et coordonnée pour promouvoir l'accès effectif notamment à l'emploi, au logement, à la formation, à l'enseignement, à la culture, à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant ou risquant de se trouver en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté, et de leur famille ; b à réexaminer ces mesures en vue de leur adaptation si nécessaire ».

⁵¹⁴ Article 31 : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au logement, les Parties s'engagent à prendre des mesures destinées : 1 à favoriser l'accès au logement d'un niveau suffisant ; 2 à prévenir et à réduire l'état de sans-abri en vue de son élimination progressive ; 3 à rendre le coût du logement accessible aux personnes qui ne disposent pas de ressources suffisantes ».

⁵¹⁵ Comme celui-ci se trouve consacré par la Convention européenne, voir *infra*, p. 151.

⁵¹⁶ Article 10 : « Droit à la formation professionnelle. En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la formation professionnelle, les Parties s'engagent : 1 à assurer ou à favoriser, en tant que de besoin, la formation technique et professionnelle de toutes les personnes, y compris celles qui sont handicapées, en consultation avec les organisations professionnelles d'employeurs et de travailleurs, et à accorder des moyens permettant l'accès à l'enseignement technique supérieur et à l'enseignement universitaire d'après le seul critère de l'aptitude individuelle

337. Pour une grande partie des auteurs français et grecs⁵¹⁷, la Charte sociale est envisagée comme le « complément » de la Convention européenne qui est dépourvue d'un catalogue de droits sociaux fondamentaux. Il s'agit cependant de deux conventions internationales distinctes l'une de l'autre et seule la seconde prévoit une juridiction en charge de son contrôle. De plus, dans la mesure où la Convention européenne fonde elle-même des droits sociaux indépendamment de la *Charte sociale*⁵¹⁸, la « complémentarité » des deux conventions doit être relativisée. Par ailleurs, dans le cadre du Conseil de l'Europe, un *Code de la sécurité sociale* a été signé en 1964 avant d'être introduit dans les ordres juridiques français et hellénique⁵¹⁹.

338. Enfin, relevons que la Charte sociale est caractérisée par une originalité : elle consacre parmi ses dispositions les « services sociaux »⁵²⁰. Ce concept doit être *a priori* entendu en rapport avec l'analyse auparavant réalisée sur les *services publics sociaux* dans le cadre national. De ce point de vue, la Charte sociale consacre les services sociaux comme structures permettant l'accès à des prestations⁵²¹. Pour autant, on peut se demander dans quelle mesure sa consécration dans un catalogue de droits sociaux est pertinente. En France et en Grèce, les services publics sociaux sont conçus comme le moyen permettant l'accès aux droits sociaux, mais n'impliquent pas eux-mêmes un *droit social spécifique*. Enoncer un *droit d'accès aux services sociaux* laisse entendre une différence de sens avec les dispositions nationales

; 2 à assurer ou à favoriser un système d'apprentissage et d'autres systèmes de formation des jeunes garçons et filles, dans leurs divers emplois ; 3 à assurer ou à favoriser, en tant que de besoin : a des mesures appropriées et facilement accessibles en vue de la formation des travailleurs adultes ; b des mesures spéciales en vue de la rééducation professionnelle des travailleurs adultes, rendue nécessaire par l'évolution technique ou par une orientation nouvelle du marché du travail ; 4 à assurer ou à favoriser, en tant que de besoin, des mesures particulières de recyclage et de réinsertion des chômeurs de longue durée ; 5 à encourager la pleine utilisation des moyens prévus par des dispositions appropriées telles que : a la réduction ou l'abolition de tous droits et charges ; b l'octroi d'une assistance financière dans les cas appropriés ; c l'inclusion dans les heures normales de travail du temps consacré aux cours supplémentaires de formation suivis pendant l'emploi par le travailleur à la demande de son employeur ; d la garantie, au moyen d'un contrôle approprié, en consultation avec les organisations professionnelles d'employeurs et de travailleurs, de l'efficacité du système d'apprentissage et de tout autre système de formation pour jeunes travailleurs, et, d'une manière générale, de la protection adéquate des jeunes travailleurs ».

⁵¹⁷ Silvana SCIARRA, « De Strasbourg à Amsterdam : Perspectives de convergence de la politique européenne des droits sociaux », in *L'Union européenne et les droits de l'homme*, sous la direction de Philippe ASTON, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 498. Pour les auteurs grecs, voir : Stelios PERRAKIS, *Dimensions de la protection internationale des droits de l'homme*, Ant. N. Sakkoula, 2009, p. 206 (en grec).

⁵¹⁸ Voir *infra*, p. 151.

⁵¹⁹ Le Code européen de sécurité sociale, élaboré en 1964 dans le cadre du Conseil de l'Europe, est entré en vigueur le 17 mars 1968, puis a été ratifié par la France le 17 février 1986 et par la Grèce le 9 juin 1981. L'objectif du Code est de stimuler le développement de la sécurité sociale dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, afin qu'ils puissent atteindre graduellement le niveau le plus élevé possible. Le Code fixe une série de normes que les Parties s'engagent à inclure dans leur système de sécurité sociale.

⁵²⁰ Article 14 : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à bénéficier des services sociaux, les Parties s'engagent : 1 à encourager ou organiser les services utilisant les méthodes propres au service social et qui contribuent au bien-être et au développement des individus et des groupes dans la communauté ainsi qu'à leur adaptation au milieu social ».

⁵²¹ Selon la définition des services publics sociaux retenue *supra* p. 74, p. 115 et s.

consacrant les *services publics sociaux* qui fera ultérieurement l'objet d'un examen approfondi relatif aux privatisations⁵²². Il convient, ensuite, de se focaliser sur l'office des organes internationaux qui, bien qu'ils ne contrôlent pas les conventions internationales sociales, sont en charge de leur *vérification*.

ii - Les organes de vérification des conventions internationales sociales

339. Les conventions sociales internationales ne sont contrôlées par aucune juridiction internationale. Certes, à certaines occasions, les juges de la Cour européenne les intègrent parmi leurs normes de référence, mais d'une manière auxiliaire à la Convention européenne. Le phénomène, connu sous le nom de « synergie des normes internationales », ne peut être considéré comme équivalent à un véritable contrôle au niveau international⁵²³. Il n'existe toujours pas de juridiction internationale dont la tâche principale soit de sanctionner les Etats qui violeraient les conventions internationales sociales. Le seul contrôle qui a lieu aujourd'hui est simplement un contrôle accessoire à celui des normes de la Convention européenne et il ne peut à lui seul conduire à une sanction. Ainsi, le respect des obligations issues des conventions internationales sociales des Etats signataires ne peut être exigé d'une manière spécifique devant la Cour européenne.

340. A défaut de contrôle des droits sociaux conventionnels, des *mécanismes non juridictionnels* ont néanmoins été établis au niveau international pour garantir leur respect par les Etats signataires et dès lors, leur efficacité minimale. Il ne s'agit pas d'organes de *contrôle* mais d'organes de *vérification* de leur application, composés d'experts indépendants dépourvus de pouvoir de contrainte. A l'opposé d'une partie de la doctrine qui tend à les appréhender comme des « quasi-juridictions »⁵²⁴, il convient ici de les concevoir comme des organes simplement chargés d'*interpréter* les énoncés des droits sociaux conventionnels. Ils contribuent

⁵²² Voir *infra*, p. 369.

⁵²³ Il convient, toutefois, de constater que la Cour européenne n'hésite pas à contrôler ces conventions, comme la référence à la décision Cour EDH, 12 novembre 2008, n° 34503/97, *Demir et Baykara contre Turquie* du 12 novembre 2008 le démontre. Dans le cadre de cette affaire, la Cour européenne contrôle non seulement l'application de la Convention européenne, mais également de la Convention de l'OIT n° 87 sur la liberté syndicale, la Charte sociale européenne révisée, ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce phénomène, qui dépasse le sujet de notre étude, a été décrit par les auteurs en tant que « synergie des normes internationales ». Voir à ce propos : Jean-Pierre MARGUENAUD, Jean MOULY, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », *Revue Dalloz*, n° 11, 2009, p. 739. Gérard GONZALES, « Synergie de la Charte sociale et de la Convention européenne en matière de droit au logement : le point de vue strabique de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDSS*, n° 2, 2015, p. 269.

⁵²⁴ Sophie GROBSON, « Les ruptures du droit international » in Diane ROMAIN, *Droits des pauvres, pauvres droits ? op.cit.*, p. 45. Concernant la Charte sociale européenne révisée, voir également Jean-Pierre MARGUENAUD, Jean MOULY, « Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu », *RDP*, n° 3, 2011, p. 685.

notamment à *clarifier le sens* des dispositions sociales conventionnelles afin que le juge interne s'appuie éventuellement sur ces dernières pour contrôler leur application au sein de l'ordre national. L'intervention de ces *comités d'experts* permet de comparer les significations des *droits sociaux conventionnels* avec celles des *droits sociaux constitutionnels* et « facilite » ainsi la tâche des juridictions nationales qui contrôlent les droits sociaux conventionnels nationaux.

341. S'agissant des *conventions de l'OIT*, leur respect est vérifié par un mécanisme non juridictionnel qui repose, en premier lieu, sur la présentation par les États de rapports relatifs à la concrétisation des conventions ratifiées. Ces rapports font l'objet d'un examen annuel par une Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations. Le dispositif de vérification repose, en second lieu, sur trois procédures spécifiques de « recours » par le biais desquelles les États signataires peuvent formuler des plaintes à l'encontre de leurs pairs lorsqu'ils estiment qu'ils n'assurent pas l'application d'une convention de l'Organisation. Dans ce cas, deux organes de l'OIT procèdent à l'examen des rapports envoyés par les États signataires concernant l'application des conventions : la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations ainsi que la Commission de l'application des normes de la Conférence internationale du travail⁵²⁵.

342. En ce qui concerne le *Pacte social*, il dispose d'un mécanisme similaire d'*interprétation* de ses énoncés qui permet d'en saisir le sens. Son interprétation a pu être facilitée à la suite de l'adoption par l'ONU du *Protocole facultatif* du 10 décembre 2008 qui, entré en vigueur en 2013, a ouvert un droit de former un « recours » au niveau international pour les victimes de violations des droits sociaux consacrés par le Pacte social (PIDESC). Après la ratification du Protocole⁵²⁶, des individus ou groupes d'individus ont pu saisir l'organe de vérification, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (« Comité DESC »), en alléguant une violation du Pacte social par un État.

343. Il est possible de reconnaître la contribution du Comité DESC quant à la « sensibilisation » des États signataires en matière sociale, notamment à travers ses recommandations relatives

⁵²⁵ Rapport 2013 (Conférence Internationale du Travail, 102^e session, juin 2013), Grèce, p. 748. Concernant, par exemple, la crise financière hellénique, la Commission d'experts pour le contrôle des conventions et recommandations de l'OIT (CEACR) a déclaré, dans un rapport de la Convention OIT n° 95 sur la protection du salaire, être « gravement préoccupée par l'effet cumulatif » que les mesures (réduction du salaire minimum, coupes budgétaires, etc.) « ont sur les revenus et le niveau de vie des travailleurs ainsi que sur le respect des normes du travail relatives à la protection du salaire ».

⁵²⁶ Le Protocole facultatif a été ratifié par la France le 18 mars 2015, contrairement à la Grèce qui ne l'a pas ratifié à ce jour. Loi n° 2014-1352 du 13 novembre 2014 autorisant la ratification du protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (JORF n° 0263 du 14 novembre 2014, p. 19162).

aux mesures provisoires⁵²⁷. L'adoption du Protocole facultatif a aussi augmenté les occasions pour le Comité DESC de clarifier le sens des droits sociaux consacrés, sans permettre la sanction des Etats signataires pour des violations. Il s'agit, par conséquent, d'une évolution qui suscite l'intérêt sur le plan international, mais dont la réalité ne se rapproche nullement d'une *justiciabilité* du Pacte social⁵²⁸. Les Etats signataires du Pacte social sont en effet seulement tenus d'examiner les recommandations du Comité DESC et de l'informer des suites qu'ils y ont données. Par ailleurs, la plupart des Etats qui ont ratifié le Pacte facultatif, y compris la France, ont refusé de procéder aux déclarations d'acceptation des procédures d'enquête et de communications interétatiques, limitant ainsi davantage l'effet de la convention⁵²⁹.

344. Enfin, à l'instar des conventions sociales précitées, le respect de la *Charte sociale* est en principe garanti par un organe de vérification : le Comité européen des droits sociaux (« Comité EDS »). Le Comité EDS n'est pas une juridiction ; il est composé d'experts indépendants élus par le Comité des ministres et qui n'ont pas la qualité de juges. La convention en question s'accompagne également d'un dispositif original de vérification de son application en vertu du Protocole additionnel de 1995, qui a été signé et ratifié par la France et la Grèce⁵³⁰. Le Protocole, entré en vigueur en 1998, a institué un nouveau mécanisme, une procédure de réclamation collective, qui a permis aux syndicats internationaux et nationaux, ainsi qu'aux organisations internationales et nationales non gouvernementales, de porter plainte à l'encontre d'un Etat signataire au motif d'une violation de la Charte sociale⁵³¹.

345. A cet égard, il convient de relever l'œuvre d'interprétation du Comité EDS, surtout s'agissant des violations du droit au logement⁵³². Le Comité EDS a souligné, par exemple, que la fourniture temporaire d'un hébergement n'est pas tenue pour une solution adéquate en termes

⁵²⁷ Voir, par exemple, l'observation n° 4 (1991) E/C.12/1991/4 p. 121 sur le droit au logement.

⁵²⁸ *Contra* Camilo CASTELANO, Sophie BERCHE, *Les droits économiques, sociaux et culturels. Exigences de la société civile, responsabilité de l'Etat*, in *Halte à la mondialisation de la pauvreté : reconnaître les droits économiques, sociaux et culturels pour tous*, éd. Karthala, Terre des Hommes, 1998, p. 22.

⁵²⁹ Voir en ce sens Sophie GROBSON, « Ratification française du Protocole Facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : ce qui avait de l'importance, ce qui n'en avait pas », *Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 08 décembre 2014, consultable sur le site journals.openedition.org.

⁵³⁰ Protocole additionnel sur la procédure de réclamations collectives de 1995 ratifié par la France le 7 mai 1999 par la loi n° 173 du 10 mars 1999 autorisant l'approbation du Protocole additionnel à la charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives (JORF n°0059 du 11 mars 1999, p. 3631). Il a été ratifié par la Grèce le 18 juin 1998 par la loi n° 2595/98 (JO A/63/24-3-1998).

⁵³¹ Francis KESSLER, « L'Europe sociale oubliée : l'activité du Conseil de l'Europe dans le domaine de la protection sociale », *RDSS*, n° 2, 2007, p. 197.

⁵³² François AKANDIJI-KOMBE, « L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives », *Droit social*, n° 9-10, 2000, p. 888. Caroline BOYER-CAPELLE, « La construction jurisprudentielle du droit au logement par le Comité européen des droits sociaux », *RDSS*, n° 2, 2015, p. 250, « La quête d'effectivité européenne du droit au logement », *RDSS*, n° 2, 2015, p. 207.

d'accès au logement⁵³³. Le Comité EDS a par ailleurs critiqué la politique du logement en France⁵³⁴ et en Grèce⁵³⁵ à plusieurs reprises, s'agissant notamment de l'exclusion des Roms. La doctrine⁵³⁶ prend note de ce nouveau rôle du Comité EDS qui, en vertu de ce mécanisme, peut effectivement *constater* une violation des droits consacrés par la Charte sociale. Dans la mesure toutefois où il ne pourra aller jusqu'à *sanctionner* les transgressions, il convient de nuancer son rôle et de l'appréhender seulement comme un moyen de *préciser* le sens de la Charte sociale⁵³⁷.

346. Dès lors, la *ratification* des conventions sociales par la France et la Grèce a pour seule conséquence au niveau international que les organes de vérification qui sont attachés à celles-ci peuvent en *constater* une violation de leur part. Ainsi, en clarifiant le sens des obligations conventionnelles, les organes de vérification préparent le terrain pour les *juges internes* dont le contrôle est cependant neutralisé par leur refus de reconnaître un *effet direct* aux droits sociaux conventionnels.

B - Le refus des juges internes de reconnaître un effet direct aux droits sociaux conventionnels

347. Il convient, en premier lieu, de noter l'absence d'*effet direct* des droits sociaux conventionnels en France et en Grèce (i), avant d'émettre quelques critiques à l'égard de ce refus de le reconnaître de la part des juges internes (ii).

i - L'absence d'effet direct des droits sociaux conventionnels en France et en Grèce

348. À la suite de leur *ratification*, les conventions internationales sociales fondent des droits sociaux de valeur supra-législative au sein des ordres juridiques français et hellénique. Cependant, aucun effet concret ne peut être tiré des conventions sociales au bénéfice des individus si leur *invocabilité* est refusée par les juges internes.

⁵³³ Comité EDS, 7 décembre 2005, *CEDR contre Italie*, réclamation n° 27/2004, § 35 ; Comité EDS, 6 décembre 2006, *CEDR contre Bulgarie*, réclamation n° 31/2005, § 34 ; Comité EDS, 5 décembre 2007, *FEANTSA contre France*, réclamation n° 39/2006, § 76 ; Comité EDS, 20 octobre 2009, *DEI contre Pays-Bas*, réclamation n° 47/2008, § 43.

⁵³⁴ Comité EDS, 28 juin 2011, *COHRE contre France*, réclamation n° 63/2010 ; Comité EDS, 5 décembre 2007, *Mouvement International ATD Quart-Monde contre France*, réclamation n° 33/2006 ; Comité EDS, *Fédération des Associations Nationales de Travail avec les sans-abris (FEANTSA) contre France*, réclamation n° 39/2006.

⁵³⁵ Comité EDS, 18 décembre 2004, *Centre Européen des Droits des Roms (CEDR) contre Grèce*, réclamation n° 15/2003.

⁵³⁶ Jean-Maurice VERDIER, « Les droits économiques et sociaux : relance au Conseil de l'Europe ? », *Droit social*, n° 4, 1992, p. 415.

⁵³⁷ Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, 2012, p. 238.

349. Un bilan de la jurisprudence française et hellénique témoigne de ce que certaines juridictions civiles admettent parfois *l'effet direct* des conventions précitées, alors que les juridictions administratives, dans la plupart de cas, le refusent. La différence entre les juridictions civiles et les juridictions administratives en la matière s'explique par le fait que les premières sont plus souvent amenées à contrôler les *droits des travailleurs* qui sont également compris dans les *conventions sociales* et dont l'invocabilité n'est généralement pas contestée.

350. En effet, la Cour de cassation française a admis l'invocabilité de la Convention OIT n° 158⁵³⁸ à l'occasion de l'examen du contrat « nouvelle embauche »⁵³⁹, ainsi que l'invocabilité de l'article 6 alinéa 1 du PIDESC consacrant le droit au travail⁵⁴⁰. En outre, elle a accepté *l'effet direct* de certaines stipulations de la Charte sociale européenne⁵⁴¹. Pour sa part, la Cour de cassation hellénique a également contrôlé la Convention internationale n° 154 de l'OIT à propos des négociations collectives⁵⁴². Or, dans la mesure où les juridictions civiles se limitent à reconnaître seulement *l'effet direct* de certains droits des travailleurs, sans le faire également pour les *droits sociaux au sens strict*, le problème du refus d'invocabilité des conventions sociales persiste.

351. La difficulté se manifeste davantage lors de l'étude de la jurisprudence administrative française et hellénique. En France, le Conseil d'Etat a dans le passé refusé l'invocabilité tant du *Pacte social*⁵⁴³ que de la *Charte sociale*⁵⁴⁴. Or, à l'occasion d'un arrêt plus récent relatif aux droits des travailleurs⁵⁴⁵, il a été soutenu par les auteurs que la haute juridiction administrative avait procédé à un revirement jurisprudentiel en matière d'invocabilité des conventions sociales⁵⁴⁶. Néanmoins, le Conseil d'Etat français a ensuite de nouveau écarté *l'effet direct* de

⁵³⁸ Convention (n° 158) sur le licenciement ; Convention (n° 198) concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur (entrée en vigueur le 23 novembre 1985 ; ratifiée par la France le 16 mars 1989).

⁵³⁹ Cour de Cassation, 1^{er} juillet 2008, n° 1210. La Cour de la Cassation a censuré la loi « nouvelle embauche », alors que le Conseil Constitutionnel avait validé ce dispositif dans la décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006.

⁵⁴⁰ Cour de Cassation, 16 décembre 2008, n° 05-40876.

⁵⁴¹ Par exemple, les articles 5 (droit syndical) et 6 (droit à la négociation collective) de la Charte sociale révisée ont été invoqués dans des arrêts de la Cour de Cassation ; par exemple le 14 avril 2010, n° 09-60426 et 09-60429.

⁵⁴² Arrêt de la Cour de Cassation hellénique, n° 25/2004 qui invoque la Convention n° 154 de l'OIT sur la négociation collective de 1981 ; ratifiée par la Grèce le 17 septembre 1996.

⁵⁴³ CE, 5 mars 1999, n° 194658, n° 196116, *Rouquette*.

⁵⁴⁴ CE, 20 avril 1984, n° 37772, n° 37774, *Min. Budget contre Valleton*. CE, 15 mai 1995, n° 152417, *Raut*.

⁵⁴⁵ CE, 10 février 2014, n° 358992, *M.B.* Lire à ce propos Jean MOULY, « L'article 24 de la Charte sociale européenne sur le droit des salariés à ne pas être licencié sans motif valable est d'effet direct », *Droit social*, 2014, p. 474.

⁵⁴⁶ Carole NIVARD, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », *RDLF*, Chronique n° 28, 2012, consultable sur le site revuedlf.com. Diane ROMAIN, « Le juge et les droits sociaux : vers un renforcement de la justiciabilité des droits sociaux ? », *RDSS*, n° 5, 2010, p. 793.

la Charte sociale européenne⁵⁴⁷, une démarche qui limite sa reconnaissance précédente exclusivement aux droits des travailleurs.

352. S'agissant de la Grèce, à notre connaissance, aucun arrêt du contentieux administratif ne se réfère au *Pacte social*. Etant donné que la *Charte sociale* n'a que très récemment été ratifiée par cet Etat, il n'est en effet pas encore possible de déterminer comment elle est effectivement accueillie par les juridictions helléniques. Notons que dans le passé, l'invocabilité de la Charte sociale européenne de 1961 a été admise par le Conseil d'Etat hellénique à propos de l'interdiction du travail forcé⁵⁴⁸. C'était, toutefois, encore une fois en matière de droits des travailleurs que la convention sociale en question avait été jugée invocable.

353. En conséquence, il s'avère qu'en l'état actuel de leur jurisprudence, les juridictions françaises et helléniques admettent *l'effet direct* des conventions sociales dans des cas limités liés aux droits des travailleurs. Ce constat présuppose donc pour le juge d'examiner *au cas par cas* la considération d'un *effet direct* en fonction de la disposition en cause⁵⁴⁹. Il est ainsi généralement admis que le juge national est habilité à refuser *l'effet direct* des conventions internationales sociales. Nous démontrerons que tel n'est pas le cas.

ii - Un point de vue critique sur le refus des juges internes de reconnaître l'effet direct

354. La conception selon laquelle le refus de reconnaître *l'effet direct* des dispositions conventionnelles est un choix possible pour le juge interne se heurte à la signification de leur *ratification*. En droit international, le caractère obligatoire des traités résulte du principe *pacta sunt servanda*, c'est-à-dire de l'accord entre Etats de s'engager⁵⁵⁰. En ce sens, le refus des juges internes d'admettre *l'effet direct* des conventions sociales va à l'encontre de la prééminence reconnue en droit international à la « volonté » des Etats de se lier, telle qu'elle s'exprime à

⁵⁴⁷ CE, 4 juillet 2012, n° 341533, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes (CFPSAA)*. « Considérant que l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée, signée à Strasbourg le 3 mai 1996, les États signataires s'engagent "à prendre les mesures nécessaires pour fournir aux personnes handicapées une orientation, une éducation et une formation professionnelle dans le cadre du droit commun chaque fois que possible", "à favoriser leur accès à l'emploi par toute mesure susceptible d'encourager les employeurs à embaucher et à maintenir en activité des personnes handicapées" et "à favoriser leur pleine intégration et participation à la vie sociale, notamment par des mesures (...) visant à surmonter des obstacles à la communication et à la mobilité" ».

⁵⁴⁸ Le Conseil d'Etat, dans son arrêt n° 1571/ 2010, a contrôlé la validité de l'interdiction faite à un militaire de démissionner au regard de la Charte sociale européenne de 1961, précisément de son interdiction du travail forcé, afin de conclure au rejet de sa demande. La Grèce a été récemment condamnée par la Cour européenne à ce propos dans le cadre de l'affaire Cour EDH, 15 septembre 2016, n° 66899/14, *Papavasilakis contre Grèce*.

⁵⁴⁹ CE, 8 mars 1985, n° 64106, *Garcia Henriquez*. L'applicabilité directe n'est donc pas attribuée ou refusée par le juge administratif pour l'ensemble d'une convention.

⁵⁵⁰ Denis ALLAND, *Manuel de droit international public*, PUF, 2017, p. 144.

travers la signature et la ratification des conventions concernées⁵⁵¹. Du point de vue de notre analyse, le rang supra-législatif dont disposent les conventions sociales nationales devrait suffire à ce qu'elles soient automatiquement *invocables* devant les juges internes⁵⁵² qui sont incompétents pour apprécier l'*effet direct* en fonction de chaque disposition litigieuse sans prendre en compte son caractère obligatoire.

355. Le Conseil d'Etat français a à plusieurs reprises exprimé et justifié son refus de considérer l'*effet direct* des conventions sociales. Il a cependant systématisé pour la première fois des critères de reconnaissance de l'*effet direct* - critères encore seulement sous-entendus dans la jurisprudence hellénique⁵⁵³ - à l'occasion de son arrêt *GISTI et Fapil* rendu en 2012⁵⁵⁴. En l'espèce, la haute juridiction administrative a admis l'*effet direct* d'une convention internationale en considérant que celle-ci répondait aux critères relatifs au *droit international public* pour permettre le caractère « self-exécutoire » d'une convention internationale⁵⁵⁵. Plus précisément, selon les considérants de l'arrêt en question, l'*effet direct* des conventions internationales est subordonné à *deux conditions* : d'une part, qu'elles n'aient pas comme objet exclusif celui de régir les relations entre les Etats (critère subjectif) ; d'autre part, qu'elles disposent d'un contenu *suffisamment précis* de normes qui ne nécessitent pas de mesures internes complémentaires (critère objectif)⁵⁵⁶. Chacun de ces critères qui conditionnent la reconnaissance de l'*effet direct* des conventions sociales appelle des remarques différentes.

⁵⁵¹ Jean-François AKANDJI-KOMBE, « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *Rev. trav.*, n° 4, 2011, p. 233.

⁵⁵² Jean Felix DELILE, *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'Etat français*, *op.cit.*, p. 319

⁵⁵³ Sur l'application de ces mêmes critères dans l'ordre juridique hellénique, voir Emmanouil ROUKOUNAS, *Droit international*, Tome I, Athina-Kommotini, éd. Ant. N. Sakkoulas, 2004, p. 191 (en grec).

⁵⁵⁴ Arrêt CE, 11 avril 2012, n° 322326, *GISTI et FAPIL*. En l'espèce à propos de la Convention internationale du travail n° 97 du 1^{er} juillet 1949 de l'OIT sur les travailleurs migrants : « Considérant que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ».

⁵⁵⁵ Sur les mêmes critères, le Conseil d'Etat a accepté de contrôler dans l'arrêt du 10 février 2014, n° 358992, *M.B.* l'article 24 de la Charte « dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les États et qui ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers, peuvent être invoquées utilement par [le requérant] pour contester la légalité [...] de la décision attaquée où il rejeta dans les arrêts précités ».

⁵⁵⁶ Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, 2008, p. 427.

356. S'agissant, en premier lieu, du *critère subjectif* de l'admission de l'*effet direct*, il renvoie à une condition cristallisée depuis longtemps dans la jurisprudence française et hellénique⁵⁵⁷ selon laquelle il n'est pas permis au *juge interne* d'influencer les rapports externes de l'Etat avec d'autres Etats. Il s'agit d'une jurisprudence bien établie qui a progressivement été mise en cause en raison de l'adoption ultérieure de conventions internationales consacrant des droits fondamentaux⁵⁵⁸. En effet, comme les *droits conventionnels* concernent nécessairement les rapports entre l'Etat signataire et les individus-destinataires, elle est devenue inopérante.

357. Or, la rupture avec la conception du passé n'est pas totale à partir du moment où l'application des *droits sociaux conventionnels* par le juge interne reste, sous cet angle, toujours conditionnée⁵⁵⁹. Il est ainsi sous-entendu que certains *droits* puissent ne pas concerner des individus, élément qui va à l'encontre de la *définition* même d'une permission admise au bénéfice des individus. Nous avons pu déjà préciser qu'un droit désigne toujours comme *destinataire* un individu même s'il ne lui attribue pas *directement* un droit subjectif⁵⁶⁰. Une convention internationale consacrant des droits sociaux devrait, dès lors, satisfaire automatiquement le *critère subjectif*.

358. En ce qui concerne, en second lieu, le *critère objectif*, il doit être entendu de manière identique que l'*applicabilité directe* de la norme conventionnelle. Celle-ci signifie qu'aucune *action complémentaire* ne devra être exigée de la part du législateur national afin que le droit conventionnel soit *invocable* devant le juge interne. Celui-ci doit être néanmoins caractérisé par la *complétude* afin qu'il soit contrôlé par le juge interne. Cependant, du point de vue de notre analyse, toute norme faisant partie d'un système hiérarchique est *complète* et susceptible d'être concrétisée par des normes inférieures. En particulier, dans le cadre des ordres juridiques français et hellénique, la jouissance de *droits subjectifs* par les individus ne devient possible qu'en vertu d'une *concrétisation* par le législateur de droits sociaux supra-législatifs⁵⁶¹.

⁵⁵⁷ Dans son arrêt CE, 23 juillet 1823, Recueil p. 535, *Dame veuve Murat*, le CE a jugé qu'il ne lui appartenait pas d'interpréter des accords internationaux conclus par la France ce qui marque une réticence du juge à s'immiscer dans la conduite des relations extérieures de l'Etat français. Concernant le Conseil d'Etat hellénique, voir les arrêts du CdE, n° 727/1930, n° 796/1931, n° 237/1956.

⁵⁵⁸ Progressivement, le CE a été amené à statuer sur le fondement d'accords internationaux, notamment en raison de la multiplication des traités de protection des droits fondamentaux. L'arrêt CE, 29 juin 1990, n° 7859, *GISTI* s'inscrit dans cette dynamique. Il en va de même en ce qui concerne la Convention européenne pour les deux Etats. Voir *infra*, p. 154.

⁵⁵⁹ CE, 4 juillet 2012, n° 341533, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes* (CFPSAA). « Ces stipulations, qui requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers, ont pour objet exclusif de régir les relations entre Etats ; que, par suite, l'association requérante ne peut utilement s'en prévaloir ».

⁵⁶⁰ Voir *supra*, p. 76.

⁵⁶¹ Voir *supra*, p. 38, p. 84.

359. La *complétude* d'une norme n'entraîne pas son *applicabilité directe* qui semble être plus une fiction doctrinale qu'une propriété pertinente d'un système hiérarchique. Le postulat de base de notre étude porte sur l'inexistence de droits supra-législatifs *directement applicables* en France et en Grèce et sur la dissociation du dispositif de ces deux pays avec le modèle allemand des droits fondamentaux. On admettrait les droits conventionnels comme des droits *directement applicables* seulement s'ils habilitaient les juridictions internes à commander au législateur des actions positives d'une manière systématique. Le critère de la *complétude* est un critère problématique dans la mesure où il n'existe pas, en réalité, de *normes générales si précises* quelles pourraient être appliquées par une juridiction à défaut de toute concrétisation antérieure⁵⁶². En France et en Grèce, même les *droits-libertés* traditionnellement conçus comme *directement applicables* nécessitent que le législateur national ait d'abord précisé les conditions exactes de leur application.

360. L'explication derrière le critère objectif contestable trouve son origine dans la distinction faite par Jellinek entre *droits-libertés négatifs* et *droits sociaux positifs*. Il constitue un facteur d'exclusion des droits sociaux des normes qui forment le bloc de conventionnalité. Son emploi reflète une fausse conception selon laquelle le contrôle des droits sociaux conventionnels permettrait au juge de forcer le législateur national à *créer* de nouvelles prestations. On constate alors le rejet de *l'effet direct* des *droits sociaux* par les juges internes, en même temps que celui des *droits-libertés* est largement admis⁵⁶³.

361. On note donc une confusion entre la permission d'exiger directement la satisfaction d'un besoin matériel (*justiciabilité*) et celle de saisir une juridiction pour demander le contrôle d'une législation existante (*invocabilité*). Lorsque les juridictions françaises et helléniques écartent l'invocabilité des conventions sociales, elles reproduisent le *faux-dilemme* autour de la *justiciabilité* des droits sociaux supra-législatifs⁵⁶⁴. Elles refusent d'ailleurs de reconnaître le caractère obligatoire des dispositions conventionnelles sociales, alors que celles-ci ont fait l'objet d'une ratification. Ce sont, dès lors, les difficultés autour de la définition même des *droits sociaux* qui constituent des entraves à l'invocabilité des conventions internationales sociales.

⁵⁶² Lire Otto PFERSMANN, « A quoi bon un 'pouvoir judiciaire' ? », *op. cit.*

⁵⁶³ Jean Felix DELILE, *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'Etat français*, *op.cit.*, p.262. La prédisposition du CE français à reconnaître la *complétude* des stipulations d'un accord de protection des droits fondamentaux est en grande partie déterminée par le type de droits qu'il défend.

⁵⁶⁴ Voir *supra*, p. 66 et s.

362. Il s'ensuit que ni le critère subjectif ni le critère objectif de *l'effet direct* ne peuvent être confirmés par notre analyse. En revanche, il devient manifeste que le *juge interne* devrait admettre *l'effet direct* des droits conventionnels d'une manière inconditionnelle afin de ne pas contourner la hiérarchie des normes.

Conclusion du § 1 :

363. L'absence de contrôle juridictionnel des *conventions internationales sociales* s'explique par des raisons différentes selon le prisme à travers lequel on l'envisage. Dans une perspective *externe*, l'Etat ayant signé et ratifié la convention sociale ne peut être contrôlé sur leur fondement à défaut d'une juridiction internationale en charge.

364. D'un point de vue *interne*, les juges internes refusent *l'effet direct* des conventions sociales nationales alors qu'elles ont une *valeur supra-législative* et une *force contraignante*. Or, étant donné le caractère obligatoire des droits sociaux conventionnels, leur *invocabilité* devrait aller de soi. Celle-ci est néanmoins confondue avec la *justiciabilité* des normes sociales qui ne dépend pas, en théorie, de l'intervention préalable du législateur. Alors, devant le risque hypothétique d'empiéter sur sa compétence en lui imposant des *actions positives*, les juges internes renoncent aux conventions internationales sociales, à tout le moins en ce qui concerne les *droits aux prestations*.

365. En tout état de cause, en raison de ce refus du juge interne, le caractère obligatoire des conventions sociales n'a, en l'état actuel de la jurisprudence, aucun impact concret pour les individus tant en France qu'en Grèce. Si le problème des *conventions internationales sociales* est celui de l'absence de tout contrôle à leur égard, la Convention européenne est caractérisée par d'autres difficultés qu'il convient désormais d'examiner.

§ 2 - La Convention européenne dénuée de catalogue de droits sociaux

366. La Convention européenne est entrée en vigueur le 3 septembre 1953, puis a été ratifiée par la France⁵⁶⁵ et la Grèce⁵⁶⁶. Elle ne consacre pas de catalogue de *droits sociaux*, cependant la Cour européenne a pu dégager de tels droits.

367. La plupart des auteurs ayant traité le sujet des droits sociaux issus de la Convention européenne estiment ainsi que ceux-ci « entrent » dans son champ matériel au regard d'une

⁵⁶⁵ La France a ratifié la Convention européenne par la loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 (JORF n° 3 du 3 janvier 1974, p. 67).

⁵⁶⁶ La Grèce a ratifié la Convention européenne par le décret législatif n° 53/1974 (JO A/256/20-9-1974.).

« construction prétorienne » du juge conventionnel⁵⁶⁷. Une telle vision ne peut cependant être admise dans le cadre de notre étude, car elle présuppose que la Convention européenne contient des « lacunes » que la Cour européenne comble par le biais de sa jurisprudence. Admettre des « lacunes » part du principe que le droit en vigueur ne peut être appliqué à défaut de norme générale applicable. Une telle conception se heurte à la méthodologie normativiste retenue par la présente étude⁵⁶⁸ qui envisage, en revanche, les droits sociaux issus de la Convention européenne comme des *spécialisations* de ses dispositions.

368. Les droits sociaux conventionnels ainsi considérés, il s'avère que le problème principal de leur application n'est pas celui de leur *déduction* par le juge conventionnel. Il convient de se focaliser plutôt sur les répercussions que la *dérivation* aura sur leur contrôle. La Cour européenne peut, en théorie, *sanctionner* les Etats signataires sur le fondement de la Convention européenne, mais il est en pratique difficile de réunir les conditions d'une *censure* concernant la France et la Grèce. La Cour européenne énonce *au cas par cas* des « obligations » qui pèsent sur les Etats signataires en matière sociale, mais ce fait ne suffit pas à considérer que la Convention européenne impose un *standard* de liberté matérielle des individus possiblement en décalage par rapport à la législation sociale française et hellénique. En revanche, il s'agit plutôt d'une « jurisprudence sociale » *élémentaire* qui n'ajoute rien au niveau matériel de vie tel qu'il est garanti par le législateur en France et en Grèce.

Afin d'examiner les difficultés liées à la Convention européenne vue en tant que *convention sociale*, il convient de démontrer, d'une part, le caractère dérivé des droits sociaux issus de la Convention européenne (A) et, d'autre part, leur contrôle restreint (B).

A - Le caractère dérivé des droits sociaux issus de la Convention européenne

369. Il convient d'identifier les droits sociaux dérivés de la Convention européenne par le juge (i), avant de nous interroger sur la « légitimité » du processus de dérivation (ii).

i - L'identification des droits sociaux dérivés conventionnels

370. La plupart de droits sociaux sont dérivés de la Convention européenne à travers la jurisprudence conventionnelle, mais tel n'est pas le cas du *droit à l'enseignement* qui est le seul

⁵⁶⁷ Sur la « lacune » de la Convention européenne comblée par la Charte sociale européenne, voir : Rémi PELLET, Arnaud SKZYERBAJ, *Leçons de droit social et de droit de la santé*, Sirey Dalloz, 2008, p. 12-13. Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux : études de droit conventionnel européen*, *op cit*, p. 210.

⁵⁶⁸ Voir *intro*, p. 32.

droit social *directement* énoncé par l'article 2, al. 1 du Protocole n° 1 de la Convention⁵⁶⁹ interdisant aux Etats signataires de priver les individus du droit à l'instruction. La disposition en question est le fondement sur lequel le juge conventionnel contrôle la législation relative à l'enseignement au sein des Etats signataires, en interdisant notamment les exclusions des enfants issus des minorités nationales ou de ceux d'origine étrangère. Cela a été clairement démontré à l'occasion du fameux arrêt de la Cour européenne *Affaire linguistique belge*⁵⁷⁰. Dans cette affaire, suivie par une jurisprudence assez riche en la matière⁵⁷¹, la Cour européenne a sanctionné une discrimination à l'accès aux établissements scolaires fondée sur la langue.

371. Au-delà du droit à l'enseignement, la Convention européenne consacre également les droits sociaux à la *santé*, à la *protection sociale* et au *logement*. Dans la mesure cependant où le juge conventionnel opère leur dérivation *au cas par cas*, les droits sociaux ici mentionnés ne peuvent s'identifier aux droits sociaux constitutionnels en ce qui concerne leur sens. La dérivation effectuée par les juges européens en matière sociale ne va pas jusqu'à créer *ex nihilo* un catalogue de droits sociaux supra-législatifs, mais se limite à énoncer des *droits sociaux spéciaux* qu'une disposition conventionnelle implique dans un contexte certain.

372. Par exemple, les articles 2 et 3 de la Convention qui consacrent le droit à la vie et le droit à la « dignité » fondent le *droit social à la santé* des détenus⁵⁷². Par ailleurs, la Cour européenne a énoncé, à l'occasion de l'arrêt *Lopez Ostra contre Espagne*⁵⁷³, que l'article 3 de la Convention impliquait un droit à la protection de la santé en cas d'atteinte grave à l'environnement. Ce sont ainsi des *aspects précis* du droit à la santé qui sont protégés par la Cour européenne, mais non un droit général à la santé.

373. Le *droit à la protection sociale* trouve son fondement dans l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel de la Convention (« article 1^{er} du PPA ») qui consacre le droit à la

⁵⁶⁹ Article 2 du Protocole n° 1 de la CEDH : « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ».

⁵⁷⁰ Frédéric SUDRE, Jean-Pierre MARGUENAUD, Joel ANDIRANTSIMBAZOVIMA, Adeline GOUTTENOIRE, Gérard GONZALEZ, Laure MILANO, Hélène SURREL, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 2015, p. 99.

⁵⁷¹ Cour EDH, 5 juin 2008, n° 32527/05, *Sampanis contre Grèce*. Cour EDH, 7 décembre 1976, n° 5095/71, n° 5920/72, n° 5926/72, *Kjeldsen, Busk Maden et Pedersen contre Danemark*.

⁵⁷² Voir, par exemple, Cour EDH, 14 novembre 2002, n° 67263/01, *Mouisel contre France*.

⁵⁷³ Cour EDH, 9 décembre 1994, n° 16798/90, *López Ostra contre Espagne*.

propriété⁵⁷⁴. Tel a été l'apport de la décision *Gaygusuz* du 16 septembre 1996⁵⁷⁵ dans laquelle les juges se sont fondés en même temps sur le droit à la propriété et le principe de non-discrimination afin d'en déduire le droit à la protection sociale en faveur des étrangers⁵⁷⁶. Ils ont affirmé à cette occasion que le droit à la propriété était applicable à un litige concernant une allocation au bénéfice de chômeurs, soit une *prestation de sécurité sociale*.

374. Désormais, le droit aux prestations pécuniaires est protégé en tant que *droit patrimonial* par la Convention européenne, entrant ainsi dans le champ des « biens » énoncés par l'article 1^{er} du PPA⁵⁷⁷. Plus tard, la Cour européenne a concrétisé le même article également dans le cas de prestations relevant de *l'aide sociale*⁵⁷⁸. Il s'avère ainsi qu'au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, le *droit à la propriété* implique à la fois des prestations sociales *contributives et non contributives*. Une telle conception large des prestations sociales est, en réalité, nécessaire étant donné la diversité des systèmes de protection sociale existant dans les différents Etats signataires, beveridgiens ou bismarckiens.

375. En admettant que les *prestations sociales* relèvent de la catégorie des *droits patrimoniaux*, la Cour contrôle aussi le respect du *droit au juge* consacré par l'article 6, al. 1^{er} de la Convention⁵⁷⁹. La raison en est que d'une manière générale, le contrôle du *droit au juge* est conditionné à l'existence de « contestations sur des droits et obligations de caractère civil »⁵⁸⁰.

⁵⁷⁴ Article 1^{er}, al.1 du Premier Protocole Additionnel de la Convention : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».

⁵⁷⁵ Cour EDH, 16 septembre 1996, n° 17371/90, *Gaygusuz contre Autriche*.

⁵⁷⁶ Voir *infra*, p. 206 et s.

⁵⁷⁷ Frédéric SUDRE et alii, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *op.cit.*, p. 166, p. 167, 168. Isabelle DAUGAREILH, « La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale », *RTD eur.*, n° 1, 2001, p. 123.

⁵⁷⁸ Jurisprudence postérieure : Cour EDH, 12 avril 2006, n° 65731/01, n° 65900/01, *Stec et autres contre Royaume Uni* ; Cour EDH, 22 août 2006, n° 37212/02, *Walker contre Royaume-Uni* ; Cour EDH, 14 novembre 2006, n° 63475/00, n° 63484/00, n° 63468/00, *Hobbs, Richard, Walsh et Geen contre Royaume-Uni*. Bien qu'elle dépasse l'objet de notre étude proprement dit, voir également l'affaire Cour EDH, 6 mai 1981, n° 7759/77, *Buchholz contre Allemagne*, dans le cadre de laquelle la Cour a jugé que l'article 6, al. 1 de la Convention européenne est également applicable à la procédure relative au licenciement d'un employé par une entreprise privée.

⁵⁷⁹ Article 6, al.1 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

⁵⁸⁰ Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs*, vol. 96, n° 1, 2001, p. 123.

Dès lors, dans le cadre de la jurisprudence conventionnelle, le droit au juge implique notamment des garanties procédurales pour le bénéficiaire du droit à la protection sociale.

376. L'article 6 s'appliquait initialement aux litiges relevant exclusivement du droit à la sécurité sociale. Tel a été le cas, par exemple, dans la décision *Paschalidis*⁵⁸¹, ainsi que dans les affaires *Demeuland*⁵⁸² concernant le système allemand d'assurance sociale contre les accidents du travail, et *Feldbrugge*⁵⁸³ sur le système néerlandais d'assurance maladie⁵⁸⁴. Dans ce cadre, la Cour a par exemple reconnu une violation du *droit au juge* par l'administration hellénique en raison de son refus d'exécuter un arrêt de la Cour des comptes qui ordonnait le réajustement du montant d'une pension de retraite au bénéfice du requérant⁵⁸⁵. Le droit au juge a également fondé, plus tard, le contrôle relatif à un régime *non* contributif⁵⁸⁶.

377. En ce qui concerne le droit au logement, il est dérivé d'un *double fondement* au sein de la Convention européenne. D'une part, il se base sur le droit à la protection des biens de l'article 1^{er} du PPA⁵⁸⁷. C'est en s'appuyant sur cette disposition que la Cour européenne a justifié, par exemple, des restrictions aux droits-libertés dans l'objectif de mieux protéger le droit au logement. D'autre part, il se fonde sur le droit à la vie privée et familiale et au domicile de l'article 8 de la Convention EDH⁵⁸⁸. Cela a été notamment précisé à l'occasion de l'arrêt *Wallouà et Walla contre République tchèque* du 26 octobre 2006⁵⁸⁹. Certaines fois, les juges européens n'hésitent pas à se baser sur les deux dispositions combinées pour se prononcer sur le droit au logement des requérants⁵⁹⁰.

⁵⁸¹ Cour EDH, 10 avril 2008, n° 27863/05, n° 28422/05, n° 28028/05, *Paschalidis, Koutmeridis et Zaharakis contre Grèce*.

⁵⁸² Cour EDH, 29 mai 1986, n° 9384/81, *Demeuland contre Allemagne*.

⁵⁸³ Cour EDH, 25 mai 1986, n° 8562/79, *Feldbrugge contre Pays Bas*.

⁵⁸⁴ Cour EDH, 9 décembre 1994, n° 19005/91, n° 19006/91, *Schouten et Meldrum contre Pays-Bas*.

⁵⁸⁵ Cour EDH, 9 avril 2015, requête n° 65829/12, *Tchokontio Happi*. En l'espèce, l'affaire concernait l'inexécution d'un jugement définitif octroyant à la requérante un logement dans le cadre de la loi DALO (droit au logement opposable). C'est la première fois que la Cour traitait d'une requête contre la France concernant l'inexécution d'un jugement octroyant un logement. Cour EDH, 16 novembre 2005, n° 78047/01, *Dragne et autres contre Roumanie*. Voir aussi Cour EDH, 20 septembre 2007, n° 23657/03, *Miclici*. Voir à ce propos Bernard BOSSOU, Jean-Philippe TRICOIT « La consécration par la Cour européenne du droit à l'exécution des décisions de justice en matière sociale », *Rev. trav.*, 2008, p. 442.

⁵⁸⁶ Cour EDH, 16 février 1993, n° 13023/87, *Salesi contre Italie*.

⁵⁸⁷ Cour EDH, 21 février 1986, n° 8793/79, *James et autres contre Royaume-Uni*. Cour EDH, 15 novembre 2007, n° 72118/01, *Khamidov contre Russie*.

⁵⁸⁸ Article 8, par. 1 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

⁵⁸⁹ Cour EDH, 29 octobre 2006, n° 23848/04, *Wallouà et Walla contre République tchèque*. Contrairement à Cour EDH, 18 janvier 2001, n° 27238/95, *Champan contre Royaume Uni*. En l'espèce, la Cour saisie de difficultés de stationnement des gens du voyage sur leur propre terrain, affirme que « l'article 8 ne reconnaît pas comme tel le droit de se voir fournir un domicile ».

⁵⁹⁰ Cour EDH, 30 novembre 2004, n° 48939/99, *Onerylidiz contre Turquie*.

378. La Cour européenne ne dérive pas en l'état actuel de sa jurisprudence un *droit à l'emploi*, soit celui de bénéficier de l'aide de l'Etat dans la recherche d'un emploi. Sa jurisprudence porte sur les libertés des travailleurs lorsque, par exemple, la Cour européenne se fonde sur l'article 8 de la Convention pour reconnaître la protection de la vie privée des travailleurs vis-à-vis de leurs employeurs⁵⁹¹. Elle a également énoncé le droit pour les individus de ne pas être licenciés en raison de leurs convictions religieuses⁵⁹². Une autre concrétisation de l'article 8 consiste dans la protection du niveau de rémunération, à nouveau sur le fondement de l'article 1^{er} du PPA de la Convention⁵⁹³.

379. A la lumière de ces exemples, on peut relever que la jurisprudence « sociale » de la Cour européenne fait preuve d'une spécificité dans la manière dont elle concrétise les droits conventionnels. La jurisprudence précitée de la Cour européenne trouve, enfin, un prolongement remarquable au sein des ordres juridiques français et hellénique. Par opposition aux conventions internationales sociales, *l'effet direct* de la Convention européenne n'est en effet nullement contesté par les juges internes⁵⁹⁴. C'est précisément l'article 1^{er} du PPA qui présente le plus grand intérêt dans les ordres juridiques nationaux. Tant les juridictions françaises⁵⁹⁵ que les juridictions helléniques⁵⁹⁶ admettent que les *prestations sociales pécuniaires* sont des *biens* au regard du droit conventionnel à la propriété. Dans ce cas de figure, les individus sont reconnus comme bénéficiaires de droits sociaux internes garantis par la Convention européenne.

⁵⁹¹ Cour EDH, 23 novembre 2001, n° 42358/98, *Bester et Knauth contre Allemagne*. Cour EDH, 3 avril 2007, n° 62617/00, *Copland contre RU*. Cour EDH, 27 juillet 2004, n° 55480/00 et n° 59330/00, *Sidabras et Dziautas contre Lituanie*.

⁵⁹² Cour EDH, 12 avril 2007, n° 52435/99, *Ivanova contre Bulgarie*.

⁵⁹³ Cour EDH, 9 janvier 2007, n° 31501/03, n° 31870/03, n° 13045/04, n° 13076/04, n° 14838/04, n° 17558/04, n° 30488/04, n° 45576/04 et n° 20389/05, *Aubert contre France*, considérant n° 74 : « Compte tenu de ce qui précède, la Cour considère que les requérants bénéficiaient d'un intérêt patrimonial en l'espèce qui constituait, sinon une créance à l'égard de leurs adversaires, du moins une 'espérance légitime', de pouvoir obtenir le paiement des rappels de salaire pour les heures litigieuses, qui avait le caractère d'un 'bien' au sens de la première phrase de l'article 1^{er} du Protocole n°. L'intervention d'une loi destinée à contrer la jurisprudence de la Cour de cassation, favorable aux requérant, vient assurément conforter ce constat. L'article 1^{er} du Protocole n° 1 est donc applicable au cas d'espèce ». Sur le concept d'« espérance légitime » précisément, voir *infra*, p. 524.

⁵⁹⁴ D'une manière générale, sa reconnaissance est claire quant à l'article 6 de la Convention EDH qui est la clause la plus invoquée par les individus devant les juges internes en France (CE, 3 décembre 1999, n° 207434, Didier) et en Grèce (arrêt de la Cour de Cassation hellénique n° 370/2010, ainsi que l'arrêt n° 12/2009 sur l'invocabilité de l'article 6 de la Convention).

⁵⁹⁵ CE, 30 novembre 2001, n° 212179, *Ministre de la Défense contre Diop, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*.

⁵⁹⁶ Arrêt du CdE, n° 619/2012 à propos des pensions des juges. Dans le cadre de cette affaire, il a été rappelé que la propriété est protégée par l'article 1 Pr. Pr. Add. de la Convention Européenne dans la lignée de la jurisprudence de la Cour européenne. Voir également les arrêts du Conseil d'État hellénique n° 2031/2009, n° 2032/2009, n° 730/2010.

Après l'identification des droits sociaux dérivés de la Convention européenne, la question persiste de savoir d'où les juges conventionnels tirent leur habilitation à concrétiser ainsi ces dispositions.

ii - La « légitimité » du processus de dérivation

380. La Cour européenne a progressivement énoncé des droits sociaux en s'appuyant sur les droits consacrés par la Convention européenne. Le processus de *dérivation* attire l'attention de la doctrine qui le considère comme l'exercice d'un vrai « pouvoir » du juge conventionnel qui se donne l'autorité de « créer » de nouveaux droits⁵⁹⁷. Ainsi vu, le juge conventionnel n'applique pas seulement le droit mais il va jusqu'à le produire à défaut de tout fondement. Il importe ici de démontrer que le processus de dérivation des énoncés sociaux n'est pas privé de fondement et qu'il s'inscrit au contraire dans le cadre de la concrétisation du droit conventionnel.

381. La doctrine ne s'est pas systématiquement penchée sur la source de l'habilitation de la Cour européenne à procéder à la *dérivation*, mais s'est plutôt concentrée sur les différentes *techniques* employées dans cet objectif⁵⁹⁸. Parmi les modalités utilisées, on peut distinguer, en premier lieu, le recours à des « notions autonomes » de la part de la Cour européenne. Il convient d'entendre par l'expression en question la définition de différents concepts par les juges de la Cour européenne d'une telle manière qu'ils acquièrent un *sens spécifique* qui ne résulte directement d'aucune norme générale⁵⁹⁹. L'exemple caractéristique de notions autonomes est celui des « biens » définis sur le fondement du droit conventionnel à la propriété comme concept comprenant à la fois les biens immobiliers et les prestations pécuniaires⁶⁰⁰. L'emploi de concepts autonomes permet au juge conventionnel d'homogénéiser les obligations des Etats signataires indépendamment des obligations contingentes au sein de leurs droits positifs.

382. Une autre technique employée par la Cour européenne dans l'objectif d'intégrer des énoncés sociaux au *champ matériel* de la Convention européenne est celle de l'« effectivité » des dispositions conventionnelles qui consiste à garantir aux individus la meilleure protection

⁵⁹⁷ Jean-Paul COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in Nicole BELLOUBET – FRIER, Spyridon FLOGAITIS, Pascale GONOD, Gérard CAEN, *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 67.

⁵⁹⁸ Colombine MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2014, p. 20, p. 24.

⁵⁹⁹ Linos Alexandros SISILIANOS, *La dimension humaine du droit international*, Nomiki vivliothiki, 2010, p. 221.

⁶⁰⁰ Voir *supra*, p. 152.

possible sur leur fondement⁶⁰¹. Afin que les dispositions conventionnelles « développent » toute leur ampleur, les juges n'hésitent pas à imposer des *mesures positives* aux Etats au lieu de seulement leur interdire des actions négatives⁶⁰². Cela signifie concrètement que les juges ne se limitent pas au contrôle des *obligations négatives* issues de la Convention européenne, mais qu'ils examinent également les *obligations positives* qui en ressortent. Ils exigent, plus simplement, que les Etats signataires mettent en oeuvre tous les mécanismes nécessaires afin que les droits conventionnels ne soient pas violés.

383. C'est notamment à l'occasion de l'arrêt *Airey*⁶⁰³, ainsi que dans l'*Affaire linguistique belge*⁶⁰⁴, que la Cour européenne s'est prononcée sur la nécessité d'étendre le contrôle au-delà de seules ingérences dans l'objectif de rendre *effective* la protection des droits conventionnels. L'effectivité des droits conventionnels s'inscrit dans une conception « dynamique et évolutive » de la Convention européenne retenue par la Cour européenne⁶⁰⁵. Cela est manifeste dans le cadre de l'affaire *Marckx*⁶⁰⁶ à propos de laquelle la Cour a affirmé la nécessité de « lire dans des conditions de vie d'aujourd'hui » la Convention européenne. Une telle interprétation « contemporaine » de la Convention européenne aboutit à en dériver des obligations et des actions positives.

384. En outre, dans le cadre de la généralisation du contrôle des *obligations positives* issues de la Convention européenne, les juges de la Cour européenne garantissent également l'*effet horizontal* des droits conventionnels⁶⁰⁷. L'atteinte au droit d'un individu par un autre individu

⁶⁰¹ Michel LEVINET, « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », RFDC, vol. 86, n° 2, 2011, p. 227.

⁶⁰² Cour EDH, 9 décembre 1994, n° 16798/90, *Lopez Ostra*.

⁶⁰³ Cour EDH, 9 octobre 1979, n° 6289/73, *Airey contre Irlande*, par. 26 : « La Cour n'ignore pas que le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances. D'un autre côté, la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui (arrêt *Marckx* précité, p. 19, par. 41), et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu ».

⁶⁰⁴ Cour EDH, 23 juillet 1968, n° 1474, n° 1677, n° 1691/62, n° 1769, n° 1994/63 et n° 2126/64, *Affaire linguistique belge*. Par. 46 : « Certes, ni la Convention ni le Protocole additionnel ne garantissent l'accès à des fonctions ou professions quelconques. L'article 2, première phrase, du Protocole (P1-2) n'en consacrerait pas moins, "malgré sa formulation négative", "le droit de toute personne à l'instruction". Or, de nos jours et "dans l'immense majorité des cas", l'instruction ne serait pas une fin "en soi" ».

⁶⁰⁵ Linos Alexandros SISILIANOS, *La dimension humaine du droit international*, op.cit., p. 213.

⁶⁰⁶ Cour EDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx contre Belgique*. Par. 31 : En proclamant par son paragraphe 1 le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 (art. 8-1) signifie d'abord que l'État ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit, sauf sous les strictes conditions énoncées au paragraphe 2 (art. 8-2). Ainsi que la Cour l'a relevé en l'affaire "linguistique belge", il a "essentiellement" pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (arrêt du 23 juillet 1968, série A no 6, p. 33, par. 7). Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale.

⁶⁰⁷ Béatrice MOUTEL, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse, Université de Limoges, 2006. Colombine MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention*

est imputable à l'Etat du fait de la *carence* de ce dernier. Bien que la Cour européenne ne puisse pas condamner *directement* les particuliers, elle sanctionne les Etats pour les violations commises en leur sein⁶⁰⁸. Il s'agit ainsi d'une obligation positive de « protection » des droits conventionnels dans les rapports privés par laquelle la Cour impose aux Etats de faire cesser les ingérences provenant de personnes privées ou de les prévenir⁶⁰⁹.

385. En réalité, l'étude classique des techniques d'emploi des *notions autonomes* ou du recours à l'*effectivité* des droits conventionnels ne répond qu'*indirectement* à la question de savoir quelle est l'étendue de l'habilitation du juge européen lors de la concrétisation de la Convention européenne. Elle nous permet de déterminer la manière dont les juges procèdent à une telle lecture des dispositions conventionnelles, sans nous révéler si celle-ci relève bien de leur compétence. Même si leur énumération des techniques ne répond pas à l'interrogation, l'énoncé des *obligations positives* par le juge conventionnel le fait d'une manière implicite. Par cette démarche, la Cour européenne opère un rejet de la distinction classique entre *droits-libertés négatifs* et *droits sociaux positifs*.

386. Contrairement à la distinction de Jellinek, les juges de la Cour européenne considèrent que tous les droits disposent *en même temps* d'un aspect négatif et d'un aspect positif et que la dérivation finale de chacun d'eux est une question de concrétisation de la norme générale. Les permissions sociales peuvent être conçues comme un *aspect positif* des droits-libertés, de la même manière que ces derniers pourraient être conçus comme un *aspect négatif* des premières. Les deux concepts forment un seul ensemble normatif à partir du moment où la *liberté* d'avoir une certaine conduite consiste autant à repousser ses atteintes qu'à exiger les conditions appropriées pour en jouir. Il n'y a, de ce point de vue, aucune « création » de normes.

387. En revanche, il est possible de concevoir les droits consacrés par la Convention comme des droits « hybrides » qui peuvent être concrétisés à la fois en tant que *droits-libertés* et comme *droits sociaux*. Il s'avère que le juge européen concrétise des *droits généraux* en droits spéciaux ; une tâche qui est conforme à sa fonction d'*interprète authentique* de la Convention européenne. La Cour européenne prend d'ailleurs le soin de souligner qu'elle ne crée pas du

européenne des droits de l'Homme, *op. cit.*, p.54, Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux : études de droit conventionnel européen*, *op cit*, p. 305.

⁶⁰⁸ La Cour européenne a sanctionné l'Etat britannique parce que le directeur d'une école privée avait porté atteinte au droit à l'intégrité physique des enfants. Cour EDH, 25 mars 1993, n° 13134/87, *Costello Roberts contre RU*. Par. 27 : « L'Etat a l'obligation de veiller à ce que les enfants, qu'ils soient dans l'enseignement public ou privé, puissent exercer leur droit à l'instruction dans le respect des convictions philosophiques et religieuses des parents et des autres droits garantis par la Convention (ici, le droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants) ».

⁶⁰⁹ David CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op.cit.*, p. 289

droit mais qu'elle se limite à des *énoncés inhérents* aux droits conventionnels⁶¹⁰. Elle déclare ainsi que la *dimension sociale* des droits conventionnels provient de leur « prolongement » et que les *obligations positives* sont inhérentes à ceux-ci⁶¹¹.

388. Dès lors, la Cour européenne dérive des *droits sociaux spéciaux* des *normes très générales* consacrant les droits-libertés classiques d'une manière légitime, accentuant l'indivisibilité des droits. Si le juge européen ne transgresse pas les limites de sa compétence en énonçant des *droits sociaux* sur le fondement de la Convention européenne, il n'en demeure pas moins que ces derniers en résultent *indirectement*. Le *caractère dérivé* des droits sociaux implique nécessairement des conséquences, parmi lesquelles on situe l'étendue très limitée de leur contrôle.

B - Le contrôle restreint des droits sociaux dérivés conventionnels

389. Le contrôle restreint des droits sociaux dérivés sera examiné à travers, d'une part, la question de la « marge nationale » des Etats, en général (i) et, d'autre part, la « relativité » des droits sociaux dérivés conventionnels, en particulier (ii).

i - La question de la « marge nationale » des États en général

390. La Cour européenne reconnaît systématiquement une « marge nationale » des Etats signataires quant au respect des droits conventionnels. L'expression de « marge nationale » est employée par la doctrine européeniste pour décrire la « politique jurisprudentielle » de la Cour européenne consistant à s'« auto-limiter » à l'égard du législateur national, seul dépositaire

⁶¹⁰ Cour EDH, 21 février 1975, n° 4451/70, *Golder contre Royaume Uni*. La Cour fait savoir qu'elle ne procède pas à une interprétation extensive de la Convention « de nature à imposer aux Etats contractants de nouvelles obligations » mais qu'elle se limite à contrôler le développement logique d'un droit inscrit dans la Convention, afin d'en assurer le caractère concret. Lire sur cet arrêt Robert PELLOUX, « L'arrêt Golder de la Cour européenne des droits de l'Homme », *AFDI*, n° 21, 1975, p. 330-339.

⁶¹¹ Cour EDH, 9 octobre 1979, n° 6289/73, *Airey contre Irlande*. Par. 26 : « Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention ». Par. 32. « Aux yeux de la Cour, Mme Airey ne saurait passer pour avoir subi de la part de l'Irlande une "ingérence" dans sa vie privée ou familiale : elle se plaint en substance non d'un acte, mais de l'inaction de l'État. Toutefois, si l'article 8 (art. 8) a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des *obligations positives inhérentes* à un respect effectif de la vie privée ou familiale ».

légitime des choix internes⁶¹². Il convient de démontrer ici que le respect de cette marge nationale « affaiblit » le contrôle des droits sociaux conventionnels.

391. Le respect d'une telle *marge* est imputé par les auteurs au « principe de subsidiarité » qui ressort de la Convention européenne. Celui-ci a été consacré par la Cour européenne lors de l'affaire *Handyside*⁶¹³, puis par le Protocole n° 15⁶¹⁴. Il suppose que les Etats tiennent le rôle principal quant à la garantie des dispositions conventionnelles. La Convention européenne comporte plusieurs manifestations du principe de subsidiarité. Certaines portent sur la *recevabilité* des requêtes exigeant l'épuisement des voies de recours internes⁶¹⁵ ; d'autres énoncent que le recours aux dispositions conventionnelles ne peut avoir lieu *que pour améliorer* la garantie des droits telle qu'elle résulte des dispositions des ordres juridiques nationaux⁶¹⁶. Par ailleurs, la *subsidiarité* implique que la Cour européenne ne soit pas un degré supplémentaire de juridiction et que le contrôle qu'elle réalise ne porte pas sur les faits de l'espèce ou le raisonnement du juge national⁶¹⁷. Il s'ensuit que sa fonction est celle d'une *cour régulatrice* des différentes juridictions des Etats signataires et non celle d'une quatrième juridiction⁶¹⁸.

392. La reconnaissance d'une *marge nationale* rend plus difficile l'admission d'une requête devant la Cour européenne, tant au niveau de sa recevabilité qu'au niveau d'une sanction

⁶¹² Lire Laurence BURORGUE-LARSEN, « Les paradoxes de la justice sociale » in Laurence BURORGUE - LARSEN, *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, op.cit., p. 189, p. 199. Laurence BURORGUE - LARSEN, « Les standards ; normes imposées ou consenties ? », op.cit., p. 30. Anatoly KOVLER, « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'État », *L'Europe en Formation*, vol. 368, n°2, 2013, p. 209.

⁶¹³ Cour EDH, 7 décembre 1976, n° 5493/72, *Handyside contre RU*, par. 48. « Les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu des exigences de l'ordre public et la nécessité d'une restriction à une liberté ».

⁶¹⁴ Article 1^{er} du Protocole n° 15 du 24 juin 2013 portant amendement à la Convention européenne des droits de l'Homme : « Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention ».

⁶¹⁵ Article 35, al. 1 de la Convention EDH : « La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive ».

⁶¹⁶ Article 53 de la Convention EDH : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ».

⁶¹⁷ Jean-Paul COSTA, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *Revue Dalloz*, n° 22, 2010, p. 1364.

⁶¹⁸ Jean-Marc SAUVE, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », Intervention du Vice-président du Conseil d'Etat lors du cycle 2010 -2011, « Le droit européen des droits de l'homme », 23 avril 2010, publiée sur le site conseil-état.fr.

éventuelle de l'Etat⁶¹⁹. La raison est qu'elle élargit significativement les *choix possibles* pour les organes de l'Etat, soit le nombre d'actions ou d'omissions qui ne contreviennent pas à la Convention européenne. La théorie normativiste admet que le juge dispose par définition d'une *marge discrétionnaire*, expression qui signifie que le juge dispose toujours d'une liberté de prendre une décision ou de ne pas la prendre. Il s'agit d'un organe de « particularisation » des normes générales et abstraites, ces dernières n'atteignant en effet jamais un degré parfait de *précision*, fait qui rendrait inutile la fonction des juges⁶²⁰.

393. Il en résulte que la spécificité de la théorie conventionnelle de la *marge nationale* relève simplement du fait d'admettre que la *marge discrétionnaire* des juges de la Cour européenne est plus étendue que celle habituellement rattachée à la fonction de juge. Leur formulation des conditions et des conséquences des dispositions conventionnelles peut être très laxiste. Dans la mesure où la Cour européenne respecte le *principe de subsidiarité*, la censure au regard de la Convention européenne signifie que la prise en compte de la *marge nationale* ne suffit pas à justifier une violation des droits conventionnels. Cela rend une censure éventuelle de la part de la Cour européenne *a priori* « rare » et exceptionnelle.

394. Cependant, *la théorie de la marge nationale* ne concerne pas l'ensemble des droits conventionnels consacrés. En raison de leur sens spécifique, certains d'entre eux dérogent à *l'appréciation laxiste* des conditions à réunir pour décider une sanction de l'Etat signataire. En réalité, les seuls droits pour la violation desquels la *marge nationale* n'est pas vraiment valable sont les droits dits « absolus » de la Convention européenne⁶²¹. Précisément, en ce qui concerne les *droits à la vie et à la dignité de la personne humaine*, il n'existe de *marge* pour les Etats qui ne peuvent les violer sans être sanctionnés. Tout irrespect de ces droits signifie toujours leur violation, peu importe les conditions spécifiques de chaque litige.

395. Certes, une *marge discrétionnaire* au bénéfice des juges demeure pour constater une violation mais elle est beaucoup plus étroite que pour le reste de droits conventionnels. Le contrôle de tous droits conventionnels, en dehors des *droits absolus*, implique, une certaine « relativité ». Cela signifie concrètement que leur ingérence peut être justifiée en fonction des

⁶¹⁹ Contra Lauren AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Thèse, Université Montpellier, 2015. p. 302.

⁶²⁰ Lire, Otto PFERSMANN, « A quoi bon un 'pouvoir judiciaire' ? *op. cit.*

⁶²¹ Françoise TULKENS, Luc DONNAY « La marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC*, n° 1, 2006, p. 3.

circonstances. Ce n'est certainement pas le cas des *droits sociaux dérivés* dont la censure se révèle davantage difficile.

ii - La relativité des droits sociaux dérivés conventionnels, en particulier

396. Si le contrôle des droits de la Convention européenne implique en général une certaine *relativité*, celle-ci se révèle davantage significative dans le cas particulier des *droits sociaux dérivés* qui nous intéressent ici. La raison en est que bien qu'une *marge discrétionnaire* existe toujours pour le juge, son étendue dépend nécessairement de la *détermination* de la norme contrôlée. Plus une norme est indéterminée, plus les *solutions possibles* augmentent pour l'organe juridictionnel. Dans le cas des *droits sociaux dérivés conventionnels*, ils représentent des solutions spéciales issues des *normes générales* consacrant le catalogue classique des droits conventionnels. Il s'ensuit que ces dernières peuvent être considérées comme étant *indéterminées* en ce qui concerne les obligations qui pèsent sur les Etats signataires en matière sociale.

397. La *relativité* des droits sociaux dérivés repose donc sur le fait qu'ils correspondent exclusivement à des *énoncés spéciaux* dont le constat de leur violation dépend toujours des *circonstances*. Ce fait est avant tout la conséquence de l'absence de fondements sociaux au sein de la Convention européenne et de leur concrétisation *au cas par cas* par la Cour européenne. Puisque le juge conventionnel les énonce dans un contexte spécial, leur violation ne pourra être relevée que dans un cadre susceptible d'évoluer. Afin d'analyser la *marge discrétionnaire* très étendue qui accompagne le contrôle des droits sociaux par la Cour européenne, il convient de recourir à un nouveau concept : celui de l'« obligation relative ». Cette expression permet de désigner les *normes* qui, tout en étant des *énoncés déontiquement modalisés*, donnent lieu, en raison de leur très grande indétermination de sens, à un contrôle impliquant une marge discrétionnaire très étendue. Les *droits sociaux conventionnels* ne sont, dès lors, pas dépourvus de *caractère obligatoire* - propriété de toute norme juridique - mais la reconnaissance de leur violation est très peu probable. Ils donnent ainsi lieu à des *obligations relatives* pour les Etats signataires.

398. La *relativité* des droits sociaux dérivés se manifeste *en amont et en aval* du contrôle de la Cour européenne. Tout d'abord, c'est l'*accès* des requérants au contrôle qui est concerné, c'est-à-dire la question de la *recevabilité* des requêtes. Les règles régissant l'*intérêt à agir* dans l'ordre conventionnel européen, soit les règles relatives à la possibilité d'introduire une requête,

sont généralement assez strictes pour assurer un important filtrage du flux contentieux⁶²². Si la recevabilité des requêtes est généralement difficilement admise, elle l'est encore davantage en ce qui concerne les droits sociaux dérivés. L'obstacle principal repose en particulier sur ces conditions de recevabilité qui ne concernent pas un vice de procédure et qui sont identiques pour tous les droits conventionnels. Précisément, c'est la condition du « manifestement mal fondé » de la requête, ou autrement dit du « défaut de fondement »⁶²³, qui pose des difficultés.

399. Afin de se prononcer sur ce critère de recevabilité, la Cour européenne doit procéder à l'examen de l'affaire au fond. Lorsqu'un requérant se prétend « victime » d'une violation de droits consacrés dans la Convention européenne, c'est-à-dire qu'il se considère touché par un acte ou une omission contestable de l'Etat dont il est ressortissant⁶²⁴, on se retrouve devant le paradoxe suivant : le requérant doit prouver être *victime* au regard d'un droit conventionnel alors que dans le cas des *droits sociaux* c'est le juge qui détermine à chaque fois le fondement du droit violé. Même si une jurisprudence conventionnelle précédente peut être employée par le requérant à l'appui de sa requête, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un renversement d'ordre quant au fondement de la requête. Les cas de *recevabilité* de requêtes impliquant un droit social sont ainsi nécessairement limités ; celles-ci devront ne concerner que des aspects spéciaux des droits conventionnels régulièrement repris par la jurisprudence antérieure de la Cour européenne.

400. Ensuite, il n'est pas seulement difficile pour le requérant d'accéder à un contrôle des droits sociaux, il l'est aussi ensuite d'obtenir *satisfaction* de sa demande. La satisfaction de la demande implique la *censure* de l'Etat au regard des normes sociales in conventionnelles. Une telle décision heurtera, dans la majorité des cas, le caractère *dérivé* des droits sociaux, car elle exigera que les juges sanctionnent les Etats signataires au motif d'une violation des obligations qui ne sont pas déterminées par la Convention européenne. La difficulté de la démarche aboutit à ce que les juges conventionnels reconnaissent aux États une *large marge d'appréciation* en matière sociale⁶²⁵. La Cour européenne contrôle la satisfaction minimale de tel ou tel *droit*

⁶²² Lire, Laurence BURGORGUE-LARSEN, « L'intérêt à agir devant la Cour Européenne des droits de l'homme », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, actes du colloque organisé le 20 juin 2014 sous la direction de Catherine TEITGEN-COLLY, L.G.D.J., 2016, p. 91.

⁶²³ Par. 3 : « La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34, lorsqu'elle estime la requête incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses Protocoles, manifestement mal fondée ou abusive ».

⁶²⁴ Sur la première application de ce nouveau critère de recevabilité, voir : CEDH, 1^{er} juin 2010, n° 36659/04, *Ionescu contre Roumanie* et CEDH, 1^{er} juillet 2010, n° 25551/05, *Korolev contre Russie*.

⁶²⁵ Cour EDH, 27 mai 2004, n° 66746/01, *Connors et autres contre Royaume Uni*. Par. 82 : « La Cour a également déclaré que, dans des domaines occupant une place centrale dans les politiques sociales et économiques des sociétés modernes, tels que celui du logement, elle respectait la manière dont le législateur national concevait les impératifs de l'intérêt général, sauf si le jugement de celui-ci se révélait manifestement dépourvu de base

social dérivé sur le fondement de la Convention européenne, mais elle n'oblige pas à ce qu'elle se réalise de manière précise.

401. Il s'avère qu'au regard de la jurisprudence conventionnelle, le législateur national demeure complètement *libre* quant au choix des mesures exactes qu'il prendra pour accorder des prestations. Il convient que les individus accèdent à la protection sociale ; peu importe s'il s'agit de la *sécurité* ou de l'*aide sociale*, le montant exact des prestations ou le caractère public ou non des organismes prestataires. On ne peut dès lors considérer que le législateur national – surtout en France et en Grèce qui disposent d'une législation sociale très riche – doive agir de telle ou telle manière pour ne pas violer les *standards sociaux* de la Convention européenne. Ce qui, en revanche, semble poser quelques difficultés à l'aune de la Convention européenne est la *privation* de prestations aux individus⁶²⁶. Cependant, pour contester cette situation, il faudrait que les requérants jouissent *déjà* des prestations qui font l'objet du litige. En effet, dans le cas des Etats qui n'octroient pas du tout de prestations, la Cour européenne précise que sa jurisprudence n'impose nullement leur *création* au législateur⁶²⁷.

402. Il s'ensuit qu'il n'est jamais question d'une *justiciabilité* des droits sociaux dérivés entendue dans le sens d'une obligation *indirecte* du législateur à agir, ce qui est déjà exclu au sein des ordres juridiques français et hellénique⁶²⁸. La question de la réalité de l'impact de la

raisonnable ». Cour EDH, 21 février 1986, n° 8793/79, *James et autres contre Royaume Uni*. Par. 46 : « Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est "d'utilité publique" (...). Estimant normal que le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'"utilité publique" sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable. En d'autres termes, elle ne saurait substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, mais elle doit contrôler au regard de l'article 1 du Protocole n° 1 les mesures litigieuses ».

⁶²⁶ Une analyse ultérieure démontrera que l'intérêt de l'affirmation des droits sociaux par la Cour européenne porte sur l'interdiction de la suppression des prestations, élément qui ressort de l'étude des contre-limites du principe de l'Etat social, Voir *infra*, p. 474.

⁶²⁷ Cour EDH, 23 juillet 1968, n° 1474, n° 1677, n° 1691/62, n° 1769, n° 1994/63 et n° 2126/64, *Affaire linguistique belge*. Par. 3 : « Quant à l'étendue de ces moyens et à la manière de les organiser ou de les subventionner, la Convention n'impose pas des obligations déterminées ». Par. 30 : « Bien que "l'exclusion des enfants des requérants" ne lui semble pas se fonder sur des motifs "d'ordre technique ou administratif", la Commission ne croit pas non plus "qu'il en résulte une violation de l'article 8 (art. 8) de la Convention": si "l'Etat n'est pas tenu par la Convention, malgré l'obligation scolaire qu'il a instaurée", d'"offrir un enseignement français aux francophones" de Flandre, "il en découle que rien ne l'astreint (...) à leur ouvrir des écoles françaises existantes ni à subventionner des écoles françaises" qui accepteraient "les enfants des requérants dans des conditions" non prévues "par la législation linguistique ». Cour EDH, 12 avril 2006, n° 65731/01 et n° 65900/01, *Stec et autres contre Royaume Uni*. Par. 57. « Pour sa part, la Grande Chambre, statuant suite au désistement de la Chambre en sa faveur, considère que, d'une manière générale, pareilles questions d'économie et de cohérence administratives relèvent de la marge d'appréciation de l'Etat et la décision de lier au régime des retraites l'extinction du droit à percevoir la REA était raisonnablement et objectivement justifiée, ladite prestation étant destinée à compenser une diminution de la capacité de gain subie par une personne au cours de sa vie active ». Voir Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux : études de droit conventionnel européen, op.cit.*, p. 482. Voir également, Gérard GONZALES, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, n° 5, 2010, p. 1003.

⁶²⁸ Voir *supra*, p. 66 et s.

jurisprudence sociale de la Cour européenne sur l'*aménagement* de la législation sociale nationale est donc compliquée. De ce point de vue, on peut considérer que les *droits sociaux dérivés conventionnels* ne fondent que des *obligations relatives* pour les législateur français et grec. Les *standards sociaux* imposés ne concernent que la *suppression éventuelle* de prestations ; ils font ainsi l'objet d'une approche différenciée.

Conclusion du § 2 :

403. La Convention européenne fonde des *droits sociaux spéciaux*. Cela présuppose sa concrétisation appropriée par la Cour européenne qui énonce *au cas par cas* des droits sociaux conventionnels *dérivés*. Cependant, ce n'est pas seulement en réalisant la *dérivation* de droits sociaux que la Cour européenne devient une juridiction chargée de contrôler systématiquement l'octroi de prestations matérielles de la part des Etats. L'activité du législateur national relative à la concrétisation du principe de l'Etat social reste dans la plupart des cas intacte au regard de la jurisprudence sociale de la Cour européenne.

404. Le législateur national n'est pas contraint d'agir pour respecter des « obligations positives » énoncées par les juges conventionnels. On ne peut certainement pas parler de *standards sociaux conventionnels* élevés que la France et la Grèce n'arrivent pas à satisfaire. La raison en est, d'une part, que la Cour européenne admet d'une manière générale la *marge nationale* des Etats signataires à déterminer leur propre production normative en étant plutôt laxiste dans la prononciation de censures. D'autre part, le contrôle des droits sociaux en particulier ne va pas sans poser quelques difficultés dues à leur *relativité*. En raison de l'absence de fondements sociaux au sein de la Convention européenne, leur sens est déterminé *au cas par cas* par la Cour européenne. Il s'ensuit que les requêtes tendant à leur reconnaissance ne sont pas facilement recevables. Leur éventuelle admission se heurte effectivement, dans la plupart des cas, à la difficulté de réunir les conditions exactes déterminant l'existence d'une violation.

Conclusion de la 1^{re} section :

405. Les Conventions OIT, le Pacte social, ou encore la Charte sociale européenne fondent des droits sociaux, à l'instar de la Convention européenne. Toutes les conventions internationales peuvent être *a priori* qualifiées de *sociales*, mais la qualification n'est pas sans poser certaines *difficultés* pour chacune d'elles. Dans le cas des premières, la difficulté principale réside dans le refus des juges internes de reconnaître leur *invocabilité*. Ce fait les prive de tout contrôle, ce qui exclut, par conséquent, tout effet bénéfique pour les individus.

406. Quant au cas de la Convention européenne, les droits sociaux en sont dégagés *au cas par cas* par le juge conventionnel et disposent ainsi d'un *sens relatif*. L'incertitude de leur sens ne permet pas de contrôle systématique de leur *aménagement* par les Etats signataires. La sanction de ces derniers se heurte, dans la plupart des cas, à leur *marge d'appréciation* qui rend difficile tant la recevabilité des requêtes, qu'une sanction éventuelle. Outre ces problèmes relatifs aux *conventions internationales sociales*, il est possible de dégager certaines difficultés liées à l'Union européenne sociale.

Section 2 - L'affirmation douteuse d'une Union européenne sociale

407. L'analyse qui suit porte sur l'*Union européenne sociale* et, plus précisément, sur les difficultés qu'une telle qualification pose. L'ordre juridique de l'Union européenne diffère de l'ordre juridique international en ce qu'il est le seul qui comprend des organes spécialisés pour produire, appliquer et sanctionner les normes produites en son sein⁶²⁹. Son droit primaire ne consacre pas seulement des *droits sociaux fondamentaux*, mais aussi des *objectifs sociaux*. A première vue, le droit de l'Union européenne répond à la qualification de « social » dans la mesure où il consacre des fondements du principe de l'Etat social et son *effet direct* ne peut être généralement contesté⁶³⁰.

408. Or, le simple constat de la consécration de normes sociales au sein du *droit primaire* ne suffit pas à écarter une vision très restrictive de l'Union européenne sociale. Une première raison à cela porte sur le sens exact du principe de l'« Union européenne sociale » et de ses différences avec le principe social constitutionnel. Il convient précisément de constater qu'en raison des origines des Communautés européennes, l'« Union européenne sociale » d'aujourd'hui ne peut qu'avoir avant tout une signification économique. Une seconde raison réside dans l'invocabilité très limitée des normes sociales de droit primaire due au principe de subsidiarité qui régit leur application et à la contestation de leur caractère obligatoire.

409. Il convient alors d'analyser l'« Union européenne économique et sociale » (1), avant de mettre en exergue le problème de l'invocabilité de ses fondements (2).

⁶²⁹ On y trouve des organes à caractère législatif (Commission européenne, Parlement européen, Conseil européen), exécutif (Commission européenne, Conseil de l'Union européenne), et juridictionnel chargés de contrôler les actes édictés par les deux premières catégories d'organes précitées (Cour de Justice de l'Union européenne, Tribunal de l'Union européenne). Par ailleurs, le droit de l'Union a établi une hiérarchie propre de normes : les normes de droit primaire sont supérieures à celles de droit secondaire

⁶³⁰ CJCE, 5 février 1963, C-26/62, *Van Gend & Loos*.

§ 1 - Le principe de l'« Union européenne économique et sociale »

410. Il est aujourd'hui possible d'identifier les normes qui consacrent le *principe social* dans l'ordre juridique de l'Union européenne, bien que ce soit surtout des principes économiques qui ont auparavant fondé les Communautés européennes⁶³¹. On peut alors se demander comment une telle évolution a été possible. Dès lors, nous examinerons les principes qui ont guidé l'évolution du droit primaire de l'Union, qui est passé d'un droit essentiellement économique à un droit également social. C'est seulement en connaissant l'origine de l'Union européenne sociale (A) qu'il sera possible de saisir son sens actuel et d'affirmer sa consécration dans le cadre du libre marché (B).

A - L'origine économique de l'Union européenne sociale

411. Avant que l'Union européenne soit qualifiée de *sociale* par les traités fondateurs modifiés, le *droit secondaire* a réglé la « coordination » des régimes de sécurité sociale des travailleurs (i), tandis que la jurisprudence de la Cour de Justice exigeait l'octroi de droits sociaux aux non travailleurs (ii).

i - La « coordination » des régimes de sécurité sociale des travailleurs

412. L'orientation sociale de l'Union européenne s'est initiée au moment où le *droit secondaire* a commencé à encadrer le droit à la sécurité sociale des travailleurs ressortissants de l'Union européenne⁶³². On entend par « coordination » des systèmes de protection sociale des Etats membres le processus de rapprochement des législations nationales qui permet aux travailleurs ressortissants d'un Etat membre *x* de jouir des mêmes droits que les travailleurs ressortissants d'un Etat membre *y* où ils exercent leur activité professionnelle. Le concept ne se différencie pas vraiment de celui d'« harmonisation » des règles, car aucun des deux n'implique l'application de règles uniformes en matière sociale par les Etats membres, mais seulement celle d'un *socle de principes communs*⁶³³. La coordination a notamment visé à régler les questions

⁶³¹ La Communauté européenne économique établie par le Traité de Rome en 1957 a pour mission l'établissement d'un marché commun et le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres. L'Acte unique européen en 1986 a permis la transformation progressive du marché commun issu du traité de Rome en un marché unique sans frontières intérieures.

⁶³² Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de l'aide et de la protection sociale, op.cit.*, p. 46.

⁶³³ Il convient d'employer les deux termes dans un sens identique, dans la mesure où les deux expriment cette idée de « rapprochement normatif » des droits nationaux. Riccardo MONACO, « Comparaison et rapprochement des législations dans le Marché commun européen », *RIDC*, vol. 12, n° 1, 1960, p. 61. Michel LAROQUE, « Coordination et convergence des systèmes de Sécurité sociale des États membres de la CEE », *Droit social*, n° 9-10, 1993, p. 792

résultant de la mobilité des travailleurs au sein des Communautés européennes, sans modifier radicalement les législations nationales.

413. Le processus a eu lieu dans le contexte d'accomplissement du *libre marché* promu par les traités fondateurs des Communautés européennes dès leur création. La grande hétérogénéité entre les différents systèmes de protection sociale était vue comme obstacle à la mobilité de la main d'œuvre. Dans cette perspective, le fonctionnement régulier du marché libre n'était pas possible sans l'attribution de *droits sociaux aux travailleurs* qui leur permettraient de circuler librement dans les Etats des Communautés puis de l'Union européenne. Dans cet objectif, la directive n° 96/71/CE a encadré le *détachement des travailleurs* en leur accordant des permissions sociales⁶³⁴. Parallèlement, le Conseil de l'Union a édicté les règlements n° 1612/68⁶³⁵ et n° 1408/71⁶³⁶ relatifs à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés qui se déplacent à l'intérieur de l'Union européenne, mais aussi aux *membres de leurs familles*. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de Justice a systématisé l'octroi de permissions sociales aux membres de la famille des travailleurs⁶³⁷.

414. A défaut de présence de normes sociales au sein du droit primaire de l'Union, la reconnaissance d'un *droit à la sécurité sociale* au bénéfice des travailleurs et de leurs familles disposait de sources supérieures alternatives. En effet, avant la consécration du *principe social* par les traités fondateurs, la coordination des systèmes de protection sociale a eu lieu sur le double fondement du principe d'*égalité* entre nationaux et non-nationaux et de la *liberté de circulation* des travailleurs⁶³⁸. Dans la mesure où les travailleurs circulaient librement parmi les Etats membres, ils devaient accéder aux mêmes droits que les travailleurs nationaux. Il s'ensuit que dès le début, la coordination en matière de protection sociale est apparue comme la

⁶³⁴ Sans pour autant entrer dans la problématique spécifique à laquelle ce sujet a donné lieu, connu sous le terme de « dumping social ». Voir sur ce sujet Marion DEL SOL, Muriel LE BARBIER-LE BRIS, Emmanuelle LAFUMA, « Faut-il réviser la directive détachement ? », *Rev. trav.*, n° 5, 2012, p. 262.

⁶³⁵ Règlement n° 1612/ 68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs dans la Communauté (JO L 257 du 19/10/1968, p. 0002).

⁶³⁶ Règlement n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JOCE, L 149 du 05/07/1971 p. 0002). Voir aussi le règlement d'application n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 (JO L 28 du 30/01/1972) mis à jour par les règlements n° 2001/83 du Conseil du 2 juin 1983 (JO L 230 du 22/08/1983, p. 6) et le règlement n° 118/97 du Conseil du 2 décembre 1996. Il a été remplacé par le règlement n° 883/ 2004 du Conseil du 29 avril 2004 (JO L 200 du 7/06/2004, p. 1) et le règlement n° 987/2009 du Conseil du 30 octobre 2009, (JO L 284 du 30/10/2009).

⁶³⁷ Voir CJCE, 30 septembre 1975, C-32/ 75, *Cristini*. Précisément sur l'assimilation du partenaire au conjoint, voir CJCE, 17 avril 1986, n° 59/85, *Reed*. Sur la protection des enfants des travailleurs, voir : CJCE, 21 juin 1986, C-197/86, *Brown* ; CJCE, 3 juillet 1974, C-9/74, *Casagrande contre Landshauptstadt Munchen*.

⁶³⁸ Prodromos MAVRIDIS « Les juridictions européennes et leurs interventions dans le domaine de la Protection sociale », *Regards*, vol. n° 47, n° 1, 2015, p. 71. Article consultable sur cairn.fr.

conséquence de la libéralisation des conditions de circulation et d'échange⁶³⁹. Dans cette perspective, l'octroi de droits sociaux était lié à l'application des libertés économiques. La connaissance de l'origine des fondements sociaux de l'Union européenne éclaire leur sens actuel, caractérisé par la tendance de les penser en tant que *compléments* des principes économiques⁶⁴⁰.

415. Enfin, dans le contexte embryonnaire de coordination des systèmes de protection sociale, les *droits sociaux* n'avaient pas un sens spécifique par rapport à celui de *droits des travailleurs*⁶⁴¹. Ils étaient, en revanche, pensés comme des *droits accessoires* à ceux-ci. En ce sens, l'élargissement des droits sociaux impliquait nécessairement une rupture avec la qualité de travailleur. Le passage de l'Europe des *travailleurs* à l'Europe *sociale*⁶⁴² s'est initié avec l'octroi de droits sociaux aux *ressortissants non travailleurs* de l'Union européenne.

ii - L'octroi de droits sociaux aux non-travailleurs

416. Après l'extension des droits sociaux aux membres de la famille des travailleurs, d'autres catégories de *ressortissants non actifs* sont aussi devenues bénéficiaires de droits sociaux au regard du droit de l'Union. L'attribution de droits sociaux a en effet été fondée sur certaines *directives* relatives au droit de séjour des individus sans activité professionnelle⁶⁴³. Néanmoins, c'est principalement la Cour de Justice qui, à travers une jurisprudence très riche, a admis des droits sociaux au bénéfice des non travailleurs. Il s'agissait notamment des étudiants, des chômeurs et des retraités⁶⁴⁴.

417. En raison de l'élargissement des bénéficiaires de prestations, un nouveau concept a émergé pour décrire ce phénomène ; celui de « citoyenneté sociale européenne »⁶⁴⁵. D'une manière

⁶³⁹ Yves CHASSARD, Patrick VENTURINI, « La dimension européenne de la protection sociale », *Droit social*, n° 9-10, 1995, p. 772.

⁶⁴⁰ Voir *infra*, p. 170.

⁶⁴¹ Voir dispositions sur la santé et la sécurité des travailleurs de la directive cadre n° 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (JO L 183 du 29/06/1989, p. 1-8. Elle a été mise à jour par le règlement n° 1882/2003 (JO L 284 du 31/10/2003, p. 1) et la directive 2007/30 (JO L 165/21 du 27/06/2007, p. 11).

⁶⁴² Lydia POVIE, « Le défi communautaire de la lutte contre l'exclusion sociale : la voie des droits sociaux fondamentaux », *RDSS*, Vol. 33, n° 4, 1997, p. 715. Voir également, en ce sens : Sean VAN RAEPENBUSCH, Melchior WATHELTET, *La sécurité sociale des travailleurs européens*, De Boeck Université, 2001, p. 162.

⁶⁴³ Directive n° 93/96/CEE du Conseil du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants (JO L 317 du 18/12/1993, p. 0059-0060). Directive n° 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990, relative au droit de séjour (JO L 180 du 13/07/1990, p. 0026-0027).

⁶⁴⁴ Ainsi, un ressortissant communautaire qui se déplace sur le territoire d'un autre État membre pour rechercher un emploi a droit aux allocations de recherche d'emploi versées par cet État selon : CJCE, 23 mars 2004, C-138/02, *Collins* ; CJCE, 15 septembre 2005, C-258/2004, *Ioannidis* ; CJCE, 22 juin 1972, n° 1/72, *Frilli*.

⁶⁴⁵ Michel BORGETTO, « L'égalité et l'aide sociale » *RDSS*, n° 3, 2013, p. 401. Voir aussi la thèse de Sandrine MAILLARD, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008.

générale, la « citoyenneté » est entendue comme la reconnaissance d'un statut spécifique aux individus par un Etat et une condition d'attribution et d'exercice de droits au sein de ce dernier⁶⁴⁶. Dans la mesure où le simple fait d'être ressortissant d'un Etat membre suffisait désormais à accéder à des droits sociaux, la *citoyenneté européenne* a acquis une *dimension sociale* et écarté définitivement cette dernière de la qualité de travailleur.

418. La Cour de Justice a clairement reconnu l'existence d'un lien entre la qualité de citoyen européen et l'octroi de prestations. Tel a été notamment l'apport de l'arrêt *Martinez Sala* de 1998⁶⁴⁷, ainsi que de l'arrêt *Grzelczyk* de 2001⁶⁴⁸. Il en va de même de l'arrêt *Marie-Nathalie D'Hoop* du 11 juillet 2002⁶⁴⁹ dans le cadre duquel la Cour a jugé qu'un individu pouvait accéder à une prestation sociale même sans avoir précédemment travaillé au sein de l'Etat membre où il résidait. Si cette jurisprudence était censée se fonder sur les directives régulant la situation des non travailleurs, l'affirmation d'une *citoyenneté sociale européenne* a dépassé largement leurs énoncés. En réalité, l'attribution de droits sociaux en fonction du statut de *citoyen européen* par le droit secondaire est postérieure à la jurisprudence de la Cour de Justice⁶⁵⁰.

419. L'énoncé jurisprudentiel d'une *citoyenneté sociale européenne* illustre la contribution de la Cour de Justice à l'émergence d'une vraie dimension sociale de l'Union européenne⁶⁵¹. A un moment où les droits sociaux des individus n'existaient pas en tant que tels au sein du *droit secondaire*, les juges de l'Union européenne se sont fondés sur le *principe d'égalité* afin d'établir un même niveau de prestations pour tous les citoyens européens⁶⁵². Ils ont ainsi

⁶⁴⁶ Instituée par le traité de Maastricht en 1992 et consacrée ensuite par le traité d'Amsterdam en 1997, la citoyenneté de l'Union complète mais ne remplace pas la citoyenneté nationale (aujourd'hui, voir l'article 9 TUE du Traité de Lisbonne). Elle se fonde également sur la Charte de l'Union européenne, Chapitre V, articles 39-46. Voir *infra*, p. 206 et s.

⁶⁴⁷ CJCE, 12 mai 1998, C-85/96, *Martinez Sala contre Freistaat Bayern*.

⁶⁴⁸ CJCE, 20 septembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*. Considérant n° 31 : « La citoyenneté européenne a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant aux citoyens qui se trouvent dans la même situation d'obtenir le même traitement juridique ».

⁶⁴⁹ CJCE, 11 juillet 2002, C-224/98, *Marie-Nathalie D'Hoop*. C'est au nom du principe d'égalité et de la citoyenneté européenne que la requérante a pu obtenir une allocation l'aidant dans sa recherche d'un premier emploi.

⁶⁵⁰ Directive n° 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Sur les limites de la citoyenneté sociale européenne, voir *infra*, p. 290 et s.

⁶⁵¹ Myriam BENLOLO-CARABOT, « Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union Européenne. Entre instrumentalisation et 'fondamentalisation' », *Revue des droits de l'homme*, n° 1, 2012, p. 84-102. Sophie ROBIN-OLIVIER, « Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe », *Droit social*, 2016, p. 219. Theodoros SAKELLAROPOULOS, Jos BERGMAN, *Connecting welfare diversity within the European Social Model*, Oxford, New York, Intersentia, Antwerpen, 2004.

⁶⁵² Se pose toutefois la question de savoir dans quelle mesure le principe de non-discrimination peut être un fondement pertinent d'une telle extension des droits sociaux. Voir *infra*, p. 208.

« dérivé » les fondements de l'Union européenne sociale de normes régulant la mobilité des citoyens européens.

Après avoir analysé l'origine de l'Union européenne sociale, il convient à présent de procéder à l'étude de ses fondements actuels.

B - L'affirmation de l'Union européenne sociale dans le cadre du libre marché

420. L'examen des fondements sociaux de l'Union européenne nous permettra de relever leur lien avec les libertés économiques (i) et la manière dont celles-ci transforment le concept national de services publics sociaux (ii).

i - Le lien entre l'Union européenne sociale et les libertés économiques

421. L'Union européenne se fonde tant sur des *objectifs sociaux* que sur des *droits sociaux fondamentaux*. La consécration des *objectifs sociaux* a été réalisée par le Traité de Lisbonne⁶⁵³. Conformément à la définition précédemment proposée des objectifs sociaux supra-législatifs⁶⁵⁴, il s'agit de dispositions qui chargent les organes de l'Union européenne de tâches préalables à l'accès des individus à des prestations. Les objectifs sociaux énoncés par le Traité de Lisbonne dépassent pour la première fois le domaine de l'emploi, marquant ainsi une différence significative avec les traités précédents⁶⁵⁵.

422. Tel est le cas, par exemple, de l'article 9 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE ») qui énonce que « dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions », l'Union européenne « prend en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'à un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine ». De même, l'article 151 TFUE consacre les objectifs de « la promotion de

⁶⁵³ Les dispositions du traité ont été approuvées par le Conseil européen de Lisbonne le 19 octobre 2007 et signé le 13 décembre de la même année par les 27 chefs d'État ou de gouvernement pour être ensuite ratifié par chaque État membre selon ses propres procédures de ratification. Le traité de Lisbonne consiste à deux traités distincts : le « traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » (TFUE) qui renvoie au traité de Rome et le « traité sur l'Union européenne » (TUE) qui renvoie à celui de Maastricht de 1992.

⁶⁵⁴ Voir *supra*, p. 67 et s.

⁶⁵⁵ Quant aux dispositions sociales consacrées auparavant par les traités fondateurs, il convient de mentionner le Préambule du Traité de Maastricht du 7 février 1992 visant à assurer le « *progrès économique et social* » et, d'autre part, la référence du préambule du Traité à « la solidarité » qui donnent déjà un indice de l'évolution ultérieure. Un pas plus déterminant a été franchi avec l'adoption en 1992 du « Protocole social » concernant les droits sociaux des travailleurs. Celui-ci, qui met l'accès au marché du travail au centre des actions de l'Union européenne, a été initialement annexé au traité de Maastricht, puis intégré au traité CEE par le traité d'Amsterdam. Pour sa part, le traité d'Amsterdam de 1997 consacre l'emploi comme une question d'« intérêt communautaire » et invite les États membres à coordonner leurs actions en la matière. Ce traité énonce en outre pour la première fois l'objectif de lutte contre l'exclusion sociale.

l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions »⁶⁵⁶. En outre, certaines autres dispositions portent sur des objectifs plus précis, tels que la santé des individus⁶⁵⁷ ou l'éducation⁶⁵⁸.

423. Aux *objectifs sociaux* s'ajoutent les *droits sociaux* consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000 (« Charte de l'UE »)⁶⁵⁹, intégrée au *droit primaire* également par le Traité de Lisbonne⁶⁶⁰. Le droit primaire inclut alors pour la première fois un catalogue de droits fondamentaux. En dépit des objections initiales de certains Etats membres tel le Royaume-Uni, la Charte de l'UE avait déjà dans le passé consacré des droits sociaux, en affirmant l'indivisibilité des droits⁶⁶¹. A partir de 2007, l'affirmation n'était plus simplement programmatique ; elle acquit un caractère obligatoire.

424. A travers une structure originale, la Charte de l'UE regroupe, d'une part, certains droits dans le chapitre intitulé « Liberté » - où l'on trouve d'ailleurs le droit à l'éducation⁶⁶² - et,

⁶⁵⁶ La même disposition, dans son premier alinéa, énonce que « L'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs... ». Cette référence n'est pas sans poser certains problèmes dans la mesure où, d'une part, le premier texte n'a jamais reçu de force contraignante et, d'autre part, elle est remplacée actuellement par la Charte sociale européenne révisée. Ils ne peuvent pas être vus comme les fondements des droits sociaux fondamentaux de l'Union européenne, mais seulement comme des textes qui marquent leur origine.

⁶⁵⁷ Article 168, par. 1 TFUE : « Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union. L'action de l'Union, qui complète les politiques nationales, porte sur l'amélioration de la santé publique et la prévention des maladies et des affections humaines et des causes de danger pour la santé physique et mentale. Cette action comprend également la lutte contre les grands fléaux, en favorisant la recherche sur leurs causes, leur transmission et leur prévention ainsi que l'information et l'éducation en matière de santé, ainsi que la surveillance de menaces transfrontières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci. L'Union complète l'action menée par les États membres en vue de réduire les effets nocifs de la drogue sur la santé, y compris par l'information et la prévention ».

⁶⁵⁸ Article 165, par. 1 TFUE : « L'Union contribue au développement d'une éducation de qualité en encourageant la coopération entre États membres et, si nécessaire, en appuyant et en complétant leur action tout en respectant pleinement la responsabilité des États membres pour le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif ainsi que leur diversité culturelle et linguistique. L'Union contribue à la promotion des enjeux européens du sport, tout en tenant compte de ses spécificités, de ses structures fondées sur le volontariat ainsi que de sa fonction sociale et éducative ».

⁶⁵⁹ La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été signée et proclamée par les présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission lors du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000.

⁶⁶⁰ Article 6, par. 1 TUE : « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ».

⁶⁶¹ Marie-Claire PONTHEREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits », *RFDA*, n° 5, 2003, p. 928. Florence BENOIT-ROHMER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Revue Dalloz*, n° 19, 2001, p. 1483.

⁶⁶² Article 14, Droit à l'éducation : « 1. Toute personne a droit à l'éducation, ainsi qu'à l'accès à la formation professionnelle et continue. 2. Ce droit comporte la faculté de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire. 3. La liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques, ainsi que le

d'autre part, un catalogue de droits sociaux dans le chapitre intitulé « Solidarité »⁶⁶³. Cependant, l'« architecture » décrite laisse entendre que les droits sociaux ne sont pas eux-mêmes des *libertés*, un élément qui relativise l'affirmation de l'indivisibilité des droits par la Charte de l'UE⁶⁶⁴. En tout état de cause, il convient de constater que les droits sociaux disposent désormais d'un sens spécifique par rapport aux droits des travailleurs au sein du droit primaire qui garantit ainsi la *citoyenneté sociale européenne*⁶⁶⁵.

425. Si le constat de la présence de *normes sociales* au sein du droit primaire permet de qualifier l'Union européenne de *sociale*, il importe aussi de prendre note de leur sens exact. L'interprétation opérée ici s'appuie sur le constat que plusieurs dispositions du Traité de Lisbonne entendent le « progrès social » dans le cadre du libre marché⁶⁶⁶. Les fondements sociaux sont strictement rattachés aux objectifs économiques. En accord avec l'origine de l'Union européenne sociale, le plein alignement sur le principe social est conçu comme le

droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, sont respectés selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ».

⁶⁶³ Article 29, Droit à l'emploi : « Toute personne a le droit d'accéder à un service gratuit de placement ». Article 33, Vie familiale et vie professionnelle : « 1. La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social. 2. Afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant ». Article 34, Sécurité sociale et aide sociale : « 1. L'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales. 2. Toute personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union a droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales. 3. Afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales ». Article 35, Protection de la santé : « Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union ».

⁶⁶⁴ Cela se reflète au niveau de contentieux. Voir *infra*, p. 182 et s.

⁶⁶⁵ Article 34, par. 2 : « Toute personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union a droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ».

⁶⁶⁶ Article 3, par. 3 TUE : « L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant. Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres. Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen ». Cette conception a été réitérée à plusieurs occasions au sein du Traité de Lisbonne. Voir, par exemple, l'article 151 TFUE et le préambule du TUE selon lequel les États membres sont « déterminés à promouvoir le progrès économique et social de leurs peuples, compte tenu du principe du développement durable et dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur ».

corollaire de l'achèvement du marché intérieur et de son fonctionnement régulier⁶⁶⁷. Pour sa part, la Cour de Justice a retenu dans le passé une position similaire⁶⁶⁸.

426. Il devient alors assez clair que les normes sociales du droit primaire diffèrent essentiellement des normes constitutionnelles sociales françaises et helléniques. Au regard du droit de l'Union européenne, comme cela était l'intention des pères fondateurs, l'Europe sociale passe « par l'économique »⁶⁶⁹. Elle ne constitue pas une garantie autonome vis-à-vis de celle des libertés économiques, mais son sens est déterminé par celles-ci. Tel n'est nullement le cas dans les ordres juridiques nationaux où les principes relatifs au marché intérieur ne sont pas consacrés au rang constitutionnel. En France et en Grèce, aucune disposition constitutionnelle n'influence le sens du principe de l'Etat social. Ainsi, le lien entre les libertés économiques et les normes sociales est une *spécificité* du droit de l'Union européenne. La particularité signalée au niveau théorique a aussi des manifestations concrètes sur la conception européenne de *services publics sociaux* nationaux.

ii - La transformation du concept national de services publics sociaux

427. L'analyse précédente sur le *principe social constitutionnel* en France et en Grèce nous a permis d'identifier son rapport avec les *services publics sociaux*⁶⁷⁰. Ces derniers ont été définis comme des structures *publiques* créées par le législateur national et concrétisant le principe supérieur de l'Etat social. Un même lien peut difficilement être affirmé au sein du droit primaire de l'Union où le principe social est consacré dans le cadre économique. Dans la mesure où les traités fondateurs de l'Union européenne portent essentiellement sur le libre marché, la présence de telles structures étatiques ne va pas de soi. La question qui se pose ici est alors celle de savoir si le *droit primaire* fonde également des *structures publiques chargées de l'octroi de prestations matérielles* aux individus.

⁶⁶⁷ Olivier DE SCHUTTER, « The implementation of fundamental rights through the open method of coordination », in Olivier DE SCHUTTER, Simon DEAKIN, *Social rights and market forces: Is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe?* Bruylant, 2005, p. 279. Philip ALSTON, Heenan JAMES, Mara R. BUSTELO, *L'Union européenne et les droits de l'Homme* Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 471. Olivier DE SCHUTTER, « L'équilibre entre l'économique et le social dans les traités européens », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 2006, p. 131, en ligne sur cairn.fr. Myriam BENLOLO-CARABOT, « Chapitre 2. Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union Européenne », *op.cit.* Prodromos MAVRIDIS, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne. Etude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Sakkoulas, Bruylant, 2003.

⁶⁶⁸ CJCE, 29 septembre 1987, C-126/86, *Gimenez Zaera*. Considérant n° 13 : « L'article 117 établit, à son alinéa 1, la nécessité pour les Etats membres de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès. Aux termes de l'alinéa 2, cette évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun favorisant une harmonisation des systèmes sociaux que des procédures prévues par le traité et du rapprochement des dispositions nationales ». Voir également, CJCE, 17 mars 1993, C-72/91, C-73/91, *Sloman Neptun*.

⁶⁶⁹ Claire AUBIN, « L'Europe sociale entre mythe et réalité », *Droit social*, n° 5, 2007, p. 618

⁶⁷⁰ Voir *supra*, p. 121 et s.

428. En premier lieu, en tant que règles du libre marché, on entend notamment le « principe de la concurrence » qui vise à garantir l'*égal accès* au marché à tous les opérateurs publics et privés⁶⁷¹. Le principe de la concurrence était déjà consacré par le Traité de Rome du 25 mars 1957⁶⁷², c'est-à-dire longtemps avant que ne soit pris en compte le *principe social*. Aujourd'hui, les règles de la concurrence relèvent du Traité de Lisbonne⁶⁷³ et impliquent l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, des ententes et des abus de position dominante⁶⁷⁴. Dans la mesure où la valeur constitutionnelle du principe de la concurrence est contestée en France⁶⁷⁵ et en Grèce⁶⁷⁶, ses fondements supérieurs se trouvent exclusivement dans le droit primaire de l'Union. Pour cette raison, il est souvent perçu comme un principe supranational par excellence.

429. En second lieu, le principe de la concurrence entre nécessairement *en conflit* avec le principe social tel que consacré par les Constitutions française et hellénique. C'est précisément l'existence de *services publics sociaux* qui est contradictoire avec le principe de concurrence. D'après ce dernier, la garantie d'une pleine égalité entre opérateurs ne permet pas le maintien de *privilèges* en faveur de structures publiques prestataires, y compris de leur financement. Or, en France et en Grèce, l'octroi de prérogatives publiques spéciales à ces entités est le corollaire de leur qualification de *services publics*⁶⁷⁷.

430. Afin de dépasser le problème, le droit de l'Union européenne opère une *conciliation* entre les services publics nationaux et le principe de la concurrence par le biais de *normes du droit primaire* qui énoncent la garantie des « services d'intérêt général »⁶⁷⁸. Le concept implique que certaines activités dérogent à la concurrence en raison de leur *nature particulière*. Le même

⁶⁷¹ Martine LOMBARD, « Concurrence », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique, op.cit.*, p. 254. La concurrence est un mode d'organisation des agents économiques selon lequel interviennent sur un marché des offreurs et des demandeurs de biens et de services, qui s'oppose à une économie planifiée. Il est envisagé par certains auteurs comme bénéfique en permettant une bonne allocation des ressources au sein de la collectivité, alors que pour d'autres il constitue un obstacle à l'exercice de certaines libertés et entre en conflit avec le concept de service public.

⁶⁷² Article 3, traité de Rome, par. f : « Aux fin énoncées à l'article précédent, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité : l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun ».

⁶⁷³ Articles 101 à 109 TFUE organisés en deux sections respectivement dédiées aux « règles applicables aux entreprises » (articles 101 à 106) et aux « aides accordées par les États » (articles 107 à 109).

⁶⁷⁴ Gabriel ECKERT, *Droit public des affaires*, L.G.D.J., 2013, p. 179.

⁶⁷⁵ Voir Louis FAVOREU et *alii*, *Droit constitutionnel, op.cit.*, p. 980, 981. Voir également, Patrick HUBERT, Adrien CASTAN, « Droit constitutionnel et liberté de la concurrence », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, octobre 2015, p. 15.

⁶⁷⁶ La Constitution hellénique garantit la liberté d'entreprendre (article 5, par. 1) mais pas le principe de concurrence. Cependant, pour une partie de la doctrine, ce dernier se fonde sur la première d'une manière indirecte (Lire, par exemple, Euridiki BESILA-VIKA, *La concurrence libre et ses limitations*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 1998). Cependant, aucun arrêt du Conseil d'Etat hellénique n'a jusqu'à nos jours affirmé une telle concrétisation.

⁶⁷⁷ Voir *supra*, p. 117.

⁶⁷⁸ Protocole n° 26 sur les services d'intérêt général (JO C 326/1 du 26/10/2012, p. 308).

concept comprend à la fois tant les « services d'intérêt général *non économique* »⁶⁷⁹ que les « services d'intérêt *économique* général »⁶⁸⁰. La seule véritable exception à la concurrence concerne les premières activités, qui ne sont pas qualifiées d'« économiques »⁶⁸¹. Cependant, la « nature économique » est conçue dans le droit de l'Union d'une manière très large. En pratique, presque aucune activité ne peut être entièrement exemptée du respect du principe de la concurrence, autres que les « activités régaliennes » de l'armée, de la police et de la justice des Etats membres.

431. Dès lors, c'est surtout le second concept qui nous intéresse : les « services d'intérêt général économique » signifie que certaines activités, bien qu'économiques, peuvent être *partiellement* exemptées du respect du principe de la concurrence. La Cour de Justice a en premier lieu permis la *dérogation* de certains services publics en réseaux aux règles de la concurrence en vertu de leur *mission spécifique*. Cette reconnaissance jurisprudentielle a donné lieu à un nouveau concept, celui de « service universel »⁶⁸², qui renvoie en réalité aux principes d'*égalité* devant le service public et de *continuité* du service public consacrés dans les ordres juridiques nationaux. Il était désormais admis que certains services publics nationaux devaient garantir le *service universel*, même si cela violait le principe de la concurrence. Dans ses arrêts *Commune d'Almelo*⁶⁸³, *Commission contre France*⁶⁸⁴, *Paul Corbeau*⁶⁸⁵, *Corsica Ferries France SA*⁶⁸⁶, ou

⁶⁷⁹ Article 2 du Protocole n° 9 : « Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres relative à la fourniture, à la mise en service et à l'organisation de services non économiques d'intérêt général ».

⁶⁸⁰ Article 14, par. 1 TFUE: « Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions ». Voir également, article 36 de la Charte de l'UE et article 1^{er} du Protocole n° 9.

⁶⁸¹ Voir *infra*, p. 341 et s.

⁶⁸² Le service universel exige l'accessibilité territoriale et tarifaire pour tous les usagers en impliquant certaines obligations de service public à l'égard des grands opérateurs en réseaux dans le souci d'équilibrer les changements que la libéralisation des secteurs traditionnellement gérés par des monopoles publics était censée apporter. A cet égard, le service universel est censé offrir un service de base à tous les consommateurs sans exclure ceux que leur localisation géographique ou leur situation sociale défavorise. Jean -Louis CLERGERIE, Annie GRUBER, Patrick RAMBAUD, *L'Union européenne*, Dalloz, 2016, p. 455. Marc DEBENE, Olivier RAYMUNDIE, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA*, 1996, p. 183.

⁶⁸³ CJCE, 27 avril 1994, C-393/92, *Commune d'Almelo*. Considérants n° 47, 48 : « La construction communautaire laisse toute latitude aux États membres pour définir, en fonction des caractéristiques de leur ordre juridique interne, le périmètre des entreprises d'intérêt général. Il convient de relever qu'une telle entreprise doit assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients ».

⁶⁸⁴ CJCE, 27 octobre 1997, C-159/94, *Commission contre France*.

⁶⁸⁵ CJCE, 19 mai 1993, C- 320/91, *Paul Corbeau*.

⁶⁸⁶ CJCE, 18 juin 1998, C-266/96, *Corsica Ferries*.

encore *Altrmark*⁶⁸⁷, la Cour de Justice a en effet admis que les *obligations* de service public constituait des entraves à l'application du principe de la concurrence⁶⁸⁸.

432. La consécration des *exceptions* au principe de la concurrence ne change toutefois pas le fait que la majorité des services publics nationaux sont *en principe* considérés comme des *activités économiques*. Il y a ainsi un « renversement de l'ordre » qui s'opère par rapport à la *conception nationale* des services publics qui part du principe de leur exemption totale du respect du principe de la concurrence en raison de la *mission d'intérêt général* qu'ils sont censés poursuivre⁶⁸⁹. Dans le cadre du droit primaire, il convient de rechercher *au cas par cas* quelles sont précisément les activités de services publics qui pourraient donner lieu à une exemption *totale ou partielle*. Il s'avère qu'il est particulièrement difficile de savoir où situer exactement les *services publics sociaux nationaux*. Si aujourd'hui le traité de Lisbonne consacre les *services d'intérêt général* en tant que *limites* au principe de la concurrence, il s'agit certainement d'une limite contestable. Les services publics sociaux français et helléniques ne se trouvent nullement à l'abri du droit de la concurrence⁶⁹⁰.

Conclusion du § 1 :

433. Le *principe social* ne figurait pas parmi les principes fondateurs des Communautés européennes, mais la garantie d'un niveau matériel approprié pour les individus était censée se réaliser par le biais des libertés économiques. Pendant longtemps, le *droit secondaire* se limitait seulement à la *coordination* des systèmes de protection sociale des Etats membres en vue de garantir la mobilité des travailleurs. Puis, la Cour de Justice s'est appuyée sur le *principe de non-discrimination* pour attribuer des droits sociaux aux *non actifs*.

434. À la suite de l'émergence d'une *citoyenneté sociale européenne* par le biais de la jurisprudence, le Traité de Lisbonne a consacré le principe social dont le sens n'est toutefois pas identique à celui du principe social constitutionnel français et hellénique. Il implique en effet toujours un lien très fort avec les libertés économiques. La divergence entre l'ordre juridique européen et les deux ordres juridiques nationaux analysés se manifeste notamment dans le champ des *services publics sociaux* dont le fonctionnement peut entraîner l'application du principe de la concurrence. La différenciation de sens entre les normes sociales

⁶⁸⁷ CJCE, 24 juillet 2003, C-280/00, *Altrmark*.

⁶⁸⁸ Voir Stéphane BRACQ, « Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente », *RTD eur*, n° 1, 2004, p. 33. Voir également Antonis METAXAS, « Financement public des services d'intérêt économique général. Des clarifications et des questions pendantes », *Energie et droit*, n°2, 2004, Sakkoulas athina-thessaloniki, p. 36. (en grec).

⁶⁸⁹ Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Rober LAFORE, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 429.

⁶⁹⁰ Voir *infra*, p. 335 et s.

constitutionnelles et celles issues du droit de l'Union constitue, dans le cadre de notre étude, un premier axe de contestation de l'*Union européenne sociale*.

Par ailleurs, il convient désormais de démontrer que les normes sociales du droit primaire ne sont pas invocables.

§ 2 - La question de l'invocabilité des fondements sociaux de l'Union européenne

435. L'analyse qui suit vise à démontrer que l'*invocabilité* du principe social du droit de l'Union pose des difficultés. L'invocabilité d'un principe étant la conséquence de la reconnaissance de son *caractère obligatoire*, la contestation de la première entraîne logiquement une controverse autour de la seconde.

436. L'*invocabilité limitée* est un élément commun aux *deux* fondements sociaux du droit primaire, aux objectifs et aux droits sociaux, qui s'explique *partiellement* par le biais du principe de subsidiarité. Ce dernier signifie que l'Union européenne intervient en matière sociale seulement pour améliorer le niveau de protection garanti dans le cadre national à travers l'établissement de principes communs parmi les Etats membres⁶⁹¹. Les organes européens ne sont ainsi pas compétents pour déterminer la politique sociale des Etats membres mais seulement pour souligner leurs potentielles défaillances au regard des critères minimaux.

437. En raison du principe de subsidiarité des normes sociales de l'Union européenne, les *objectifs sociaux* peuvent être considérés comme des normes « inactives », car ils ne servent pas de fondements à une législation sociale par laquelle l'octroi de prestations serait réglé. La subsidiarité n'est pas le seul facteur qui affaiblit le contrôle des normes sociales, comme l'étude des *droits sociaux* de la Charte nous le montre. Une raison supplémentaire tient notamment à leur consécration en tant que « principes » au caractère obligatoire contestable. Il convient de démontrer que dans leur cas, l'application du principe de subsidiarité limite davantage un contrôle déjà restreint.

Ainsi, l'analyse qui suit examinera premièrement la contestation de l'invocabilité des objectifs sociaux du droit primaire (A), puis le contrôle restreint des droits sociaux du droit primaire (B).

A - La contestation de l'invocabilité des objectifs sociaux du droit primaire

438. L'application du principe de subsidiarité implique, concernant les *objectifs sociaux*, l'absence de normes produites sur leurs fondements. L'analyse suivante étudiera l'absence de

⁶⁹¹ Vlad CONTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTD européen*, n° 2, 2005, p. 305.

normes sociales au sein du droit secondaire (i), ainsi que le recours systématique au « droit souple » visant à contrebalancer cette lacune (ii).

i - L'absence de normes sociales au sein du droit secondaire

439. Les objectifs sociaux de l'Union européenne ne peuvent être contrôlés par la Cour de Justice, car aucune *norme secondaire* ne les concrétise. La raison d'une telle absence tient au *principe de subsidiarité* qui pose une *limite* à l'exercice des compétences de la part de l'Union européenne⁶⁹². Consacré auparavant par le Traité de Maastricht, il trouve aujourd'hui son fondement à l'article 5, par. 2 TUE du Traité de Lisbonne⁶⁹³. La fonction exacte du principe de subsidiarité est de régir l'exercice de « compétences communes » entre les Etats membres et les organes de l'Union européenne, permettant aux seconds d'intervenir d'une manière minimale qui, pour l'essentiel, ne modifie pas la législation nationale.

440. Plus précisément, les « compétences communes » ou « partagées »⁶⁹⁴ se distinguent des compétences « exclusives »⁶⁹⁵ pour lesquelles seule l'Union européenne est compétente. Dans ce dernier cas, l'Union européenne a la compétence de déterminer la politique suivie par les Etats membres. Ces deux catégories de compétences se différencient d'un troisième type de compétences qualifiées « d'appui » dans le cadre desquelles l'Union européenne agit simplement pour *compléter* l'action des Etats membres⁶⁹⁶. Leur différence par rapport aux

⁶⁹² Girolamo STROZZI, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne », *RTD européen*, n° 3, 1994, p. 373.

⁶⁹³ Article 5, par. 1 TUE : « Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences » : « En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ». Voir également article 2, par. 1 et 2 TUE complété par le Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité et la déclaration n° 18 concernant la délimitation des compétences.

⁶⁹⁴ Article 5, par. 3 TUE : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole ». Article 4 par. 2 TFUE : « Les compétences partagées entre l'Union et les États membres s'appliquent aux principaux domaines suivants : a) le marché intérieur, b) la politique sociale, pour les aspects définis dans le présent traité, c) la cohésion économique, sociale et territoriale ».

⁶⁹⁵ Selon l'article 3 TFUE, il s'agit de l'union douanière, l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro, la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche et la politique commerciale commune.

⁶⁹⁶ Selon l'article 6 TFUE, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions, pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres dans des domaines de la protection et l'amélioration de la santé humaine, de l'industrie, de la culture, du tourisme, de l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport, de la protection civile, de la coopération administrative.

compétences partagées est que dans ce cas, les organes de l'Union européenne ne peuvent même pas effectuer une *coordination/harmonisation* des législations nationales⁶⁹⁷. Est *a priori* hors de la compétence des organes de l'Union européenne celle d'établir des règles communes pour les Etats membres.

441. Le principe de subsidiarité, en combinaison avec le « principe de proportionnalité »⁶⁹⁸, permettent à la Cour de Justice de contrôler sur leur fondement si les organes de l'Union européenne outrepassent leurs compétences⁶⁹⁹. Le « principe de proportionnalité » doit être entendu ici comme l'interdiction pour les organes de l'Union européenne d'entreprendre des actions qui dépassent le seuil de leur habilitation, entrant ainsi sur le « terrain » national⁷⁰⁰. Au regard de ces deux principes, la Cour de Justice peut être saisie par un Etat membre d'un *recours en annulation* contre un acte législatif de l'Union européenne. Certes, le juge communautaire ne peut apprécier l'*opportunité* d'une intervention de l'Union européenne dans les domaines relevant de la *compétence partagée*. Il peut toutefois annuler un acte au motif de la transgression de la compétence de son organe.

442. Etant donné les dispositions précitées du Traité de Lisbonne, aucune compétence ne relève des *compétences exclusives* en ce qui concerne *le secteur social*. Précisément, les domaines de la santé et de l'enseignement relèvent des *compétences d'appui*, alors que la protection sociale relève des *compétences partagées*. Il s'ensuit que la production normative de la part de l'Union européenne en matière sociale ne peut qu'être *minimale*⁷⁰¹. De ce point de vue, le Traité de

⁶⁹⁷ Christine GUILLARD, « La lecture étatique des compétences non exclusives de l'union européenne », *Rev. UE*, n° 584, 2012, p. 159.

⁶⁹⁸ Protocole (n° 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne par le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007. JO C/115/ 9/5/2008, p. 206. Dans ce cadre, l'opportunité d'une intervention de la part de l'Union européenne est justifiée « lorsque l'action a des aspects transnationaux qui ne peuvent pas être réglés par les pays de l'Union européenne, lorsque l'action nationale ou l'absence d'action seraient contraires aux exigences du traité, ainsi que lorsque l'action au niveau de l'Union européenne présente des avantages manifestes ».

⁶⁹⁹ Voir, par exemple, CJCE, 15 décembre 1995, C-415-93, *Bosman*. Bertrand BRUNESSEN, « Un principe politique saisi par le droit », *RTD européen*, n° 2, 2012, p. 329.

⁷⁰⁰ Il s'agit ici d'une version différente du principe de proportionnalité qui régit la restriction des droits fondamentaux, voir *infra*, p. 448 et s.

⁷⁰¹ Selon les traités fondateurs, en matière de droits sociaux fondamentaux, les organes de l'Union européenne établissent des règles minimales. Voir l'article 153, par. 2 TFUE : « À cette fin, le Parlement européen et le Conseil: a) peuvent adopter des mesures destinées à encourager la coopération entre États membres par le biais d'initiatives visant à améliorer les connaissances, à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, à promouvoir des approches novatrices et à évaluer les expériences, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ; b) peuvent arrêter, dans les domaines visés au paragraphe 1, points a) à i), par voie de directives, des *prescriptions minimales applicables progressivement*, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres. Ces directives évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises. Le Parlement européen et le Conseil statuent conformément à la procédure législative ordinaire après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions »

Lisbonne fait des *objectifs sociaux* des dispositions non susceptibles d'être concrétisées. Il n'y a, dès lors, aucun *lien* entre les énoncés consacrés par les fondements sociaux en question et les organes qui produisent les normes du droit secondaire⁷⁰². Dans ce contexte, la Cour de Justice n'a pas la possibilité de contrôler systématiquement le respect des objectifs sociaux par les organes de l'Union européenne lors de la production des normes secondaires. Elle peut seulement s'appuyer dessus pour interdire aux organes de l'Union d'intervenir dans le cas où ils excèdent leur compétence.

443. En raison de la compétence restreinte des organes de l'Union européenne en matière sociale, la production de *normes sociales secondaires* résulte généralement de la concrétisation d'un autre fondement supérieur. Tel est, par exemple, le cas des directives tendant à la protection des *clients vulnérables* des entreprises publiques d'électricité qui sont prises sur le fondement du *principe de la concurrence*⁷⁰³. Il s'agit aussi des directives qui régulent la *libéralisation* des services publics monopolisés, étendant les compétences de l'Union européenne en matière sociale par l'énoncé du *service universel*⁷⁰⁴. La législation sur le service universel intègre des paramètres sociaux à des objectifs *a priori* éloignés, mais elle est obligée de respecter le *principe de subsidiarité* qui régit la répartition des compétences en matière sociale. Mais afin de se débarrasser de telles contraintes, les organes de l'Union européenne emploient souvent une voie alternative : le « droit souple ».

ii - Le recours systématique au « droit souple »

444. Afin que les organes de l'Union européenne entreprennent des actions sans transgresser leurs compétences restreintes en matière sociale, ils recourent régulièrement au « droit souple ». L'emploi du terme, qui traduit en français celui de « *soft law* », pose plusieurs interrogations.

445. Tout d'abord, il est souvent défini par les auteurs comme un droit comprenant des « règles non obligatoires »⁷⁰⁵, une définition qui ne peut être admise au regard de la perspective normativiste retenue dans la présente étude⁷⁰⁶. Le « droit souple » peut, en revanche, être envisagé en tant que *voie extra-juridique d'action* pour les organes. Ainsi entendu, il se

⁷⁰² Myriam BENLOLO-CARABOT, « Chapitre 2. Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union Européenne », *op.cit.*

⁷⁰³ Voir *supra*, p. 115.

⁷⁰⁴ Laetitia DRIGUEZ, *Droit social et la concurrence*, Bruylant, 2006, p. 711, p. 727-731.

⁷⁰⁵ Pour une vision globale sur ce sujet, voir : Dorian GUINARD, « À propos du *soft law* en droit de l'Union européenne : analyses théorique et pratique », *Rev. UE*, n° 573, 2013, p. 609.

⁷⁰⁶ La théorie normativiste se concentre sur la validité d'une norme et n'admet pas de « variations » de celle-ci. Voir *intro*, p. 32.

caractérise par l'absence d'actes contraignants pour ses destinataires⁷⁰⁷. Notre analyse étant normativiste, elle se limitera à signaler le recours au droit souple par les organes de l'Union européenne en matière sociale, sans entrer de manière détaillée dans l'examen de ses particularités.

446. L'outil principal du droit souple est la « méthode ouverte de coordination » entendue comme un mécanisme permettant de renforcer la coopération entre Etats membres dans le domaine social en vue de rapprocher les législations nationales⁷⁰⁸. Elle est mise en œuvre par la Commission européenne qui ne produit pas dans ce cas de normes juridiques au sens propre mais des *lignes directrices* d'action à destination des Etats. Ces derniers sont donc entièrement libres de choisir les moyens de réaliser des *objectifs de force programmatique* et aucune sanction n'est prévue dans le cas d'une non-convergence.

447. Le recours à la méthode ouverte de coordination a été prévu dans le Traité de Lisbonne et il est désormais consacré à l'article 156 TFUE⁷⁰⁹. Par ailleurs, le Traité de Lisbonne consacre, d'une part, le Comité économique et social européen⁷¹⁰, organe consultatif des institutions européennes dans le domaine social et, d'autre part, le Fonds social européen, organe de cofinancement des politiques sociales avec les Etats membres⁷¹¹. Or, les organes ici mentionnés prennent diverses initiatives non contraignantes pour les Etats membres qui tendent seulement à influencer leur action quant à l'octroi de prestations matérielles.

448. La *méthode ouverte de coordination* est envisagée par une grande partie des auteurs en tant que moyen approprié pour dépasser le problème de l'incompétence de l'Union européenne

⁷⁰⁷ Il s'agit des « règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligations de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes ». Jean SALMON, Gilbert GUILLAUME, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 1039. Emmanouil ROUKOUNAS, *Droit international, rapports entre le droit international et national, sources de droit international*, t. 1., Ant. N. Sakkoulas, 2001, p. 153 (en grec). Selon Emmanouil Roukounas, le *soft law* est une étape avant l'acquisition d'une force contraignante.

⁷⁰⁸ Il s'agit d'un processus volontaire de coopération entre les Etats membres dans le but de coordonner les politiques nationales par le biais d'objectifs communs. John PITSEYS, « La méthode ouverte de coordination », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°1, 58, 2007, p. 151-179. Stéphane DE LA ROSA, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

⁷⁰⁹ Article 156 TFUE : « En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 151 et sans préjudice des autres dispositions des traités, la Commission encourage la coopération entre les États membres et facilite la coordination de leur action dans tous les domaines de la politique sociale relevant du présent chapitre, et notamment dans les matières relatives : à l'emploi (...), à la sécurité sociale (...) ».

⁷¹⁰ Article 13, par. 4 TUE ; articles 301 à 304 TFUE.

⁷¹¹ Articles 162 à 164, 174, 175, 177 et 178 du TFUE. D'après le règlement (UE) n° 1304/2013 du 17 décembre 2013 (JO L 347/470, p. 320), le Fonds social européen est censé améliorer les possibilités d'emploi, renforcer l'inclusion sociale, lutter contre la pauvreté, promouvoir l'éducation, l'acquisition de compétences et l'apprentissage tout au long de la vie et élaborer des politiques globales et pérennes d'inclusion active.

dans le domaine social⁷¹². Cependant, par opposition à la procédure de production de *normes juridiques* de l'Union, l'aval du Parlement européen n'est pas requis dans le cadre de la mise en œuvre de la méthode ouverte de coordination et la Cour de Justice ne procède à aucun contrôle. Il y a ainsi une lacune de transparence dans l'activité des organes de l'Union européenne. Contrairement à l'opinion majoritaire de la doctrine, il convient donc d'admettre que le recours au droit souple crée plus de difficultés que celles qu'il vise à surpasser.

449. Si l'absence d'invocabilité des *objectifs sociaux* demeure un obstacle à la pleine affirmation de l'Union européenne en tant qu'Union « sociale », il en est de même s'agissant du contrôle très restreint des droits sociaux fondamentaux.

B - Le contrôle restreint des droits sociaux du droit primaire

450. Les droits sociaux de la Charte de l'UE ne sont pas invocables en raison de la condition restrictive générale conditionnant l'invocabilité de tous les droits issus de la Charte (i), ainsi que de la spécificité de leur consécration en tant que « principes sociaux » (ii).

i - La condition restrictive générale de l'invocabilité des droits de la Charte de l'Union européenne

451. L'article 51, par. 1 de la Charte de l'UE énonce que les droits qui y trouvent leur fondement ne peuvent être appliqués *en dehors* du champ d'application du droit de l'Union européenne⁷¹³. Cela signifie, plus précisément, que les droits fondamentaux ne peuvent être contrôlés par les juges que dans le cas où le recours porte sur une *norme du droit secondaire*.

452. La condition d'application restreinte de la Charte de l'UE a été affirmée par la Cour de Justice dans son arrêt *Akerberg Fransson*⁷¹⁴. Il s'ensuit que la Cour peut, dans plusieurs cas, se

⁷¹² Olivier DE SCHUTTER, Simon DEAKIN, *Social rights and market forces: Is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe?* *op. cit.*

⁷¹³ Article 51, par. 1 Charte de l'UE : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités ».

⁷¹⁴ CJUE, 26 février 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*. Considérant n° 22 : « Lorsqu'une situation juridique ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour ne se reconnaît pas compétente pour en connaître ». Certes, la condition de la « mise en œuvre du droit de l'Union » peut être appliquée d'une manière *plus ou moins* stricte. Ainsi, à l'occasion de l'arrêt *Akerberg Fransson*, la Cour s'est reconnue compétente pour répondre aux questions préjudicielles ; cela n'a pas été en revanche le cas lors de l'arrêt CJUE, 10 juillet 2014, C-198/13, *Julien Hernandez*. Si ces « variations » suscitent, un grand intérêt doctrinal (Lire François Xavier MILLET, « A la lumière de la Charte » in Laurence BURGORGUE-LARSEN, *La charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Pedone, Cahiers européens n° 10, 2017, p. 9), il n'en demeure pas moins que l'applicabilité de la Charte est en tant que telle limitée (Lire, Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Préface » in Abdelwahab BIAD et

déclarer incompétente pour juger des questions qui « dépassent l'application du droit de l'Union ». En raison du critère limitatif d'application, une *législation nationale* ne peut être contrôlée au regard de la Charte de l'UE. Toutefois, puisque l'Union européenne ne dispose pas de compétence générale pour concrétiser les droits fondamentaux, les normes susceptibles de contrôle sont en réalité peu nombreuses⁷¹⁵. Ainsi, les droits fondamentaux de l'Union européenne jouent un rôle assez limité, excluant parfois le constat de leur violation par des lois nationales voire, certains cas, celui de leur violation par des organes de l'Union tel l'*Eurogroupe*⁷¹⁶.

453. Il s'ensuit qu'au *niveau national*, l'invocabilité de la Charte devant les juges *français et grec* est également limitée aux *actes de transposition* des directives, ainsi qu'aux mesures nationales prises en vertu des règlements et des décisions de l'Union⁷¹⁷. Ainsi, le Conseil d'Etat français, saisi sur le fondement de la Charte⁷¹⁸, a énoncé que le fait que les États membres disposent d'une marge d'appréciation étendue pour procéder à la transposition d'une directive européenne ne suffit pas pour méconnaître l'application de la Charte⁷¹⁹. L'invocabilité de la Charte de l'UE peut d'ailleurs concerner directement les directives européennes lorsqu'un *renvoi préjudiciel* est formé par le juge interne. Tel a été, par exemple, le cas du Conseil d'Etat hellénique qui a renvoyé une question préjudicielle à la Cour de Justice en matière de licenciements collectifs sur le fondement de la Charte de l'UE⁷²⁰.

454. Il paraît assez contradictoire de constater que lorsqu'une autorité nationale intervient en tant qu'organe de l'Union européenne, elle est obligée de respecter la Charte, alors que si elle intervient pour elle-même, elle en est déchargée⁷²¹. L'invocabilité restreinte de la Charte de

Valérie PARISOT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne bilan d'application*, *op. cit.*, p. 9, p. 11).

⁷¹⁵ Il s'agit alors d'une marge de manœuvre limitée quant au contrôle du respect des droits sociaux. Voir sur ce sujet : Jean-Marc SAUVE, « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par les juristes », Intervention lors du Colloque organisé par la Commission Européenne à Bruxelles le 17 décembre 2014, consultable sur le site du conseil-état.fr.

⁷¹⁶ Voir, *infra*, p. 468 et s.

⁷¹⁷ Paul CASSIA, Suzanne VON COESTER, « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *Semaine juridique*, n° 10, 2012, p. 503.

⁷¹⁸ Pour la première fois pour le Conseil d'État avec l'arrêt CE, 24 février 2011, n° 340122, *Union nationale des footballeurs professionnels*. S'agissant de la Cour de Cassation, voir l'arrêt du 17 mai 2011, n° 10-12.852. Voir également, Cour de Cassation, 29 juin 2011, n° 09-71.10. Pour une mise à l'écart de l'invocabilité de la Charte de l'UE, voir CE, 23 novembre 2013, n° 353703, *Syndicat national CFDT des mineurs et assimilés et du personnel du régime minier*.

⁷¹⁹ CE 4 juin 2014, n° 370515, *M. Halifa*, §4-5. C'est ce qu'a déclaré le Conseil d'État lorsqu'elle a été invoquée devant lui la méconnaissance de l'article 41 de la Charte par la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, adoptée pour la transposition de la directive dite « retour ».

⁷²⁰ CdE, n° 1254/ 2015 qui a procédé à un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice s'agissant de la non-conformité de la disposition nationale prévoyant en l'espèce le contrôle administratif des licenciements avec les articles 49 et 63 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁷²¹ Didier MAUS, « L'Europe constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union*

l'UE trouve son fondement dans les débats qui se sont tenus lors du vote du Traité de Lisbonne quant à l'opportunité de lui reconnaître une force contraignante. Elle résulte notamment des objections avancées par certains Etats membres, comme par exemple le Royaume Uni, à l'encontre d'une potentielle extension des compétences de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux⁷²². L'invocabilité limitée de la Charte de l'UE se présente ainsi comme la conséquence de l'application du *principe de subsidiarité* dans ce domaine. Tel est en effet le sens de l'article 6 du TUE énonçant que l'inclusion de la Charte au droit primaire n'a pas d'impact sur le partage classique des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres⁷²³.

455. Cependant, le lien entre le principe de subsidiarité et le contrôle des droits fondamentaux nous paraît problématique. D'une manière générale, le principe de subsidiarité permet aux organes de l'Union européenne d'intervenir seulement en vue d'améliorer l'action nationale dans un domaine à travers l'établissement de principes communs. La *subsidiarité* est une limite générale relative à la production normative des organes de l'Union européenne. Or, la Charte de l'UE contient des normes qui posent des limites à toute action restrictive des droits fondamentaux. La manière dont le contrôle des *législations nationales* au regard des droits fondamentaux pourrait étendre les compétences de l'Union est incompréhensible du point de vue de notre étude.

456. Afin que ces derniers soient contrôlés sur le fondement de ses dispositions, il serait indispensable qu'ils disposent *déjà* d'une telle législation relative aux droits. Cet « oubli » de la condition témoigne de la présence du malentendu classique autour de l'« applicabilité directe » des droits fondamentaux. Devant la « crainte » de pouvoir forcer le législateur à faire des actions positives exprimée par certains Etats membres, les rédacteurs de la Charte n'ont pas pris en compte la *réserve de loi* qui régit l'application des droits fondamentaux dans la plupart

européenne : Union de droit, Union des droits, Pedone, 2010, p. 129.

⁷²² Le Royaume-Uni, la Pologne, et plus tard la République tchèque, ont demandé et obtenu une dérogation à l'application de la Charte dans leurs systèmes nationaux. L'opt-out, qui renvoie parfois à l'image d'une « Europe à la carte », est une dérogation accordée à un pays ne souhaitant pas se rallier aux autres Etats membres dans un domaine particulier de la coopération communautaire, afin d'empêcher un blocage général. Est ainsi annexé au traité de Lisbonne, le « Protocole sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni », appelé aussi Protocole n°30.

⁷²³ Article 6, par. 1 TUE : « Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités ». Article 51, par. 2 Charte de l'UE : « La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités ».

des Etats membres, y compris la France et la Grèce⁷²⁴. Encore une fois, la confusion entre *justiciabilité* et *invocabilité* des droits fondamentaux est source de difficultés théoriques⁷²⁵.

457. En tout état de cause, les droits fondamentaux de la Charte de l'UE ne sont *invocables* en l'état actuel de la jurisprudence que dans des cas limités où ils sont concrétisés par le droit secondaire de l'Union. A la condition restrictive de l'invocabilité de la Charte de l'UE présentée ci-dessus, s'en ajoute une autre ne concernant que les droits sociaux.

ii - La spécificité de la consécration des droits sociaux en tant que « principes sociaux »

458. Ainsi que nous avons pu le relever, la Charte de l'UE est *invocable* devant la Cour de Justice lorsque le *droit secondaire* est en question. Dans ce cadre limité, la Charte sert de fondement aux juges supranationaux pour contrôler les normes du droit de l'Union européenne.

459. L'insertion de la Charte dans le bloc des normes que la Cour de Justice contrôle n'est devenue possible qu'après que celle-ci ait acquis un caractère obligatoire⁷²⁶. Les juges de l'Union européenne ont alors pu franchir une étape supplémentaire dans le degré de contrôle réalisé en procédant à l'annulation d'une directive européenne au regard de la Charte. Tel a été l'apport de l'arrêt *ASBL*⁷²⁷ qui a été décrit par la doctrine⁷²⁸ comme une « prise au sérieux » de la Charte des droits fondamentaux par le juge de l'Union.

460. Le contrôle de la Charte de l'UE n'est cependant pas identique pour toutes ses normes. L'invocabilité des *droits sociaux*, précisément, est limitée en raison de sa « nature particulière » reconnue par la Charte de l'UE. Son article 52, par. 5 consacre effectivement les droits sociaux en tant que « principes »⁷²⁹ en les différenciant du reste de ses dispositions qui sont qualifiées

⁷²⁴ Voir *supra*, p. 83.

⁷²⁵ Voir, *supra*, p. 86.

⁷²⁶ CJCE, 8 avril 2014, C-293/12, *Digital Rights Ireland et Seitlinger*. En l'occurrence, la Cour de Justice énonce que la directive n° 2006/24/CE sur la conservation des données est invalide au regard des articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux sur le respect de la vie privée et familiale et sur la protection des données à caractère personnel. Voir également : CJUE, 10 décembre 2009, C-323/08, *Rodriguez Mayor* ; CJUE, 14 octobre 2010, C-243/09, *Günter Fub.* ; CJUE, 1^{er} juin 2010, C- 570/07, C- 571/07, *Blanco Perez, Principado de Asturias* à propos d'un litige portant sur la liberté d'établissement et l'autorisation d'implantation de pharmacies en Espagne.

⁷²⁷ CJUE, 1^{er} mars 2011, C-236/09, *Association Belge des consommateurs*. En l'espèce, la Cour de Justice juge que la prise en compte du sexe de l'assuré en tant que facteur de risques dans les contrats d'assurance constitue une discrimination

⁷²⁸ Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Quand la CJUE prend au sérieux la Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide », *AJDA*, n° 17, 2011, p. 967. Vasilis CHATZOPOULOS, « La protection des droits fondamentaux après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *DtA*, n°2, 2011, p. 365 (en grec). Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, « La Charte des droits fondamentaux de l'UE : de Nice à Lisbonne », *EurPol*, n° 1, 2008, p. 91 (en grec).

⁷²⁹ Article 52, par. 5 : « Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des

de « droits »⁷³⁰. Bien que la présente étude ne retienne pas une définition du « principe » en tant que *norme faible*, tel est dans la plupart des cas le sens retenu du concept⁷³¹. La question qui se pose est alors celle du sens exact à accorder aux « principes sociaux » consacrés par les rédacteurs de la Charte de l'UE. Il s'agit d'une interrogation qui a donné lieu à de nombreuses études⁷³².

461. Au niveau théorique, l'interprétation doctrinale majoritaire des « principes sociaux » implique simplement l'impossibilité d'exiger une action positive sur leur fondement⁷³³. Le terme de « principe » est censé « rappeler » aux organes d'application du droit de l'Union l'absence d'*applicabilité directe* des droits sociaux. La consécration de l'expression de « principes » est envisagée simplement en tant que formulation appropriée dans le cadre du compromis réalisé par les différents Etats membres au moment de l'octroi d'une force contraignante à la Charte de l'UE. De ce point de vue, le choix du terme « principes sociaux » au lieu de *droits sociaux* renvoie à un *faux dilemme*, n'impliquant nullement leur absence d'invocabilité⁷³⁴.

462. Cependant, l'interprétation retenue des « principes » a été vite démentie au niveau contentieux. Il est devenu manifeste que la consécration des droits sociaux comme « principes » pouvait éventuellement les priver également de leur *invocabilité*. Selon la Cour de Justice, les « principes sociaux » ne présentent pas les caractéristiques requises pour avoir un *effet direct*. Telle a été son affirmation dans l'arrêt *Association Médiation Sociale (AMS)*⁷³⁵ à l'occasion

actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

⁷³⁰ Article 52, par. 2 : « Les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci ».

⁷³¹ Voir *intro*, p. 21 et s.

⁷³² Laurence USINIER, « Fondamentaux, mais ineffectifs : les droits sociaux fondamentaux vus par la Cour de justice de l'Union européenne », *RTD civ*, n° 4, 2014, p. 843. Florence BENOIT-ROHMER, « Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution » *RTD eur.*, n° 2, 2005, p. 261. Stéphanie DE LA ROSA « Les principes sociaux de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont-ils décoratifs ? », *Revue Dalloz*, n° 11, 2014, p. 705. Edouard DUBOUT, « Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RTD eur.* 2014, p. 409.

⁷³³ Il s'agit de la « fameuse » justiciabilité « objective » des principes sociaux. Guy BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 45, 46.

⁷³⁴ Sophia KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, « Les droits sociaux, droits proclamés ou droits invocables. Un appel à la vigilance », in Bernard FAVREAU, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne », Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 265-318.

⁷³⁵ CJUE, 15 janvier 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale contre Union locale des syndicats CGT et autres*, C 176/12, Point 48 : « Partant l'article 27 de la Charte ne saurait, en tant que tel, être invoqué dans un litige, tel que celui au principal, afin de conclure que la disposition nationale non conforme à la directive 2002/14 est à écarter ».

duquel il a été jugé que l'article 27 de la Charte de l'UE⁷³⁶ n'était pas *invocable* à défaut de « concrétisation appropriée ».

463. Il ne suffisait pas, en l'espèce, qu'une directive existât déjà sur ce sujet litigieux, mais il était en plus nécessaire qu'elle fût *suffisamment précise*⁷³⁷. A notre sens, le degré de concrétisation préalable d'une norme n'a aucune incidence sur le fait d'être *invocable* puisque cette caractéristique résulte nécessairement de sa consécration en tant que *norme juridique*⁷³⁸. Or, la pratique des juges consistant à distinguer les droits entre ceux qui « exigent une concrétisation appropriée » et ceux qui n'ont pas à satisfaire cette condition laisse entendre que la Charte consacre certains droits en tant que droits *directement applicables*. On se retrouve à nouveau devant un *faux-débat* envisageant que le législateur puisse être contraint indépendamment de son intervention préalable et qui aboutit toujours au détriment des droits ne relevant pas des *droits-libertés classiques*⁷³⁹. A l'instar de nombreux auteurs qui adoptent un point de vue critique vis-à-vis de cet arrêt⁷⁴⁰, on ne peut donc que signaler un paradoxe au regard du refus d'un contrôle inconditionnel des principes sociaux.

464. Par ailleurs, l'absence d'*effet direct* des « principes sociaux » influence la reconnaissance de leur *effet horizontal*. En principe, la concrétisation d'une disposition supra-législative est suffisante pour qu'elle s'applique dans le cadre de rapports privés⁷⁴¹. Or, selon la jurisprudence de la Cour de Justice, les *directives* ne produisent pas à elles seules d'*effet horizontal*⁷⁴² ; ce dernier est admis pour une disposition seulement lorsque son *effet direct* est également reconnu⁷⁴³. Ainsi, dans le cadre du même arrêt *AMS* concernant le litige entre un employeur

⁷³⁶ Article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève ».

⁷³⁷ Directive n° 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne. JO L 80, 23/3/2002, p. 29.

⁷³⁸ Voir *supra*, p. 86.

⁷³⁹ Voir, *intro*, p. 24 et s.

⁷⁴⁰ Sébastien PLATON, « L'invocabilité horizontale des normes de droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière », *Revue de l'Union européenne*, n° 584, 2015, p. 33. Voir également en ce sens, Myriam BENLOLO-CARABOT, « Chapitre 2. Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *op. cit.*

⁷⁴¹ Voir *supra*, p. 94.

⁷⁴² CJCE, 5 avril 1979, C-148/78, *Ratti*. CJCE, 26 février 1986, C- 152/84, *Marshall*.

⁷⁴³ Tel est effectivement le cas du principe de non-discrimination (CJCE, 8 avril 1976, C- 43-75, *Defrenne II*). Dès lors, l'effet horizontal peut également être admis. Voir CJUE, 19 janvier 2010, C- 555/07, *Kücükdeveci*. Cette affaire est relative à l'application du principe de non-discrimination en raison de l'âge dans un litige interpersonnel impliquant les dispositions de la directive n° 2000/78. En l'espèce, la Cour a considéré qu'il incombait à la juridiction nationale saisie d'un litige tel que celui au principal de garantir le plein effet de ce principe du droit de l'Union « en laissant au besoin inappliquée toute disposition de la réglementation nationale contraire » (pt. 51). La Cour se garde d'affirmer une telle forme d'invocabilité des directives préférant plutôt considérer que la directive

privé et un syndicat, la présence d'une directive concrétisant l'article 27 de la Charte de l'UE n'a pas suffi pour affirmer son *effet horizontal* en raison de son absence d'*effet direct*.

465. Pour récapituler l'apport de l'arrêt *AMS*, on peut relever que les « principes sociaux » de la Charte de l'UE sont contrôlés seulement lorsqu'ils relèvent d'une *concrétisation précise*. A défaut, ni leur *effet direct* ni leur *effet horizontal* ne sont admis, et cela indépendamment du fait d'être concrétisés par une directive. Même quand une telle norme existe, son application ne va pas de soi ; elle exige une « concrétisation appropriée ». De ce point de vue, les juges de l'Union européenne cantonnent le contrôle des « principes sociaux » à une condition davantage restrictive que la *seule application du droit de l'Union européenne* qui vaut pour tous ses droits. Aussi est-il possible de constater une quasi-neutralisation du contrôle des *droits sociaux* de la Charte de l'UE.

Conclusion du § 2 :

466. Les fondements de l'Union européenne sont des normes dont le caractère juridique est contesté en raison de leur absence d'*invocabilité*. Dans le cas des *objectifs sociaux* de l'Union européenne, l'impossibilité de les invoquer s'explique par le *principe de subsidiarité*. Puisque les organes de l'Union européenne n'ont pas la compétence générale de produire des normes sociales, le contrôle des objectifs sociaux est dépourvu d'objet. En ce qui concerne les *droits sociaux* de la Charte, leur invocabilité n'est pas non plus admise. Selon la jurisprudence de la Cour de Justice, elle est conditionnée à double titre : d'une part, par l'application exclusive du droit de l'Union ; d'autre part, par leur nature particulière de « principes sociaux ».

Conclusion de la 2^e section :

467. Le problème de la qualification d'« Union européenne sociale » repose sur un double constat.

n° 2000/78 concrétise le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, consacré dans l'arrêt *Mangold* en tant que principe général du droit de l'Union (CJCE, 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*). CJUE, 11 avril 2013, C-335/11, *HK Danmark*. En l'espèce, la Cour s'est fondée également sur le principe de non-discrimination en raison de l'âge consacré par la directive 2000/78 pour rechercher si les articles 2 et 6, par. 2 de cette directive s'opposaient à un régime professionnel de retraite en vertu duquel un employeur verse en tant qu'élément de rémunération des cotisations de retraite progressives en fonction de l'âge. Sur ce sujet : Romain TINIERE, « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », *RDLF*, n° 14, 2014, Chronique n° 14, publié en ligne sur le site revuedlf.fr. Lire aussi sur ce sujet la thèse de Coraline LUMARET, « L'effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Université Panthéon-Assas, 2015.

Tout d'abord, même si le droit primaire comprend des normes sociales, celles-ci n'ont pas forcément le même *sens* que les normes sociales constitutionnelles. Pensé dans la perspective du libre marché, le *principe social* tel que consacré par le droit de l'Union européenne dispose d'un lien fort avec les libertés économiques. Cela ne peut qu'avoir des conséquences dans le champ des services publics sociaux nationaux, car leurs prérogatives publiques sont inconciliables avec le principe de la concurrence. De ce point de vue, il est préférable de parler de l'« Union européenne économique et sociale ».

468. Le second constat porte sur l'absence de contrôle des fondements sociaux du droit de l'Union européenne et, dès lors, la contestation de leur caractère obligatoire. Les objectifs sociaux sont des normes isolées de rang supérieur en raison du principe de subsidiarité qui réserve les compétences sociales primordialement aux Etats membres. Ils ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle à partir du moment où il n'existe pas de normes sociales secondaires. Pour sa part, le contrôle des *droits sociaux* se trouve conditionné à la double exigence restrictive de la concrétisation *suffisante* du droit de l'Union européenne à *titre exclusif* des normes nationales.

Conclusion du 2^e chapitre :

469. L'étude réalisée dans le cadre du second chapitre porte sur les *normes sociales conventionnelles* en tant qu'*axes indirects* du principe de l'Etat social. En général, les normes conventionnelles à travers leur concrétisation par les hautes juridictions internationales imposent des *standards* auxquelles le législateur national doit *a priori* s'aligner. Nous avons voulu démontrer, cependant, que dans le cas particulier des normes *sociales* conventionnelles, leur contrôle n'aboutit nullement à imposer au législateur français et grec des actions positives en matière sociale.

470. La raison de cette situation tient, d'une part, au *principe de subsidiarité* qui régit généralement l'application de normes conventionnelles consacrant des *droits fondamentaux*. Il implique que les hautes juridictions n'interviennent que pour énoncer des principes communs aux Etats, sans trop interférer dans les choix internes. Il tient, d'autre part, à la particularité des normes *sociales* conventionnelles dont le caractère obligatoire est, dans la plupart des cas, contesté. En effet, en ce qui concerne les *normes du droit international*, aucune convention sociale dont l'*effet direct* est admis ne consacre un catalogue de droits sociaux.

471. Dans le cas particulier de la *Convention européenne*, la Cour européenne énonce des droits sociaux *spéciaux* par le biais d'un processus de *dérivation*. Elle concrétise ainsi des obligations positives *au cas par cas* qui donnent lieu à un contrôle limité. Concernant les normes du *droit primaire*, le problème porte notamment sur le fait que ni les objectifs sociaux ni les droits sociaux de la Charte de l'UE ne sont toujours invocables devant la Cour de Justice. Dès lors, ni les normes du droit international ni celles du droit de l'Union européenne n'accomplissent pleinement leur fonction de *fondement indirects* du principe social. En revanche, on a pu identifier de nombreuses difficultés qui entravent une telle qualification.

Conclusion du 1^{er} titre :

472. Les fondements constitutionnels et conventionnels *sociaux* sont constitutifs d'un ensemble normatif sur lequel repose le *principe de l'Etat social* en France et en Grèce. Les premiers sont des *fondements directs* du principe de l'Etat social, car la production législative est contrôlée à leur égard. Les seconds sont des *fondements indirects*, car le législateur n'est pas contrôlé de la même manière mais il doit plutôt s'aligner sur un standard de protection imposé par les juges supranationaux. L'analyse réalisée a voulu démontrer le sens circonscrit des normes sociales constitutionnelles et conventionnelles en ce qu'il ne contraint pas le législateur français et grec à des *actions positives*. Autrement dit, en France et en Grèce, seule la *législation sociale existante* fait l'objet d'un contrôle de la part des juges qui examinent la conformité de l'*aménagement* des prestations mais pas de leur *création*.

473. En ce qui concerne les fondements sociaux *constitutionnels*, ils ne fondent pas des « obligations positives » pour le législateur, mais ils l'habilitent simplement à créer et à aménager des prestations matérielles pour les individus. La question de la *justiciabilité/applicabilité directe* des droits sociaux constitutionnels implique du point de vue de notre étude un « faux dilemme ». S'agissant des fondements sociaux *conventionnels*, ils pourraient théoriquement fonder des obligations positives pour le législateur national. Tel n'est cependant pas le cas car les juges supranationaux s'abstiennent de déterminer la production normative nationale concernant les droits conventionnels (principe de subsidiarité) et parce que les droits sociaux, précisément, ont un caractère obligatoire contesté.

474. Le premier titre a ainsi visé à démontrer l'existence d'une *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social selon laquelle sa concrétisation positive est *réservée* au législateur à l'exclusion des juges de la constitutionnalité/conventionnalité (*réserve de la loi*). Les fondements sociaux examinés par l'étude ont été qualifiés de *spécifiques*, car leurs énoncés habilitent à eux seuls le

législateur à créer et à aménager les prestations. Ils se différencient, dès lors, des fondements sociaux *complémentaires* qui habilitent le législateur à agir ainsi seulement en combinaison avec les fondements sociaux *spécifiques*. Leur sens ne peut dès lors qu'être également circonscrit par la *limite intrinsèque* qui régit l'application du *principe de l'Etat social*. Le second titre démontrera que les principes d'égalité et de dignité de la personne humaine n'impliquent pas non plus des « obligations positives » pour le législateur en matière sociale.

TITRE 2

LES FONDEMENTS COMPLÉMENTAIRES DU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL

475. L'étude des fondements complémentaires du principe de l'Etat social porte sur les « principes d'égalité » et de « dignité de la personne humaine ». Afin d'approfondir la manière dont la *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social circonscrit leur sens, il importe, tout d'abord, de préciser ce dernier. D'une manière générale, mais encore largement indéterminée, le « principe d'égalité » ou « principe de non-discrimination » est entendu comme la garantie pour les individus de ne pas faire l'objet de *discriminations*⁷⁴⁴. Le « principe de dignité de la personne humaine » implique la garantie de ne pas subir d'atteinte à leur *qualité d'être humain*⁷⁴⁵.

476. Il résulte des définitions en question que le législateur a l'*obligation* de traiter les destinataires des normes d'une manière *identique* et appropriée du fait qu'ils sont des *êtres humains*. Dès lors que les deux garanties portent sur la conduite des individus en leur reconnaissant une *permission*, elles sont avant tout des *droits* des individus qui ont le droit de ne pas être *discriminés* et le droit de ne pas être traités de manière *inhumaine*⁷⁴⁶ ; des droits qui, dans la mesure où ils sont consacrés par des normes supra-législatives, sont invocables devant les juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité.

477. A côté de leur qualification de *droits*, celle de *principes* se justifie à leur égard en raison de la place particulière qu'ils occupent dans les ordres juridiques. Les qualifications de *principes d'égalité* et de *dignité de la personne humaine* repose sur le constat suivant : leur sens

⁷⁴⁴ En ce sens : Louis FAVOREU et *alii*, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 2016, p. 431. Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2016, p. 755. Concernant la doctrine hellénique, voir Petros PARARAS, *Constitution et Convention européenne des droits de l'Homme*, Ant. N. Sakkoulas, 2001, p. 27(en grec). Kostas CHRYSOGONOS, *Droits civils et sociaux, op.cit.*, p. 158.

⁷⁴⁵ Xavier BIOY, Jean – Paul COSTA, *Droits fondamentaux et Libertés publiques*, L.G.D.J, 2016, p. 396. Charlotte GIRARD, Stéphanie HENETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine : Recherches sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005. Virginie SAINT-JAMES, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *Recueil Dalloz*, n° 10, 1997, p. 61. Concernant la doctrine hellénique, voir Dimitris TSATSOS, *Droit constitutionnel, Droits fondamentaux*, Tome I, p. 261, 266. Antonis MANITAKIS, *Etat de droit et contrôle de constitutionnalité, op.cit.*, p. 405. Apostolos PAPAKONSTANTINOY, *Démocratie sociale et Etat de droit social au regard de la Constitution de 1975/1986/2001, op.cit.*, p. 945 (en grec).

⁷⁴⁶ Sur la définition des « droits », voir *intro*, p. 8, *supra*, p. 76 et s.

peut s'articuler avec la majorité des droits fondamentaux, y compris les *droits sociaux fondamentaux*. En effet, un individu peut en théorie demander de ne pas être *discriminé ou maltraité* à la suite de la concrétisation de n'importe quel droit fondamental. En raison de leur *caractère transversal* dans l'ordre juridique, ils sont souvent qualifiés de « principes directeurs » ou de « droits-garanties »⁷⁴⁷.

478. Si leur *sens variable* justifie l'emploi du terme *principe*, il pose aussi de nombreuses interrogations. La question principale ici est celle de la clarification du *lien normatif* entre les droits sociaux fondamentaux et les principes complémentaires. Sur le fondement de ces derniers, un individu peut contester l'*aménagement* des prestations réalisé par le législateur. Le juge sera dans cette hypothèse invité à contrôler l'activité législative sur le fondement des principes complémentaires. Mais cela signifie-t-il qu'il pourra contraindre le législateur à des *actions positives* en l'obligeant à *créer* de nouvelles prestations ou à reconnaître de nouveaux bénéficiaires ?

479. La réponse donnée par l'étude qui suit à la question posée est négative. Elle démontrera que les principes complémentaires n'habilitent pas les juges à contrôler l'omission législative et à devenir ainsi des agents de la politique économique. Par ailleurs, notre analyse vise à aller au-delà de ce constat en l'expliquant au regard du *caractère complémentaire* des principes. Contrairement aux *droits sociaux fondamentaux*, les *principes d'égalité* et de *dignité de la personne humaine* ne sont pas des normes *constitutives* du principe de l'Etat social. De notre point de vue, c'est en raison de ce fait qu'ils ne peuvent signifier quelque chose d'autre quant à l'attribution de prestations que des fondements spécifiques.

480. A cet égard, d'une part, les juges ne contrôlent pas l'omission législative en matière sociale, parce qu'ils ne peuvent pas le faire non plus au regard des droits sociaux fondamentaux. D'autre part, le législateur ne peut adopter de solutions quant à l'aménagement de prestations au regard de principes complémentaires qui méconnaissent le sens des droits sociaux fondamentaux. Dans le cas, par exemple, d'une divergence de sens entre les deux catégories de fondements, ce seront les droits sociaux fondamentaux qui détermineront quelle est la *solution* à retenir. Puisque les fondements complémentaires ne fondent pas, à eux seuls, la *création et l'aménagement* des prestations matérielles, leur concrétisation en matière sociale sera donc nécessairement limitée par des *fondements spécifiques*.

⁷⁴⁷ Louis FAVOREU et alii, *Droits des libertés fondamentales*, op.cit., p. 389. Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., 2005. p. 50.

L'analyse qui suit vise à démontrer ce postulat en examinant, en premier lieu, la limitation du type de contrôle possible (Chapitre 1), puis, dans un second temps, la limitation des solutions possibles sur le fondement des principes complémentaires (Chapitre 2).

Chapitre 1

La limitation du type de contrôle possible au regard des principes complémentaires

481. Il convient de démontrer que les principes complémentaires n'habilitent pas le juge à contrôler une *carence législative* en matière sociale. D'une manière générale, on sait que si le législateur français ou grec n'est nullement intervenu, le contrôle de son *omission* est impossible. Dans cette hypothèse, s'applique avec certitude la *limite intrinsèque* au principe social qui empêche de commander des actions positives au législateur. Néanmoins, lorsque celui-ci est *déjà* intervenu en créant une prestation, il devient en théorie possible pour le juge de procéder à un *aménagement conforme* en le contraignant à intervenir davantage en se basant sur des *fondements complémentaires*. Sur le fondement du *principe d'égalité*, il pourrait même étendre lui-même le bénéfice d'une prestation à des individus qui en étaient initialement exclus. Sur celui du *principe de la dignité de la personne humaine*, il pourrait modifier les caractéristiques d'une prestation qui portent atteinte à ce principe en décidant, par exemple, l'augmentation du montant de celle-ci.

482. On serait en présence, dans ces hypothèses, d'un *contrôle d'omission législative* « camouflé » impliquant une *interférence corrective* dans l'activité du législateur. La conception selon laquelle le juge peut procéder un tel *contrôle partiel* d'omission législative sur le fondement du principe d'égalité est assez populaire parmi la doctrine⁷⁴⁸. Il en va de même s'agissant du principe de dignité de la personne humaine qui est souvent envisagé comme le fondement d'un *minimum* de prestations matérielles à fournir aux individus⁷⁴⁹. Or, dans toutes

⁷⁴⁸ Voir Laurence GAY, « Constitution et droits sociaux - France », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° XXXI, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 263. L'auteur considère que le principe d'égalité est un moyen pour le juge constitutionnel de sanctionner l'omission inconstitutionnelle relative du législateur. Elle évoque que « l'atteinte alléguée à l'égalité représente une porte d'entrée classique de l'omission législative dans le contentieux constitutionnel en matière de prestations sociales ». Concernant la doctrine hellénique, voir Kostas CHRYSOGONOS, *Droits individuels et sociaux*, *op.cit.*, p. 38.

⁷⁴⁹ Diane ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J, 2002, p. 337. Paul CASSIA, *Dignité(s) : Une notion juridique insaisissable*, Dalloz, 2016, p. 110. Concernant la doctrine hellénique, voir Pénélope AGALLOPOULOU, « L'application du principe de dignité humaine en Grèce », in Marie Lucie PAVIA, Thierry REVET, *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris, 1999, p. 143. Selon certains auteurs, il y a dans la Constitution hellénique un rapport normatif « triangulaire » entre le principe de l'Etat social de l'article 25 par. 1, le principe de la dignité de la personne humaine de l'article 2 par. 1 et le principe du libre épanouissement de la personnalité de l'article 5 par. 1. Voir en ce sens Apostolos PAPAKONSTANTINOÛ, *Démocratie sociale et Etat de droit social au regard de la Constitution de 1975/1986/2001*, *op. cit.*, p. 949, p. 956.

ces hypothèses envisagées, la *réserve de la loi* régissant les compétences des organes français et grecs en matière sociale ne serait plus valable.

483. Il est certain que l'étendue du contrôle des *principes complémentaires* dépend de la *définition* exacte qui leur est donnée. Plus ils sont indéterminés et généraux, plus s'aggrave le risque de substitution du juge au législateur. Dès lors, si l'on souhaite révéler la *limitation* de type du contrôle des principes complémentaires sociaux, il conviendra de le faire à partir d'une *appréhension* précise de leur sens. Dans le cadre de notre étude, une *interprétation stricte* des principes est la clé pour aborder d'une manière adéquate leur rôle de *fondements complémentaires* du principe social. La délimitation de leur sens permet d'écarter le contrôle « correctif »⁷⁵⁰ qui vise la *création législative* de prestations matérielles et de se focaliser sur le contrôle tendant à un aménagement négatif de ces dernières.

484. Il convient alors de procéder à une délimitation du sens du principe d'égalité (Section 1), puis à celui du principe de dignité de la personne humaine (Section 2) dans le cadre du contrôle de l'attribution de droits sociaux.

Section 1 - La délimitation du sens du principe d'égalité dans le cadre du contrôle de l'attribution de droits sociaux

485. Il s'agit à présent d'identifier les *distinctions interdites* par le principe d'égalité et de relever le *contrôle strict* réalisé au regard des droits sociaux, c'est-à-dire un contrôle qui ne porte pas sur l'omission législative et qui ne s'étend pas non plus aux prestations initialement accordées. La *délimitation* du principe d'égalité se heurte, en premier lieu, à l'infinité des *distinctions* entre individus qui au niveau théorique seraient susceptibles de lui porter atteinte. Il conviendra alors de se focaliser exclusivement sur celles qui sont consacrées par des *normes supra-législatives (égalité de la loi)*⁷⁵¹ et cela seulement dans la mesure où elles en résultent d'une manière *directe*. Leur interdiction *directe* implique un *sens déterminé* qui devra *toujours*

⁷⁵⁰ Sur ce concept, lire Otto PFERSMANN, « Préface », Thèse, Christian BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif : une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruylant, L.G.D.J., 2006.

⁷⁵¹ Il importe alors de différencier, en empruntant les termes employés par Hans Kelsen, « égalité de la loi » et « égalité devant la loi » en s'intéressant exclusivement à la première. Avec cette dichotomie, Hans Kelsen a distingué les motifs de discrimination énumérés par la Constitution de ceux interdits par la loi ; la seconde ne pouvant trouver son fondement que dans la première. Il serait en effet difficilement concevable qu'une disposition constitutionnelle énumère tous les motifs de distinction possibles. Cela serait incompatible avec le caractère général et indéterminé des normes constitutionnelles. Pour cette raison, il convient de considérer que les dispositions supra-législatives se bornent à interdire les motifs qui porteraient les atteintes les plus graves à l'égalité. Voir, Hans KELSEN, *Théorie pure de droit*, Dalloz, 1999, p. 146.

être respecté par le législateur, par opposition aux distinctions potentiellement dérivées dont la détermination exacte dépend largement des *circonstances*⁷⁵².

486. Si on peut facilement appréhender les *distinctions interdites au législateur* par le biais de *l'égalité de la loi*, il convient, en second lieu, de les différencier des « distinctions positives ». Ces dernières sont entendues comme des distinctions faites entre individus quant à l'attribution de droits qui permettent, sous certaines conditions à *titre exceptionnel*, de privilégier en leur attribuant des *avantages*, des individus *victimes de discriminations*⁷⁵³. Afin de différencier les distinctions *positives* des distinctions *interdites*, les analyses de la doctrine française⁷⁵⁴ et hellénique⁷⁵⁵ opposent souvent l'égalité « réelle/essentielle » à l'égalité « typique/formelle ».

487. Même si les *distinctions positives* impliquent un traitement différencié entre individus, elles n'incombent pas *a priori* à l'interdiction de non-discrimination. Pour cela, il faudrait être dans le cas très exceptionnel dans lequel, en corrigeant une inégalité, le législateur créerait une nouvelle inégalité directement interdite. Dans la mesure où le législateur est *habilité* à corriger l'inégalité par des actions positives, les distinctions positives sont envisagées en tant que démarches de *concrétisation positive permise* du même principe⁷⁵⁶.

Afin de délimiter le sens du principe d'égalité lors du contrôle des droits sociaux, il convient de se focaliser sur le *contrôle strict* de chacun de ses deux aspects ; soit des distinctions interdites (1) et des distinctions positives (2).

⁷⁵² Il s'agit de rappeler ici le concept d'*obligation relative* relevé lors de la présentation des droits sociaux issus de la Convention européenne. Il se peut que le législateur doive respecter des obligations de non-discrimination pour des motifs autres que ceux qui sont directement interdits, mais celles-ci seront nécessairement *relatives* et feront semble-t-il l'objet d'une large marge d'appréciation lors du contrôle de leur violation. Voir *supra*, p. 161.

⁷⁵³ Otto PFERSMANN, in L. FAVOREU *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.* p. 94. S'agissant de la doctrine hellénique, voir Georgios GERAPETRITIS, *Egalité et Mesures positives*, Ed. Ant. N. Sakkoulas, 2007, p. 20, 21. (en grec). Sur l'origine du concept, voir Gwenaëlle CALVES, « Discrimination positive », in Joël ANDIRANTSIMBAZOVIMA, Helene GAUDIN, Jean-Pierre MARGUENAUD, Stéphane RIALS, Frédéric SUDRE, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 2008, p. 231.

⁷⁵⁴ Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op.cit.*, p. 763. Xavier BIOY, Jean – Paul COSTA, *Droits fondamentaux et Libertés publiques*, *op.cit.*, p. 425.

⁷⁵⁵ Gerogios GERAPETRITIS, *Egalité et Mesures positives*, *op.cit.*, p. 20, 21. Christina DELIGIANNI-DIMITRAKOU, « Mesures positives et principe d'égalité du point de vue du droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de Ioannis KOUKIADIS. Le nouveau droit social*, éd. Sakkoulas Athina-Thessaloniki, 2014, p. 45 (en grec).

⁷⁵⁶ Dans la mesure où les distinctions positives concrétisent d'une certaine façon le principe d'égalité, on ne peut pas considérer qu'elles s'inscrivent dans une conception différente de celui-ci. En ce sens va la distinction effectuée par Michel BORGETTO entre « égalité » et « équité ». Michel BORGETTO, « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », *Droit social*, n° 3, 1999, p. 221.

§ 1 - Le contrôle strict des droits sociaux au regard des distinctions interdites

488. L'étude des *distinctions interdites* exige l'identification des *motifs de distinction* prohibés par les normes supra-législatives. La question cruciale qui se pose alors est celle de leur contrôle.

489. Dans le cas où le juge ne se limite pas à *interdire* la discrimination mais qu'il procède également à sa « correction », il s'agira d'un *contrôle partiel d'omission législative*. En effet, chaque fois que le juge censure une *distinction* parmi les bénéficiaires d'une prestation, il pourrait en *étendre le bénéfice* aux individus initialement exclus. Il transgresserait ainsi sa compétence et aussi la *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social. On parle dans cette hypothèse d'une technique jurisprudentielle dite de l'« égalisation par le haut »⁷⁵⁷ qui se différencie du *contrôle strict d'égalité*. Seul le second est approprié au rôle du principe d'égalité comme *fondement complémentaire du principe social*.

Il convient alors d'examiner les motifs de distinction prohibés par les normes supra-législatives (A), avant d'écarter la technique de « l'égalisation par le haut » (B).

A - Les motifs de distinction prohibés par les dispositions supra-législatives

490. Il importe, en premier lieu, de mettre en lumière les motifs de distinction convergents entre principe constitutionnel et conventionnel d'égalité (i), avant d'examiner la *citoyenneté* en tant que motif divergent entre eux (ii).

i - Les motifs convergents de distinction entre principe constitutionnel et principe conventionnel d'égalité

491. Dans le cadre de la présente étude, seront examinés les *motifs discriminatoires* interdits par les normes supra-législatives. Il convient, tout d'abord, de présenter les motifs de distinction prohibés par les *dispositions constitutionnelles* en France et en Grèce, afin de les juxtaposer, ensuite, à ceux des dispositions conventionnelles. L'objectif de l'analyse est d'observer dans quelle mesure les dispositions *se recoupent* entre elles.

⁷⁵⁷ Julia ILIOPPOULOS-STRANGAS, « Constitution et droits sociaux - Grèce », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. XXXI, 2015, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, p. 327 : « l'extension des mesures favorables aux personnes exclues d'une réglementation contraire au principe d'égalité, les juridictions interviennent dans le domaine de l'activité législative ». Sur l'usage du terme par la doctrine française, voir Laurence GAY, « L'égalité et la protection sociale dans les premières décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan mitigé », *RDSS*, n° 6, 2010, p. 1061.

492. S'agissant de l'ordre juridique français, l'article 1^{er}, alinéa 3 de la Constitution de 1958 interdit toute distinction d'*origine*, de *race*, de *religion*, de *croyances* des citoyens⁷⁵⁸. La doctrine française⁷⁵⁹ ne considère pas la Constitution de 1958 comme la seule source du principe d'égalité. Elle identifie des fondements au principe d'égalité également dans la DDHC de 1789⁷⁶⁰ et le Préambule de la Constitution de 1946⁷⁶¹. La DDHC n'ajoute aucun motif à ceux déjà interdits par la Constitution de 1958, par opposition à l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 qui ajoute un seul motif dans la liste des distinctions prohibées en interdisant les distinctions à l'encontre des *femmes*⁷⁶². Il s'agit ici d'une interdiction de distinction fondée sur le *sexe* de l'individu.

493. Par ailleurs, plusieurs autres dispositions issues des trois textes précités⁷⁶³ consacrent aussi l'égalité en *précisant* son champ d'application. Il s'agit de différents *aspects spécifiques* du principe d'égalité, comme *l'égalité devant le suffrage*, *l'égalité devant les charges publiques*, *l'égalité devant l'emploi public*, *l'égalité entre les Français de la métropole et de l'outre-mer*, *l'égalité dans l'enseignement*. Les dispositions mentionnées ne consacrent pas de nouveaux motifs de distinction, mais elles *déterminent* certains domaines particuliers dans lesquels l'égalité doit être respectée⁷⁶⁴.

⁷⁵⁸ Article 1, al. 2 : « La France (..) assure l'égalité devant la loi de tous les *citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

⁷⁵⁹ Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29 (Dossier : « La Question Prioritaire de Constitutionnalité »), 2010. Disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr.

⁷⁶⁰ Article 1^{er} DDHC : « Les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

⁷⁶¹ Alinéa 1 du Préambule de la Constitution de 1946 : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

⁷⁶² Alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

⁷⁶³ Article 3 al. 3 de la Constitution de 1958 : « Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret ».

Article 6 DDHC : « Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

Article 13 DDHC : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés »

Préambule de la Constitution de 1946 : l'alinéa 12 consacre l'égalité devant les charges résultant de calamités nationales, l'alinéa 13 consacre le droit à l'égal accès à l'enseignement, l'alinéa 16 consacre l'égalité avec les peuples d'outre-mer, l'alinéa 18 consacre l'égal accès aux fonctions publiques pour les peuples d'outre-mer.

⁷⁶⁴ En ce sens, Louis FAVOREU et *alii*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.* p. 1027. La doctrine française évoque la distinction « déterminée » qui se juxtapose à la distinction « indéterminée » qui incombe aux motifs prohibés de discrimination directement interdits par la Constitution.

494. Considérer que toutes les dispositions précitées sont des *sources* du principe d'égalité s'expose à la même critique que celle faite à propos du Préambule de la Constitution de 1946 en tant que fondement des droits sociaux ; il s'agit d'une position qui s'éloigne du sens « initial » de la Constitution de 1958. C'est en effet la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a donné une force normative au Préambule de la Constitution de 1946, par sa décision « *Liberté d'association* » de 1971⁷⁶⁵, et à la DDHC, par sa décision « *Taxation d'office* » de 1973⁷⁶⁶. Comme cela était le cas des droits sociaux du Préambule, il s'agit moins ici de contester la démarche du juge constitutionnel que de constater ses répercussions.

495. L'insertion par le Conseil constitutionnel des textes en question dans le *bloc de constitutionnalité* n'est pas en effet sans poser plusieurs difficultés au regard du contrôle de constitutionnalité des normes. En particulier, le juge constitutionnel contrôle le respect du principe d'égalité au regard de plusieurs dispositions, dont l'article 1^{er} de la Constitution de 1958⁷⁶⁷ ainsi que les articles 6 et 13 de la DDHC⁷⁶⁸. Toutefois, étant donné la pluralité des sources envisagées, il le contrôle parfois sans aucune indication quant au fondement impliqué⁷⁶⁹. Cette omission fait naître un risque de confusion quant à l'identification des fondements constitutionnels du principe d'égalité en France ; un risque non négligeable d'autant plus que ce principe est celui qui est le plus invoqué par les requérants devant le Conseil constitutionnel⁷⁷⁰.

496. Pour sa part, l'ordre juridique hellénique n'est pas non plus dépourvu d'un risque de confusion quant au fondement constitutionnel de l'égalité. La raison en est que l'article 4 de la

⁷⁶⁵ Voir *supra*, p. 80, p. 81.

⁷⁶⁶ Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973 : « 2. Considérant, toutefois, que la dernière disposition de l'alinéa ajouté à l'article 180 du code général des impôts par l'article 62 de la loi de finances pour 1974, tend à instituer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office de l'administration les concernant ; qu'ainsi ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution ».

⁷⁶⁷ Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, Décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985.

⁷⁶⁸ S'agissant notamment des articles 6 et 13 de la DDHC. Sur la jurisprudence qui porte sur *l'égalité devant l'impôt*, voir par exemple, Décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*. Décision n° 93-320 DC du 21 juin 1993, *Loi de finances rectificative pour 1993*. Sur la jurisprudence qui porte sur *l'égalité devant l'emploi public*, voir Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*.

⁷⁶⁹ Décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*. Décision n° 96-375 DC du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*. Louis FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel, op. cit.* p. 1027 : « Le fait que le juge constitutionnel ne se fonde pas sur un fondement déterminé doit être interprété plus comme un effort de sa part de synthétiser sa conception d'ensemble du principe et pas comme un acte qui le détache des fondements constitutionnels du principe ».

⁷⁷⁰ Ce qui justifie sa qualification de « principe gigogne » par la majorité de la doctrine française. Voir Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel, op.cit.*, p. 757.

Constitution consacre, dans son premier paragraphe, *l'égalité des citoyens*⁷⁷¹ et, dans son second paragraphe, *l'égalité entre les deux sexes*⁷⁷². A l'occasion de l'arrêt n° 125/1948, le Conseil d'Etat hellénique a pour la première fois contrôlé le respect de l'article 4 paragraphe 1 dans le domaine de la sécurité sociale⁷⁷³, contrôle exercé également par la Cour de Cassation hellénique⁷⁷⁴. Or, bien qu'il s'agisse d'une « clause générale du principe d'égalité », l'article 4 n'interdit *directement* aucun autre motif de distinction.

497. En même temps, le deuxième paragraphe de l'article 5 de la Constitution hellénique consacre la « protection absolue de la vie, de l'honneur, et de la liberté des individus sans distinction de *nationalité*, de *race*, de *langue*, de *convictions religieuses* ou *politiques* »⁷⁷⁵. A la question du fondement du principe d'égalité en Grèce, il convient donc d'admettre l'*articulation* des deux dispositions constitutionnelles ; cela malgré le fait que la formulation de la disposition en question n'est pas vraiment pertinente. Des motifs tels que la race, la langue, les convictions politiques et religieuses sont des motifs de distinction interdits non seulement au regard des *droits de la vie, à l'honneur et à la liberté*, mais aussi à l'égard de tous *les droits fondamentaux* y compris, bien évidemment, le droit à l'égalité. L'hypothèse contraire se confronterait au principe d'*universalité des droits fondamentaux* qui interdit les distinctions parmi les bénéficiaires liées à leurs caractéristiques, leur origine ou leurs croyances⁷⁷⁶.

498. En outre, à l'instar du droit français, la Constitution hellénique consacre *l'égalité devant les charges publiques* comme une *spécialisation* du principe d'égalité⁷⁷⁷. Il en va de même dans le domaine de l'*emploi*, la Constitution hellénique prévoyant l'« égal salaire pour un travail égal indépendamment *du sexe* ou *d'autre motif de distinction* »⁷⁷⁸. Par opposition à la plupart des dispositions fondant le principe d'égalité qui l'énoncent à l'égard des *citoyens*, le droit à une

⁷⁷¹ Article 4, par. 1 : « Les Hellènes sont égaux devant la loi ».

⁷⁷² Article 4, par. 2 : « Les hommes et les femmes hellènes ont des droits égaux et des obligations égales ».

⁷⁷³ C'est l'arrêt d'assemblée du CdE, n° 125/1948 qui a contrôlé explicitement le principe d'égalité en jugeant que le traitement préférentiel des avocats qui étaient anciens députés en matière de la retraite portait atteinte au principe constitutionnel d'égalité. En réalité, c'est dans l'arrêt CdE, n° 2176/ 1947 que le Conseil d'Etat avait pour la première fois réalisé un contrôle sans écarter la disposition législative. Lire, Ioannis SARMAS, *Jurisprudence constitutionnelle et administrative du Conseil d'Etat hellénique : Etude évolutive des grands arrêts*, op.cit., p. 153.

⁷⁷⁴ Dans la jurisprudence de la Cour de Cassation hellénique, à partir de son arrêt n° 261/1932.

⁷⁷⁵ Article 5, par. 2 : « Tous ceux qui se trouvent sur le territoire hellénique jouissent de la protection absolue de leur vie, de leur honneur et de leur liberté sans distinction de nationalité, de race, de langue, de convictions religieuses ou politiques ».

⁷⁷⁶ Voir *infra*, p. 261, p. 262.

⁷⁷⁷ Article 4, par. 5 : « Les citoyens hellènes contribuent indistinctement aux charges publiques selon leurs facultés ».

⁷⁷⁸ Article 22, par. 1, al. 2 : « Tous les travailleurs, indépendamment de leur sexe ou d'autre distinction, ont droit à rémunération égale pour tout travail accompli de valeur égale ».

rémunération égale pour un travail égal bénéficie à tous les travailleurs sans aucun motif de distinction⁷⁷⁹.

499. À la suite de l'analyse précédente, il est possible de résumer les motifs de distinction interdits par les Constitutions française et hellénique : il s'agit de la *race*, de l'*origine*, du *sexe* et des *croyances*. Les motifs de distinction retenus sont les seuls que les deux Constitutions consacrent *de manière directe* ; ils ne sont cependant pas les seuls à être prohibés par des dispositions supra-législatives, en France comme en Grèce. Les motifs interdits par les constitutions nationales ne sont pas *exhaustifs* ; il convient en effet de leur ajouter ceux issus des dispositions conventionnelles qui s'appliquent aux ordres juridiques nationaux⁷⁸⁰.

500. Dans la plupart des cas, les motifs nationaux et supranationaux *se recoupent*. Les motifs discriminatoires relatifs à la *race*, l'*origine*, le *sexe* et les *croyances* sont également interdits par des dispositions conventionnelles. En effet, on peut à cet égard évoquer les dispositions du PIDESC⁷⁸¹, de la Convention européenne⁷⁸², de la Charte sociale européenne révisée⁷⁸³, des différentes Conventions signées par l'OIT⁷⁸⁴, de la Convention pour l'élimination de toute

⁷⁷⁹ Kostas CHRYSOGONOS, *Droits individuels et sociaux*, *op.cit.*, p. 162. Il s'agit d'un droit lié au droit du travail qui ne permet pas de distinctions en fonction de nationalité. Certains auteurs Grecs considèrent que cette disposition constitutionnelle ne permet pas non plus une distinction en fonction de la régularité du séjour. Voir en ce sens, *infra*, p. 297.

⁷⁸⁰ Ferdinand MELIN SOUCRAMANIEN, in Louis FAVOREU et alii, *Droits des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 433.

⁷⁸¹ Article 2, par. 2 PIDESC : « 2. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

⁷⁸² Article 14, CEDH : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Également l'article 1^{er} du Protocole n° 12 énonce que : « La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. 2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1 ».

⁷⁸³ Article E de la Charte sociale européenne révisée : « La jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation ».

⁷⁸⁴ Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (entrée en vigueur : 23 mai 1953), ratifiée par la France le 10 mars 1953 et par la Grèce le 6 juin 1975.

forme de discrimination à l'égard des femmes⁷⁸⁵, ainsi que de la Charte des droits fondamentaux de l'UE qui consacre un chapitre entier au principe d'égalité⁷⁸⁶.

501. Dans certains autres cas, la liste des motifs interdits par les dispositions nationales est *augmentée* des motifs issus des conventions supranationales. Précisément, les motifs tirés de l'âge et du *handicap* sont des motifs directement prohibés au sein des deux ordres juridiques nationaux sur la base d'un fondement conventionnel. Les deux sont consacrés à l'article 21 de la CDFUE, laquelle représente aujourd'hui le catalogue le plus complet des motifs interdits de discrimination⁷⁸⁷. Viennent s'ajouter en matière de handicap la Convention pour les droits des personnes handicapées⁷⁸⁸, ainsi que la Convention de l'OIT sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées⁷⁸⁹.

502. La *Convention pour les droits des personnes handicapées* a un impact significatif sur les ordres juridiques nationaux, mais également sur celui de l'Union européenne. Bien que le droit de l'Union européenne consacre une disposition spécifique sur les discriminations en fonction du handicap⁷⁹⁰, il ne donne aucune définition précise du handicap. Dans ce cadre, la Cour de Justice a d'abord concrétisé la notion sans y intégrer les cas de maladies⁷⁹¹, ce qui a fait l'objet

⁷⁸⁵ La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a été adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Elle est entrée en vigueur le 3 septembre 1981. Elle a été ratifiée par la France avec la loi n° 83-561 du 1^{er} juillet 1983 (JORF du 2 juillet 1983, p. 2011) et par la Grèce avec la loi n° 1342 du 1^{er} avril 1983 (JO n° 39/A/1983).

⁷⁸⁶ Article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE : « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Voir aussi l'Article 2 TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'Homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». Article 3, al. 2 TUE : « Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociale, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant ».

⁷⁸⁷ *Ibidem*.

⁷⁸⁸ La Convention relative aux droits des personnes handicapées a été adoptée le 13 décembre 2006 au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York et est entrée en vigueur le 3 mai 2008. En France, elle a été ratifiée avec la loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 (JORF n°0002 du 3 janvier 2010, p. 121, texte n° 1) et en Grèce par la loi n° 4074/2012 (JO n° 88/A/11-4-2012).

⁷⁸⁹ Convention (n° 159) sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées, 1983 (entrée en vigueur le 20 juin 1985, ratifiée par la France le 16 mars 1989 et par la Grèce le 31 juillet 1985).

⁷⁹⁰ Article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE : « L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté ».

⁷⁹¹ CJUE, 19 janvier 2005, C-13/05, *Chacon Navas*. En l'espèce, la Cour de Justice avait jugé que la maladie n'était pas du handicap. Elle avait en effet retenu la définition suivante du handicap : « visant une limitation résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle », en précisant que « la limitation relève de la notion de handicap, il doit donc être probable qu'elle soit de longue durée ».

de vives critiques de la part de la doctrine⁷⁹². Plus tard, dans son arrêt *HK Danmark* de 2013⁷⁹³ la Cour de Justice s'est fondée sur la Convention pour les droits des personnes handicapées afin d'élaborer une définition plus large du handicap qui englobe également les maladies incurables⁷⁹⁴. Telle est aujourd'hui la définition qui fait office de référence pour toute étude portant sur les discriminations à l'encontre des personnes handicapées en France et en Grèce.

Il existe cependant au sein des *normes constitutionnelles* un motif de distinction non présent dans les *normes conventionnelles* ; celui de la citoyenneté.

ii - La citoyenneté en tant que motif divergent

503. La *citoyenneté ou nationalité*, définie précédemment comme le *statut spécifique* lié à l'attribution de *droits* au sein d'un ordre juridique⁷⁹⁵, justifie des distinctions mises en place par des organes étatiques dans les ordres juridiques nationaux. En effet, l'article 1^{er} de la Constitution française de 1958⁷⁹⁶ et l'article 4 par. 1 de la Constitution hellénique de 1975⁷⁹⁷ ne consacrent l'égalité qu'en faveur des *citoyens* et non en faveur des *êtres humains*.

504. Cependant, la distinction entre nationaux et « étrangers », terme qui correspond aux *non citoyens*, ne trouve pas de justification au regard de l'ordre juridique supranational. Contrairement au principe constitutionnel d'égalité, le droit de l'Union européenne consacre

⁷⁹² Christophe PETITI, « La situation des personnes en situation de faiblesse », in Bertand FAVREAU, *La Charte des droits fondamentaux après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 261. Augustin BOUJEAKA, « La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne », *Revue Dalloz*, n° 20, 2013, p. 1388. Pour une critique négative de cet arrêt, voir Hervé RIHAL, Jimmy CHARRUAU, « La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDSS*, n° 5, 2013, p. 843.

⁷⁹³ CJUE, 11 avril 2013, C-335/11, C-337/11, *HK Danmark*. En l'espèce, un syndicat danois a introduit deux actions en réparation au nom de deux salariées ayant été licenciées avec un préavis réduit. Selon ce syndicat, leurs employeurs auraient dû leur proposer, dans la mesure où leur état physique ne leur permettait pas de supporter une journée entière de travail, une réduction de leur temps de travail. L'argument des requérants portait sur le fait que les absences des travailleuses pour cause de maladie résultaient de leur handicap.

⁷⁹⁴ La définition retenue est issue du premier article de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* : « Par personnes handicapées, on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ». La Cour de justice juge dans cet arrêt que la notion de handicap « doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, et que cette limitation est de longue durée. La nature des mesures que doit prendre l'employeur n'est pas déterminante pour considérer que l'état de santé d'une personne relève de cette notion ».

⁷⁹⁵ Voir *supra*, p. 172.

⁷⁹⁶ L'article 1^{er} de la Constitution de 1958 énonce que : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les *citoyens* sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

⁷⁹⁷ La Constitution hellénique énonce dans son article 4, par. 1 : « Les *Grecs* sont égaux devant la loi ».

l'égalité en faveur de tous les *citoyens de l'Union européenne*⁷⁹⁸. Cela s'inscrit dans la lignée du lien fait par la Cour de Justice entre le principe de non-discrimination et la liberté de circulation des travailleurs et des non actifs⁷⁹⁹. Par ailleurs, les *conventions internationales* consacrent l'égalité en faveur des citoyens de tous les Etats signataires. Tel est le cas de la Convention européenne, de la Charte sociale européenne révisée, des différentes conventions signées par l'OIT, ainsi que des deux PIDESC qui interdisent les distinctions *en fonction de la nationalité* des ressortissants des Etats signataires⁸⁰⁰.

505. Il s'avère que les conventions supranationales, et surtout celles relevant du droit de l'Union européenne, repoussent *le sens* du principe d'égalité au-delà des frontières nationales et de la *citoyenneté*. Le Traité de Lisbonne disposant que l'égalité est réservée aux étrangers qui *résident régulièrement* sur le territoire des Etats membres⁸⁰¹, le droit de l'Union européenne pose en effet sa propre définition élargie du principe d'égalité. On pourrait donc considérer que pour respecter les normes conventionnelles, le législateur national devrait substituer la *régularité du séjour* à la *nationalité* comme motif de distinction des étrangers. Une telle attitude serait cependant susceptible, en théorie, de méconnaître le sens du principe constitutionnel d'égalité.

506. Or, les deux conditions ne sont pas vraiment contradictoires entre elles puisque le critère supranational de la *régularité du séjour* *spécialise* d'une certaine manière celui de la *citoyenneté*. Il n'est alors pas possible d'évoquer un conflit entre les normes constitutionnelles et conventionnelles sur ce sujet, mais plutôt une légère divergence de sens entre elles. Les Constitutions françaises et helléniques impliquent une conception plus large des discriminations vis-à-vis des étrangers que celle retenue par les conventions supranationales.

⁷⁹⁸ Article 9 TUE : « Dans toutes ses activités, l'Union respecte le principe de l'égalité de ses citoyens, qui bénéficient d'une égale attention de ses institutions, organes et organismes. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ».

⁷⁹⁹ Arrêt précité *Martinez Sala*.

⁸⁰⁰ L'interdiction d'une distinction en fonction de *l'origine nationale* est interdite par l'article 14 de la Convention européenne, l'article E de la Charte sociale européenne révisée. Au niveau international, également par le PIDESC (art. 2, par. 2). Voir également la Convention OIT (n° 118) sur l'égalité de traitement (sécurité sociale) de 1962 concernant l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale (entrée en vigueur : 25 avril 1964) dont certaines dispositions seulement ont été ratifiées par la France (13 mai 1974). Elle n'a pas été pour le moment ratifiée par la Grèce. Concernant le droit de l'UE, Voir l'article précité 9 TUE sur l'égalité entre les citoyens de l'Union européenne. Voir également, le second paragraphe de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE qui énonce que : « Dans le domaine d'application des traités et sans préjudice de leurs dispositions particulières, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite ».

⁸⁰¹ Selon l'article 79, par. 1 TFUE, l'Union européenne « développe une politique commune de l'immigration » qui assure « un traitement équitable des ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans les États membres, ainsi qu'une prévention de l'immigration illégale et de la traite des êtres humains et une lutte [...] contre celles-ci ».

Dès lors, le législateur tient compte des premières tout en s'alignant sur la condition de *régularité du séjour*.

507. En dépit de la reconnaissance de la *régularité* du séjour comme condition restrictive des droits des étrangers, certaines distinctions peuvent subsister de manière exceptionnelle sur le fondement de la *nationalité*. Pour qu'un droit soit aujourd'hui réservé aux *seuls nationaux*, il est nécessaire qu'un élément tiré de la « souveraineté nationale » soit présent, concept qui implique généralement les compétences le plus significatives de l'Etat⁸⁰². Il en va ainsi, par exemple, en France et en Grèce, de l'attribution du *droit de vote* aux élections présidentielles qui est réservé aux seuls citoyens. Un exemple caractéristique de l'exception décrite porte sur l'égalité devant l'emploi public qui peut être lié à la *souveraineté nationale*. La Cour de Justice permet en effet, de manière exceptionnelle, des distinctions selon la nationalité en matière d'emploi public ⁸⁰³. Tel est aujourd'hui également l'apport de la législation française et hellénique⁸⁰⁴, ainsi que de la jurisprudence des hautes juridictions nationales⁸⁰⁵.

508. A l'issue de cette analyse, il est donc possible de constater que les motifs de distinction interdits dans les ordres juridiques français et hellénique sont ceux qui portent sur la *race*, l'*origine*, la *langue*, le *sexe*, le *handicap*, ainsi que sur la *citoyenneté*. C'est dans cette perspective qu'il convient d'examiner l'étendue de leur contrôle dans le domaine des droits sociaux.

B - La mise à l'écart d'une égalisation par le haut

509. Afin d'écarter la possibilité d'une *égalisation par le haut* de la part du juge, il convient de déterminer à travers des exemples quand exactement la *justiciabilité* du droit à l'égalité est

⁸⁰² Lire en ce sens, François JULIEN-LAFERRIÈRE, « Nature des droits attachés à la nationalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23 (Dossier : « La citoyenneté »), n° 23, 2008, publié sur le site du conseil-constitutionnel.fr. Sur la définition du concept de « souveraineté nationale », voir *infra*, p. 382 et s.

⁸⁰³ CJCE, 2 juillet 1996, C -290/94, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*.

⁸⁰⁴ En France, il s'agit de la loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 (JORF n° 174 du 27 juillet 1991). Voir, en Grèce, la loi n° 2431/1996 relative au recrutement des citoyens européens dans le domaine public (JO A 175/1996).

⁸⁰⁵ En France, voir la décision n° 31-293 DC du 23 juillet 1991 qui indique que « la loi déferée ne supprime pas la condition qui subordonne la qualité de fonctionnaire à la possession de la nationalité française », mais « qu'il lui est uniquement apporté une dérogation au profit des ressortissants des États membres de la Communauté économique européenne autres que la France » et que les dispositions critiquées n'autorisant « l'accès des personnes qu'elles visent qu'à ceux des corps, cadres d'emplois et emplois dont les attributions sont « séparables de l'exercice de la souveraineté », [...] se trouve, par là-même, exclue toute atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Pour la Grèce, voir l'arrêt de la Cour de Cassation n° 1622/2011 selon lequel la participation des étrangers disposant d'un permis de séjour et de travail comme musiciens dans l'Orchestre de la Mairie d'Athènes n'est pas une fonction publique liée à la *souveraineté nationale* et est ainsi conforme à l'article 4, par. 4 de la Constitution hellénique qui consacre l'égalité des fonctions publiques en faveur des citoyens Grecs.

problématique⁸⁰⁶. Il convient de démontrer, par le biais de l'étude du droit à la *protection sociale des étrangers*, qu'il est problématique de le rendre justiciable vis-à-vis du *législateur* (i). L'attribution d'un droit à *l'enseignement aux enfants handicapés* nous enseigne cependant que le droit à l'égalité est justiciable, sans difficulté, vis-à-vis de l'*Administration* (ii).

i - La justiciabilité problématique du droit à l'égalité vis-à-vis du législateur : le cas du droit à la protection sociale des étrangers

510. Il s'agit, dans le cadre de la présente étude, de démontrer qu'à l'instar du *principe de l'Etat social* qui n'est pas *justiciable*, le *principe d'égalité* ne l'est pas non plus ; à tout le moins en ce qui concerne l'attribution de prestations matérielles aux individus. Une action législative qui *crée* ou *aménage* des prestations matérielles précède nécessairement son contrôle au regard du *principe d'égalité*. Même dans le cas où elle y contrevient, à défaut d'*obligations positives*, le juge n'est pas habilité à ordonner ou à procéder lui-même à une concrétisation positive. Dans le cas contraire, il conviendrait d'admettre dès le début que la *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social ne régit pas toujours sa concrétisation positive. Du point de vue de la présente étude qui part du constat de l'existence d'une telle *limite intrinsèque*, aucun motif de distinction ne peut justifier un *contrôle correctif*⁸⁰⁷. Au contraire, il incombe au juge d'interdire la distinction en laissant en même temps au législateur une *marge* quant à l'attribution des prestations consécutive à sa décision. Il revient ainsi au législateur de déterminer les mesures à prendre pour éviter l'inégalité.

511. Il importe de se concentrer par la suite sur le contrôle des distinctions faites à l'encontre des *étrangers* en matière de *protection sociale* qui révèlent toutes les dimensions du problème. L'attribution de prestations de *sécurité* et d'*aide sociale* aux *non nationaux* en France et en Grèce se trouve, en effet, au cœur du sujet examiné. L'examen du contrôle du droit à la protection sociale des étrangers appelle tout d'abord une différenciation selon la juridiction qui l'exerce. En particulier, il convient de tenir compte de la distinction entre effets *erga omnes* et effets *inter pares* des décisions juridictionnelles⁸⁰⁸. Dans le premier cas, la transgression de la compétence du juge est plus problématique que dans le second, car une décision *erga omnes* est valide vis-à-vis de tous les destinataires d'un ordre juridique et non pas uniquement à l'égard des requérants. À la suite d'une telle *décision corrective*, le bénéficiaire litigieux concernerait tous

⁸⁰⁶ Le sens de la *justiciabilité* retenu dans la présente est celui de la permission pour un individu d'exiger la satisfaction d'un *droit* à l'égard d'un organe étatique même à défaut d'intervention préalable de ce dernier.

⁸⁰⁷ Voir en particulier s'agissant des distinctions en fonction du sexe, Petros PARARAS, *Constitution et Convention européenne des droits de l'Homme*, *op.cit.*, p. 30.

⁸⁰⁸ Voir *intro*, p. 51.

les individus qui pourraient, dès lors, le revendiquer ultérieurement devant les juges administratifs. Il s'ensuit que c'est surtout dans ce cas de figure que le législateur pourrait être *obligé* par le juge d'entreprendre une *action positive*. Le contrôle correctif avec effet *inter pares* concerne par définition un seul litige et aboutit donc plus difficilement à la nécessité d'une intervention de la part du législateur.

512. La différence entre les deux cas devient manifeste si on compare la jurisprudence en la matière de la Cour de Justice et de la Cour européenne. Les deux hautes juridictions supranationales exigent la reconnaissance d'un droit à la protection sociale aux *non nationaux*⁸⁰⁹. En dépit de la jurisprudence très riche de la Cour européenne sur le sujet, l'effet de ses arrêts ne concerne que les requérants. A l'opposé, les arrêts de la Cour de Justice sont revêtus d'un effet *erga omnes*⁸¹⁰ qui a un impact plus fort sur les ordres juridiques nationaux. Bien que la Cour de Justice ne contrôle pas directement le législateur, celui-ci devrait s'aligner sur l'arrêt de cette dernière afin d'éviter un vague de recours devant les juges nationaux sur la même demande. Il s'ensuit que chaque fois que la Cour de Justice attribue des *droits sociaux* à des individus sur le fondement du principe de non-discrimination⁸¹¹, elle empiète d'une manière indirecte sur la compétence du législateur national.

513. Contrairement à la Cour de Justice, les hautes juridictions nationales ne réalisent pas un *contrôle correctif* lorsqu'il est question d'effet *erga omnes*. D'une manière générale, le Conseil constitutionnel français interdit les distinctions fondées sur la *nationalité* dans la jouissance du droit à la protection sociale⁸¹². A l'occasion, précisément, de sa décision *Égalité Français étrangers* de 1990⁸¹³, le juge constitutionnel a annulé la disposition législative qui réservait l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité aux seuls étrangers qui répondaient à la condition de l'existence de conventions internationales réciproques avec la France. En l'espèce, même s'il a considéré que la différence de nationalité n'était pas un critère de distinction constitutionnel en matière de droits sociaux, le juge constitutionnel a laissé la disposition concernée du Code de la sécurité sociale subsister dans sa rédaction antérieure. Il

⁸⁰⁹ Cour EDH, 16 septembre 1996, n° 17371/90, *Gaygusuz contre Autriche* pour la Cour européenne. Concernant la Cour de Justice, CJCE, 12 mai 1998, C- 85/96, *Martinez Sala contre Freistaat Bayern*. CJCE, 20 septembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*. Voir *supra*, p. 169.

⁸¹⁰ CJUE, 13 mai 1981, C-66/80, *Spa International Chemical Corporation*.

⁸¹¹ Voir *supra*, p. 168 et s.

⁸¹² Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

⁸¹³ Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*. En l'espèce, le juge constitutionnel affirme dans son considérant n° 35 que « l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice de cette allocation, dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux ou de règlements pris sur leur fondement, méconnaît le principe constitutionnel d'égalité ».

n'a donc pas procédé à une *égalisation par le haut* ; les étrangers résidant régulièrement en France ont finalement acquis ce droit après une intervention directe du législateur quelques années plus tard⁸¹⁴.

514. L'étude du droit à la protection sociale des étrangers dans l'ordre juridique français révèle une autre difficulté relative aux techniques appropriées à un contrôle strict. Face à la nécessité de mettre fin à la « cristallisation des pensions » des militaires des anciennes colonies françaises⁸¹⁵, le Conseil d'Etat jugeant *inter pares* s'est fondé sur la Convention européenne pour *corriger* la discrimination à leur rencontre⁸¹⁶. De même, la Cour de Cassation française⁸¹⁷ a jugé que les prestations de sécurité sociale devaient être attribuées sans discriminations aux anciens combattants au regard de l'article 14 de la Convention.

515. Saisi au sujet de la même question, le Conseil constitutionnel, dont les décisions ont un effet *erga omnes*, a cependant évité une *égalisation par le haut*. Dans sa décision *Consorts*, il a certes jugé *contraire* au principe d'égalité la « cristallisation des pensions »⁸¹⁸ mais l'intérêt de la décision porte ensuite sur le fait pour le juge constitutionnel d'avoir appliqué la technique dite de « modulation des effets de la décision dans le temps »⁸¹⁹. Si la censure n'est pas d'*application immédiate*, la production de ses effets étant déplacée à l'avenir, le législateur a le temps d'intervenir pour régler lui-même la question. La technique jurisprudentielle en question

⁸¹⁴ Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, JORF n°0302 du 30 décembre 2010, p. 23033.

⁸¹⁵ Cette jurisprudence est relative aux pensions civiles et militaires de retraite, versées aux nationaux des pays et territoires ayant appartenu à l'Union française ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France. La « cristallisation » est la pratique qui consiste à remplacer le droit à pension par une indemnité insusceptible de revalorisation.

⁸¹⁶ CE, 30 novembre 2001, n° 212179, n° 212179, *Ministre de la défense contre Diop, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*. Le Conseil d'Etat a jugé que la différence de traitement entre pensionnés, à raison de leur nationalité, était discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention, faute d'être assortie de justifications objectives et raisonnables. Lire sur cet arrêt Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DEVOLVE, Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2015, p. 766. Voir également Isabelle DAUGARELH, « L'incompatibilité de la loi de cristallisation des pensions de militaires avec la Convention européenne des droits de l'homme », *RDSS*, n° 3, 2002, p. 611. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat français suit sa jurisprudence constante selon laquelle il contrôle les distinctions faites à l'encontre des étrangers au regard des conventions internationales. Voir : CE, 30 juin 1989, n° 78113, *Ville de Paris et Bureau d'aide sociale*. Voir également CE, 8 novembre 1978, n° 10097, n° 10677, n° 10679, *GISTI*.

⁸¹⁷ Cour de Cassation, chambre sociale, 14 janvier 1999, n° 97-12487, *Bozkurt*. Voir également, 14 novembre 1999, n° 98-87301, *Caisse d'allocations familiales de Grenoble contre M Kunt*.

⁸¹⁸ Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L*. Relativement à cette question, voir également les décisions n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, *M. Lahcène* et n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D*.

⁸¹⁹ Voir le considérant n° 12 de la décision *Consorts* autour des « effets de la déclaration d'inconstitutionnalité » : « Considérant que l'abrogation de l'article 26 de la loi du 3 août 1981, de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 et de l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006 a pour effet de replacer l'ensemble des titulaires étrangers, autres qu'algériens, de pensions militaires ou de retraite dans la situation d'inégalité à raison de leur nationalité résultant des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 ; qu'afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, l'abrogation des dispositions précitées prendra effet à compter du 1er janvier 2011 ». Lire sur cette technique, *infra*, p. 518.

s'inscrit donc dans une perspective de *conciliation* du contrôle de la législation sociale et du respect de la compétence exclusive du législateur pour créer des prestations.

516. Quant à l'ordre juridique hellénique, à défaut de juge constitutionnel, il n'existe *a priori* normalement pas de décisions ayant des effets *erga omnes*. Ceci explique que les juridictions helléniques, et notamment la Cour de Cassation⁸²⁰, effectuent assez régulièrement une *égalisation par le haut*. Il s'agit cependant d'une jurisprudence très critiquée par la doctrine hellénique⁸²¹, la seule *borne* admise par les juges étant souvent celle de l'*illégalité* initiale dans l'attribution des droits sociaux⁸²². Concernant précisément le *droit à la protection sociale* des étrangers, la question de la *correction* de l'attribution inégalitaire n'a pas été posée de la même manière qu'en France, car les hautes juridictions helléniques ne censuraient pas jusqu'à récemment la discrimination dans ce domaine d'une manière systématique.

517. Par exemple, le législateur grec⁸²³ avait conditionné dans le passé l'octroi de prestations familiales *non contributives* à la nationalité des enfants ; une disposition qui avait été validée par le Conseil d'Etat hellénique⁸²⁴. À la suite de l'arrêt en question, même les étrangers résidant *régulièrement* sur le territoire ont été exclus de la prestation, solution qui a été très critiquée par la doctrine⁸²⁵. Le refus du juge grec d'écarter l'inégalité dans ce cas spécifique se fonde sur la nature non contributive de la prestation en cause, un élément qui sera examiné en détails ultérieurement⁸²⁶. Plus récemment, le Conseil d'Etat hellénique a cependant jugé l'exclusion d'un étranger du bénéfice d'une allocation familiale non contributive comme étant contraire au

⁸²⁰ La Cour de Cassation hellénique, au lieu de simplement énoncer l'inconstitutionnalité de l'octroi des allocations versées à certains fonctionnaires publics, l'a également étendue au reste des fonctionnaires publics, voir l'arrêt n° 5/88. En l'espèce, une allocation pour des heures supplémentaires versée à des fonctionnaires publics a été étendue à une autre catégorie de fonctionnaires qui en était initialement exclue. Voir également l'arrêt n° 1441/1981 sur l'extension aux vice-présidents de la Cour de Cassation de l'allocation des études du personnel judiciaire des hautes juridictions. Pour sa part, le Conseil d'État hellénique avait refusé de concrétiser le principe d'égalité sous cette forme, voir par exemple CdE, n°1158/1995 concernant des allocations de soutien à des familles de fonctionnaires publics. Cependant, plus récemment, sur ce sujet le juge administratif a procédé à un revirement jurisprudentiel, car il a considéré que les policiers grecs devaient également bénéficier d'une aide au logement, initialement attribuée au reste des forces armées du pays, voir l'arrêt CdE, n° 3587/1997. Voir également CdE, n° 2252/2017.

⁸²¹ Voir Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, « Constitution et droits sociaux - Grèce », *op.cit.* Également, *La révision de la Constitution et le Conseil d'Etat*, sous la direction de l'Union des Conseillers d'Etat, éd. Ant. N. Sakkoulas, 2001, p. 123.

⁸²² Dans cette hypothèse, le juge refuse d'étendre le bénéfice car « il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité », CdE, n° 792/2012.

⁸²³ Loi n° 3454/2006, « Renforcement de la famille et dispositions diverses » (JORF 75/A/7.4.2006).

⁸²⁴ CdE, n° 771/2007.

⁸²⁵ Akritas KAI DATZIS, « Droits sociaux, citoyenneté et immigrants », in Tzeni KAVOUNIDI, *Immigration en Grèce : Expériences, politiques, perspectives*, éditions IMEPO, 2008, Tome B, p. 629 (en grec).

⁸²⁶ Voir *infra*, p. 307 et s.

droit de l'Union européenne⁸²⁷. Bien que la haute juridiction hellénique ait ainsi procédé à une correction de l'inégalité, ses arrêts ont toutefois un effet *inter pares* qui ne met pas en danger de manière significative la *réserve de la loi*.

518. De nombreux paramètres doivent donc être pris en compte au moment de critiquer la *justiciabilité* du droit à l'égalité en matière de protection sociale. L'effet *erga omnes* est le facteur le plus déterminant pour écarter une *égalisation par le haut*. Dans le cas où une condamnation du législateur a lieu avec effet *erga omnes*, comme cela était le cas en France avec les « cristallisations des pensions des anciens combattants », la *modulation des effets dans le temps* d'une décision juridictionnelle est la solution permettant de respecter la liberté du législateur. Il est important qu'en tout état de cause, le droit à l'égalité ne soit pas généralement envisagé comme le moyen d'exiger des prestations du législateur. En revanche, le droit à l'égalité est parfaitement exigible en matière sociale vis-à-vis de l'Administration.

ii - La justiciabilité non problématique du droit à l'égalité vis-à-vis de l'Administration : le cas du droit à l'enseignement des enfants handicapés

519. Le droit à l'égalité n'est *a priori* pas le fondement approprié du contrôle de la carence législative en matière sociale, cependant, à la suite d'une intervention législative, il peut fonder un droit justiciable vis-à-vis de l'Administration. Cela est manifeste dans le cas du droit à l'enseignement des enfants handicapés.

520. Un *droit social dérivé* à l'enseignement existe en faveur de *tous* les mineurs en France et en Grèce⁸²⁸. Ainsi, dans le cas où l'Administration n'interviendrait pas au bénéfice des enfants handicapés en matière d'enseignement, un recours à son encontre sera possible sur le fondement de la loi ; cela est d'autant plus certain en France⁸²⁹ et en Grèce⁸³⁰ où le législateur consacre le droit à l'enseignement des mineurs handicapés en interdisant directement toute discrimination

⁸²⁷ CdE, n° 1485/2016 selon lequel la disposition qui ne permet pas l'octroi d'une allocation familiale à un ressortissant de l'Union européenne résidant en Grèce est contraire au droit de l'UE.

⁸²⁸ Voir *supra*, p. 96.

⁸²⁹ Article 1^{er} de la loi du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées (Loi n° 75-534, JORF du 1er juillet 1975, p. 6596) : « La prévention et le dépistage des handicaps, les soins, l'éducation, la formation et l'orientation professionnelle, l'emploi, la garantie d'un minimum de ressources, l'intégration sociale et l'accès aux sports et aux loisirs du mineur et de l'adulte handicapés physiques, sensoriels ou mentaux constituent une obligation nationale ». Voir également loi n° 2005-102 du 11 février 2005 (JORF n°36 du 12 février 2005, p. 2353).

⁸³⁰ Selon la loi n° 3699/2008 (JO n° 199, 2 octobre 2008), en Grèce l'enseignement des personnes handicapées est une obligation pour les organes étatiques qui doivent mettre en œuvre un enseignement spécialisé. Cette loi énonce que : « L'Etat s'oblige de garantir à tous les citoyens handicapés qui ont des besoins spéciaux d'enseignement des chances égales pour une participation et contribution à la société, une vie indépendante, une autonomie financière à travers la garantie totale de leurs droits à l'enseignement et à l'intégration sociale et professionnelle ».

entre mineurs. Malgré cela, dans les deux ordres juridiques, le problème de *l'omission de l'Administration* en cette matière n'est pas entièrement résolu⁸³¹. Dans cette perspective, il convient de démontrer la possibilité d'un recours contre l'Administration en vue d'engager sa *responsabilité*.

521. La *justiciabilité* du droit à l'éducation des enfants handicapés est explicite dans l'ordre juridique français. Les juridictions administratives françaises se sont depuis longtemps prononcées sur le sujet, avec toutefois quelques hésitations initialement quant à l'engagement d'une responsabilité pour faute ou sans faute⁸³². Le Conseil d'Etat français a précisé que l'Administration a une *obligation positive* quant à l'accès à l'enseignement des enfants handicapés. Dans son arrêt *Laruelle*⁸³³, il a admis la *responsabilité pour faute* de l'Etat du fait de l'insuffisance de places dans des établissements, ce qui privait temporairement un enfant handicapé mental d'une éducation suffisante.

522. Par ailleurs, dans la continuité de son arrêt *Laruelle*, le Conseil d'Etat a énoncé qu'une scolarisation adaptée au handicap pouvait être ordonnée en urgence par le juge du référé-liberté⁸³⁴. En outre, dans son arrêt *Beaufils* de 2011⁸³⁵, le juge administratif a affirmé qu'une obligation pesait sur l'Administration également en matière d'enseignement des *adultes handicapés*. Il s'agit, sans aucun doute, d'une jurisprudence qui, en s'appuyant sur le *double fondement* du droit à l'enseignement et du principe d'égalité, a fortement contribué au renforcement du droit à l'enseignement des mineurs handicapés en France.

523. En revanche, en Grèce, la situation est très différente dans la mesure où jusqu'à aujourd'hui, à notre connaissance, aucun arrêt des juridictions administratives n'a engagé la responsabilité de l'Administration pour ce motif de discrimination. Même si le Conseil d'Etat

⁸³¹ Voir la critique exposée par le Comité EDS à la France en matière d'insuffisance de places d'accueil. Comités EDS, Réclamation n° 14/ 2003 rendue le 11 mars 2004, *Autisme Europe contre France*. De même, la réclamation n° 81/2012 rendue le 11 septembre 2013. Concernant la Grèce, seulement quinze pour cent des enfants handicapés ont accès à l'enseignement public selon une recherche réalisée sous l'égide d'Action Aid Hellas. Pelagia PAPANIKOLAOU, « Recherche sur l'enseignement des enfants handicapés en Grèce », publiée sur le site actionaid.gr.

⁸³² Le Conseil d'Etat avait déjà jugé que le manquement à l'obligation d'assurer l'éducation scolaire pouvait constituer une faute de nature à engager la responsabilité de l'État, sans que cela concerne spécifiquement les enfants handicapés (CE, 27 janvier 1988, n° 64076, *Ministre de l'éducation nationale contre Giraud*). D'autre part, les tribunaux administratifs soit refusaient la responsabilité étatique pour ce manquement à propos des enfants handicapés (Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, n° 0205215, 18 décembre 2003, *Duca*), soit ils l'admettaient sur le terrain de la rupture de l'égalité devant les charges publiques (TA Lyon, 29 septembre 2005, n° 0403829, *Hebir Khelif*).

⁸³³ CE, 8 avril 2009, n° 311434, *Laruelle*. Voir Laetitia JANICOT, « Le principe d'égalité devant le service public », *RFDA* 2013, p. 722.

⁸³⁴ CE, ord., 15 décembre 2010, n° 344729, *Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et de la vie associative contre Epoux Peyrilhe*.

⁸³⁵ CE, 16 mai 2011, n° 318501, *Beaufils*.

hellénique considère que le droit à l'éducation des enfants handicapés est une *obligation de l'Etat*⁸³⁶, il n'a jusqu'à présent pas eu l'opportunité de contrôler la *carence* de ce dernier sur le sujet. La non justiciabilité du *droit à l'enseignement égal* est souvent dénoncée par les auteurs grecs⁸³⁷. Etant donné l'existence d'une législation appropriée, cela ne peut s'expliquer que par les nombreux malentendus autour de la justiciabilité des droits sociaux. D'une manière générale, s'il était plus clair que les droits sociaux sont non justiciables à l'égard du législateur mais justiciables à l'égard de l'Administration, les recours formés à l'encontre de cette dernière seraient plus fréquents⁸³⁸. A défaut de saisine des juridictions administratives, la discrimination à l'encontre des enfants handicapés n'est pas corrigée, alors même que le principe social et le principe d'égalité l'imposent.

Conclusion du § 1 :

524. Le principe d'égalité tel que consacré par les normes supra-législatives en France et en Grèce interdit les motifs de distinction qui portent sur la race, l'origine, la langue, le sexe, le handicap, l'âge et la nationalité. En ce qui concerne les quatre premiers motifs de distinction, le principe constitutionnel se recoupe avec le principe conventionnel d'égalité. A propos du handicap et de l'âge, les normes conventionnelles s'ajoutent aux normes nationales. Les deux principes divergent légèrement en matière de *nationalité*. En vertu de l'interdiction issue de l'ordre juridique supranational sur ce sujet, les législateurs français et grec ont dû supprimer des limitations dans l'attribution de *droits sociaux* fondées sur une condition de nationalité.

525. Une difficulté apparaît ensuite lorsque ce n'est pas le législateur lui-même qui étend le champ des bénéficiaires de droits sociaux dérivés, mais le juge par le biais d'une *égalisation par le haut*. Dans cette hypothèse, le juge étend lui-même la prestation ou oblige le législateur à le faire à travers le contrôle de son omission. Il s'agit *a priori* d'un contrôle qui transgresse la *limite intrinsèque* au principe social, mais qui peut être « toléré » lorsqu'il dispose d'un effet *inter pares*. L'étude des distinctions interdites à l'encontre des étrangers en matière de protection sociale a permis de mettre en lumière les divers aspects de la question. Dans le cas

⁸³⁶ Un seul arrêt rendu à ce sujet par le Conseil d'Etat hellénique a admis que des personnes privées exercent, parallèlement à celle de l'Etat, une activité d'enseignement à destination d'enfants handicapés. CdE, n° 2523/2004.

⁸³⁷ Kiprianos PANOU, « Le droit des personnes handicapées à l'enseignement : réflexions à propos de l'arrêt récent du 8 avril 2009 du Conseil d'Etat français », *EDKA*, N, n° 9, 2009, p. 593, 608 (en grec).

⁸³⁸ Sur le sujet général et très intéressant de l'absence de recours formés à l'encontre de l'Administration, lire notamment le rapport du Défenseur des droits en France intitulé « Relations des usagers avec les services publics : le risque du non-recours », Enquête sur l'accès aux droits, Volume 2, mars 2017 ; disponible sur le site defenseursdesdroits.fr.

d'une inconformité de législation sociale *erga omnes*, la solution la plus pertinente serait la modulation des effets dans le temps de la décision.

526. Le droit à l'égalité n'est pas un droit justiciable en matière sociale qui permet de contrôler la carence du législateur, mais il est exigible vis-à-vis de l'Administration. En effet, la jurisprudence administrative en France prouve que le droit à l'enseignement des mineurs handicapés à égalité avec les autres mineurs est *justiciable*, ce qui n'est pour le moment pas confirmé, comme il devrait l'être, par le juge en Grèce. Ainsi, on a pu déterminer un contrôle approprié des distinctions interdites, en excluant le contrôle correctif. La délimitation du principe d'égalité lors du contrôle des droits sociaux appelle à préciser également le contrôle des distinctions positives.

§ 2 - Le contrôle strict des droits sociaux au regard des distinctions positives

527. La délimitation du contrôle des distinctions positives en matière sociale invite en premier lieu à clarifier qu'elles ne constituent pas des *obligations* pour le législateur. Dans l'hypothèse inverse, elles seraient conçues en tant qu'*obligations positives* au risque de transgresser la *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social. On devrait paradoxalement admettre que la *carence législative* en matière sociale puisse être contrôlée sur le fondement de l'égalité, alors même que les fondements spécifiques du principe social ne le permettent pas. La délimitation du principe d'égalité appelle plutôt à envisager les distinctions positives en tant que *concrétisation positive possible* du principe. Il est alors question de nous interroger dans quels cas le législateur emploie les distinctions positives pour attribuer des prestations matérielles, soit de déterminer les paramètres d'une telle concrétisation positive du principe d'égalité.

528. Or, si le principe d'égalité habilite *a priori* le législateur à agir ainsi, il se peut que de telles mesures positives se heurtent à l'interdiction de non-discrimination. Tel est notamment le cas lorsque l'on est en présence de « groupes de destinataires concurrents » qui forment « un binôme » comme le sont généralement, par exemple, les *deux sexes*. Dans ce cas de figure, les distinctions positives en faveur des femmes impliquent potentiellement une discrimination à l'encontre des hommes. Il convient alors d'examiner les distinctions positives en tant que concrétisation d'une égalité en principe permise (A), puis, plus spécifiquement, les distinctions positives en faveur des femmes en tant que concrétisation exceptionnellement interdite (B).

A - Les distinctions positives : une concrétisation d'égalité en principe permise

529. Il importe d'analyser les paramètres des distinctions positives dans le domaine des prestations matérielles (i), avant de traiter leur conformité au principe d'égalité (ii).

i - Les paramètres des distinctions positives dans le domaine des prestations matérielles

530. Les distinctions positives ne peuvent être appréhendées comme un « droit à la différence »⁸³⁹ mais seulement comme une *concrétisation possible* du droit à l'égalité. L'hypothèse contraire impliquerait d'imposer au législateur des obligations sans aucun fondement supra-législatif. En effet, lorsque des dispositions supra-législatives consacrent directement des distinctions positives, elles *habilitent* simplement le législateur à agir ainsi⁸⁴⁰. Cela est affirmé par l'ensemble des juridictions nationales et supranationales⁸⁴¹ selon lesquelles le principe d'égalité « n'*interdit* pas le traitement différencié de situations différentes »⁸⁴². Il ne l'impose pas non plus. Les distinctions positives ne correspondent pas à un *droit au traitement favorable* quant à l'attribution de prestations, mais à un moyen pour le législateur de favoriser librement certaines catégories de bénéficiaires en attribuant des droits sociaux.

531. Les distinctions positives sont *diversifiées* quant à leur nature exacte. Il importe alors de différencier *deux types* de distinctions positives : un premier donne *directement accès* à un droit ; un second en *facilite* simplement l'accès. Les distinctions positives de la première catégorie accompagnent la *création* d'un droit social dérivé, alors que celles de la seconde catégorie se rattachent à son *aménagement*. C'est seulement dans le cas d'une *distinction*

⁸³⁹ Jean-Marc SAUVE, Intervention lors du Colloque organisé par le Défenseur des droits, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », le 5 octobre 2015, disponible sur le site conseil-état.fr. Jacques PETIT, Pierre-Laurent FRIER, *Droit administratif, op.cit.*, p. 295.

⁸⁴⁰ Article 157, par. 4 TUE : « Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

Article 116, par. 2 de la Constitution hellénique : « L'introduction des mesures qui favorisent l'égalité entre les hommes et les femmes ne consiste pas à une distinction en fonction du sexe. L'État prend soin de l'élimination des distinctions particulièrement en faveur des femmes ».

Article 1^{er}, al. 3 de la Constitution française : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

⁸⁴¹ Certains auteurs considèrent que les juridictions supranationales tendent à imposer les distinctions positives en tant que obligations positives (Lire Michel BORGETTO, in François LUCHAIRE, Gérard COGNAC, Xavier PRETOT, *La Constitution de la République française, op. cit.*, p. 154. Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Du principe d'égalité en droit interne et communautaire », *AJDA*, n° 40, 2005, p. 2233). A notre sens, il s'agit cependant plutôt de la particularité de la manière dont le droit supranational s'impose (puisque le législateur aura de toute façon l'obligation indirecte de s'y conformer) que de l'imposition d'obligations positives au sens strict du terme. Voir, *supra*, p. 131, p. 132.

⁸⁴² Voir note de bas de page, *infra*, n° 861. Voir précisément l'arrêt CE, 28 mars 1997, n°179049, *Sté Baxter* selon lequel « le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents ».

positive de création que l'individu devient *bénéficiaire* d'un droit social dérivé. Lors d'une *distinction positive d'aménagement*, il en est déjà *bénéficiaire* et il acquiert simplement un *avantage* qui améliore sa position.

532. La question qui se pose ensuite est celle de la mise en lumière du *lien exact* entre les *distinctions positives* et les *droits sociaux dérivés*. S'il est possible, de manière générale, d'envisager les distinctions positives en tant que moyens d'accès aux prestations, il convient de préciser quelques différences selon le *droit social dérivé* qui est concerné. La différenciation résulte de la distinction précédemment exposée entre les *droits limités aux certains bénéficiaires*, qui concernent seulement une partie de la population, et les *droits généraux*, qui concernent l'ensemble des individus⁸⁴³. Chacune catégorie de droits sociaux appelle une interprétation différenciée des distinctions positives en fonction du caractère limité ou général du droit.

533. En ce qui concerne les droits sociaux limités de *l'aide sociale*, du *logement* et de *l'emploi*, ils peuvent se concrétiser par le biais de distinctions positives de *création* et d'*aménagement*. Le cas exemplaire de *distinctions positives de création* est l'établissement de *quotas d'embauche* par le législateur qui garantissent *l'accès à l'emploi* de telle ou telle catégorie de bénéficiaires, se différenciant ainsi d'*avantages simples* liés à l'emploi, tels que la facilité dans le recrutement et dans l'avancement, la sécurité face au licenciement, ou la flexibilité des horaires de travail. Par exemple, les législateurs français et grec établissent des *quotas d'emploi* en faveur des jeunes⁸⁴⁴, des femmes⁸⁴⁵, des personnes handicapées⁸⁴⁶.

534. Le dispositif de *quotas d'emploi* se différencie nettement de celui consistant à *rendre plus difficile* le licenciement des personnes les plus âgées⁸⁴⁷ qui correspond à une *distinction positive d'aménagement*. Dans le domaine de l'emploi public, les législateurs français et grec ont prévu des *avantages* en faveur de certaines catégories d'individus. Tel est, par exemple, le cas de

⁸⁴³ Sur la distinction entre droits sociaux limités et droits sociaux généraux, voir *supra*, p. 99 et s.

⁸⁴⁴ Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*. Le Conseil constitutionnel a validé les choix opérés par le Parlement pour favoriser l'insertion professionnelle des jeunes de seize à vingt ans en exonérant leur embauche de charges sociales. Considérant n° 31 : « Considérant qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées ; que le législateur pouvait donc, en vue d'améliorer l'emploi des jeunes, autoriser des mesures propres à cette catégorie de travailleurs ; que les différences de traitement qui peuvent résulter de ces mesures entre catégories de travailleurs ou catégories d'entreprises répondent à une fin d'intérêt général qu'il appartenait au législateur d'apprécier et ne sont, dès lors, pas contraires à la Constitution ».

⁸⁴⁵ Voir *infra*, p. 222.

⁸⁴⁶ Voir *infra*, p. 267.

⁸⁴⁷ Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*.

l'ouverture d'une troisième voie d'accès à l'École Nationale d'Administration (ENA)⁸⁴⁸ en France, ou en Grèce de la reconnaissance d'avantages en matière d'avancement dans la fonction publique réservés à quelques anciens militants de la résistance⁸⁴⁹.

535. En revanche, s'agissant des *droits généraux* comme le droit à l'enseignement, à la santé et à la sécurité sociale, les *distinctions positives de création* n'ont aucune application. Puisqu'un droit social dérivé est déjà proclamé par le législateur pour *tous les individus*, on ne parle pas simplement de son *habilitation* à inclure de nouveaux bénéficiaires à la prestation. Toute exclusion des individus par les prestations en question serait une discrimination interdite au regard du principe d'égalité. Quant aux droits sociaux généraux, il est pertinent soit d'évoquer l'obligation d'en exonérer aucun individu⁸⁵⁰, soit d'étudier leur rapport avec la *distinction positive d'aménagement*.

536. En ce qui concerne, par exemple, le droit à la *sécurité sociale*, le législateur français a introduit plusieurs *avantages fiscaux* en faveur de certaines catégories de cotisants, démarche qui a été validée par le Conseil constitutionnel⁸⁵¹. De la même façon, en Grèce, le Conseil d'Etat a, d'une part, validé l'exonération d'une catégorie seulement d'enseignants de certaines cotisations⁸⁵² et, d'autre part, admis la possibilité pour certains fonctionnaires de partir à la retraite plus tôt que d'autres⁸⁵³. Dans le domaine de l'*enseignement*, les législateurs français et grec ont par ailleurs établi des *zones d'éducation prioritaire* afin de promouvoir l'accès à l'enseignement des élèves issus de milieux défavorisés⁸⁵⁴. En France, le Conseil constitutionnel

⁸⁴⁸ Décision n° 82-153 du 14 janvier 1983, *Troisième voie d'accès à l'ENA*. Considérant n° 5. En l'espèce, le juge constitutionnel a contrôlé la loi introduisant la possibilité d'une diversification dans les modes de recrutement au regard de l'égal accès aux emplois publics en jugeant que : « Si le principe de l'égal accès aux emplois publics impose que, dans les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents, il ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans une école de formation ou dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public ».

⁸⁴⁹ CdE, n° 532- 622/1978.

⁸⁵⁰ Comme c'est le cas du droit à l'enseignement des enfants handicapés, voir *supra*, p. 214.

⁸⁵¹ Décision 2003-489 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*. En l'espèce, le Conseil constitutionnel, à l'occasion de l'examen d'un avantage fiscal à propos des cotisations versées au titre de l'épargne retraite, a jugé « que si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ».

⁸⁵² CdE, n° 2714/2009.

⁸⁵³ CdE, n° 2180/2004 à propos de la permission donnée aux hôtesse de l'air d'une certaine entreprise d'accéder au droit à la retraite avant le reste des salariés.

⁸⁵⁴ En France, les zones d'éducation prioritaire ont été créées par la circulaire du 9 juillet 1981 (n° 81-238 du 01/07/1981) dans l'objectif de « corriger l'inégalité [sociale] par le renforcement sélectif de l'action éducative dans les zones et dans les milieux sociaux où le taux d'échec scolaire est le plus élevé ». En Grèce, même si la loi avait depuis longtemps établi l'« école multiculturelle » (loi n° 2413/96) des Zep ont aussi été créés par la loi n° 3879/2010 (JO n° 163/A/21-9-2010).

a ainsi validé les mesures prises par une grande école qui prévoyaient une nouvelle procédure de sélection pour l'admission en première année, ouverte aux seuls bacheliers de lycées classés en zone d'éducation prioritaire⁸⁵⁵. Dans l'ordre juridique hellénique, le législateur a pris soin de promouvoir l'accès des minorités musulmanes à l'enseignement⁸⁵⁶. Il a également octroyé des avantages aux enfants de familles nombreuses pour favoriser leur accès à l'enseignement supérieur⁸⁵⁷. La jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique a pendant longtemps validé la constitutionnalité de telles mesures⁸⁵⁸ mais il a récemment procédé un revirement de jurisprudence⁸⁵⁹, ce qui a notamment accentué la question du *contrôle des distinctions positives*.

ii - La conformité des distinctions positives au principe d'égalité

537. Le principe d'égalité habilite le législateur à prendre des mesures positives en faveur de certains groupes d'individus, mais ne permet pas toujours de dire avec certitude quand les mêmes mesures lui sont contraires. Etant une *concrétisation* du principe d'égalité, les distinctions positives peuvent s'employer à l'encontre de tout motif de distinction. Elles concernent tant ceux prohibés par les dispositions *supra-législatives* d'une manière *directe* que ceux interdits d'une manière *indirecte et relative*⁸⁶⁰.

538. Il convient de considérer que dans le premier cas, les distinctions positives ne sont interdites que dans le cas exceptionnel où elles se heurtent à un autre motif discriminatoire *directement* consacré. Puisque dans leur cas les normes supra-législatives interdisent au législateur toute discrimination au regard des motifs déterminés, elles l'habilitent également *directement* à réaliser des actions positives pour les combattre. En revanche, la détermination d'une *distinction positive* contraire au principe d'égalité lors du second cas n'est pas exempte d'une certaine *relativité*. Les motifs discriminatoires sont ici choisis *au cas par cas* par le législateur. Le juge de la constitutionnalité et le juge de la conventionnalité devront prendre en compte les circonstances qui font que telle ou telle distinction positive sera permise ou interdite. Il s'ensuit que ce sont les distinctions positives *indirectement* permises qui posent le plus de difficultés théoriques, alors que celles *directement* permises peuvent être présumées conformes au principe d'égalité.

⁸⁵⁵ Décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001.

⁸⁵⁶ Loi n° 2341/1995 (JO n° 208/A/6-10-1995).

⁸⁵⁷ Loi 3454/2006, JO A 75/7-4-2006.

⁸⁵⁸ CdE, n° 2789/1981, n° 2860/1993, n° 2778/1991 : l'accès prioritaire des enfants de familles nombreuses ou des invalides de la résistance à l'école des forces nationales est conforme au principe d'égalité.

⁸⁵⁹ CdE, n° 986-988/2014.

⁸⁶⁰ Voir *supra*, p. 198.

539. Afin de contrôler une *distinction positive*, le Conseil constitutionnel français et le Conseil d'Etat hellénique emploient une *formule standard*, reprise dans tous les cas de figure, selon laquelle le principe d'égalité « ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons *d'intérêt général*, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, *la différence de traitement* qui en résulte soit *en rapport direct* avec l'objet de la loi qui l'établit »⁸⁶¹. La Cour européenne et la Cour de Justice ont également adopté une telle approche⁸⁶². La formule renvoie, en réalité, à un « contrôle de proportionnalité » sur le fondement du droit à l'égalité. Il s'agit d'une technique jurisprudentielle qui consiste pour le juge à mesurer la *gravité d'une atteinte* à un droit fondamental *en fonction* de l'objectif poursuivi. Du point de vue de notre étude, elle est applicable seulement en présence d'*obligations relatives*, soit d'obligations dont la décision de leur violation dépend largement des circonstances⁸⁶³. Elle est, dès lors, applicable notamment aux distinctions positives qui résultent d'une manière *indirecte* du principe d'égalité. Pour les distinctions positives *directement* permises, une telle *différence de situation* est évidente.

540. Même si son emploi est, en principe, pertinent, le problème porte sur le choix de l'*objectif* poursuivi par le législateur. La formule classique précitée montre que les *distinctions positives* sont contrôlées en vue de *l'intérêt général*, concept entendu précédemment comme « l'intérêt de la collectivité tel que défini chaque fois par le législateur »⁸⁶⁴. Cependant, l'intérêt général n'est pas approprié pour mesurer la conformité d'une *distinction positive* en raison de son sens flou et déterminé au cas par cas. A l'opposé, tel est le cas de la « différence de situation », c'est-à-dire du constat qui porte sur l'existence ou non d'une inégalité précédente à l'encontre des bénéficiaires des droits attribués par le biais des distinctions positives. A travers le contrôle de la *différence de situation*, à la condition qu'elle ait un rapport avec la mesure positive contrôlée, le juge s'appuie sur une *donnée objective*. Dans le cadre de notre analyse, la *différence de situation* nous semble une voie plus pertinente pour opérer le contrôle de conformité des distinctions positives par rapport à l'intérêt général.

⁸⁶¹ En France, voir les décisions n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, n° 96-375 DC du 9 avril 1996, n° 87-232 DC du 7 janvier 1988. Le Conseil d'Etat hellénique contrôle de la même manière le principe d'égalité d'une manière constante depuis son arrêt n° 298/1991. Il en va de même pour la Cour de Cassation hellénique, voir n° 800/2002.

⁸⁶² Cour EDH, 6 avril 2000, n° 34369/97, *Thlimmenos contre Grèce*. La Cour européenne a en effet jugé que le principe d'égalité permettait le « traitement différent de situations différentes en vertu d'une justification raisonnable et objective ». Voir aussi Cour EDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx*. Cour de Justice, 13 juillet 1962, C-17/61, C -20/61, *Klöckner-Werke AG e.a. / Haute Autorité*.

⁸⁶³ Voir *supra*, p. 161.

⁸⁶⁴ Voir *supra*, p. 117 et s.

541. Afin d'expliquer la présence d'un tel *concept de sens variable* au sein des blocs de constitutionnalité et de conventionnalité, il convient de revenir à l'origine du contrôle des distinctions positives qui se trouve dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français. La haute juridiction administrative a en effet été la première à élaborer des techniques jurisprudentielles dans l'objectif de distinguer entre une *distinction positive permise* et une *distinction interdite* dans le contexte de l'*Etat légal*⁸⁶⁵. Dans le cadre du *contrôle de la légalité des normes*, la relativité de l'*intérêt général* ne pose pas le même problème que dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité/conventionnalité. Il incombe simplement au juge administratif de tenir compte de l'appréciation de l'intérêt général donnée directement ou indirectement par le législateur. Son emploi est pertinent par le juge administratif lorsqu'il s'agit de contrôler, par exemple, les *distinctions positives* relatives à *l'égalité devant le service public*⁸⁶⁶.

542. Les juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité se sont « inspirés » du contrôle de l'Administration effectué par le Conseil d'Etat français. L'emprunt se heurte pourtant à un paradoxe : il s'agit de contrôler le législateur à travers un concept que lui-même définit. Cependant, il s'avère que le contrôle des distinctions positives doit s'appuyer sur des *données objectives*, comme cela est le cas des discriminations *directement* interdites par les normes supra-législatives. Or, même dans ce cas, le contrôle des distinctions positives peut exceptionnellement devenir particulièrement complexe.

B - Les distinctions positives en faveur des femmes : une concrétisation d'égalité exceptionnellement interdite

543. Les femmes étant dans le passé victimes de discriminations dans le domaine social (i), les distinctions positives qui ont été posées en leur faveur sont *a priori* justifiées. Toutefois, sous

⁸⁶⁵ Depuis l'arrêt CE, 3 février 1911, n° 34922, *Chomel*. Explicitement depuis l'arrêt CE, 9 mars 1951, n° 92004, *Société des concerts du Conservatoire*.

⁸⁶⁶ CE, 10 mai 1974, n° 88032, n° 88148, *Denoyez et Chorques*. Le Conseil d'Etat juge que « la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure ». Il s'agit désormais d'une jurisprudence constante de la part du Conseil d'Etat français en matière sociale : Voir les arrêts CE, 29 décembre 1997, n° 157425, n° 134341, *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre* ; CE, 19 juin 1992, n° 108367, *Département du Puy-de-Dôme contre Bouchon* ; CE, 5 octobre 1984, n° 47875, *Commissaire de la République de l'Ariège* ; CE 13 juillet 1962, n° 51265, n° 51266, *Conseil national d'ordre des médecins*. Voir sur ce sujet Bernard STIRN, Intervention lors du Colloque organisé par l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne en partenariat avec le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, le 24 janvier 2013, « Juger de l'égalité en matière sociale : quels principes, quelles méthodes ? » disponible sur le site du conseil-état.fr.

l'influence de la Cour de Justice, les distinctions positives en faveur des femmes sont de plus en plus contestées (ii).

i - L'inégalité à l'encontre des femmes dans le domaine social

544. Il n'est pas possible d'examiner la jurisprudence qui porte sur les distinctions positives en faveur des femmes sans se reporter, en premier lieu, à celle qui a éliminé les discriminations à leur encontre. Une action positive en faveur des femmes présuppose, en effet, une *différence de situation* par rapport aux hommes. Sont particulièrement concernés par la question de l'inégalité entre hommes et femmes les domaines de l'*emploi* et de la *protection sociale*. Les discriminations du passé à l'encontre des femmes deviennent évidentes lorsqu'on examine la jurisprudence des hautes juridictions en la matière.

545. On peut se rapporter, en premier lieu, à la jurisprudence nationale qui va à l'encontre de discriminations qui sont le fait des organes étatiques. S'agissant des juridictions nationales, le Conseil d'Etat français a sanctionné l'Administration pour la première fois en 1936 au sujet de distinctions à l'encontre de femmes dans la fonction publique⁸⁶⁷. Depuis cet arrêt, la législation française a beaucoup évolué vers l'égalité entre les deux sexes⁸⁶⁸. En Grèce, le législateur a pris soin de supprimer les discriminations à l'encontre des femmes en matière d'emploi⁸⁶⁹ à la suite d'une série d'arrêts⁸⁷⁰. La Cour de Cassation hellénique a aussi jugé illégal un critère fondé sur le sexe des candidats à propos de la classification de résultats à des concours publics⁸⁷¹. Par ailleurs, l'égalité devant l'emploi public des hommes et des femmes a été affirmée par le Conseil d'Etat hellénique lorsqu'il a écarté une loi restreignant l'accès des femmes aux emplois relevant des forces armées, en particulier à ceux de la police⁸⁷².

546. En second lieu, notons que la Cour de Justice s'est aussi particulièrement engagée dans l'élimination des discriminations à l'encontre des femmes en prenant initialement pour

⁸⁶⁷ CE, 3 juillet 1936, n° 43239, n° 43240, *Mlle Bobard*. Marceau LONG et alii, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 279. Voir également, l'arrêt CE, 9 novembre 1966, n° 67973, *Cne de Clohars Carnoet*.

⁸⁶⁸ Voir l'article 6 de la loi française n° 83-364 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (JORF 14 juillet 1983, p.2174).

⁸⁶⁹ Lois n° 4097/2012 (JO A/235/03-12-2012) et n° 3896/2010 (JO A/207/08-12-2010) sur l'égalité de traitement entre les deux sexes en matière d'emploi.

⁸⁷⁰ Les hautes juridictions helléniques ont sanctionné l'exclusion des femmes de l'allocation familiale prévue uniquement pour les hommes dans les conventions collectives de travail. Voir Cour de Cassation hellénique, n° 657, n° 658/1992.

⁸⁷¹ Cour de Cassation, n° 79/1993, n° 1661/1995, n° 1999/1995.

⁸⁷² CdE, n° 1917/1998. Par cet arrêt le Conseil d'Etat annule l'acte commun ministériel qui avait permis l'exclusion des femmes de la police hellénique. Voir également l'arrêt CdE, n° 3018/2014. Concernant certains autres métiers pour lesquels l'accès aux femmes était auparavant exclu, voir notamment CdE n° 3217/1977, n° 3254-3260/1980 et n° 3879-3883/1982.

fondement *l'égalité entre les travailleurs de sexe différent*. Le principe était déjà consacré depuis longtemps par le droit communautaire, contrairement à la plupart des motifs de discrimination prohibés aujourd'hui dans le cadre du Traité de Lisbonne⁸⁷³. Le droit de l'Union européenne fait preuve d'une riche législation en matière de discriminations à l'encontre des femmes travailleuses⁸⁷⁴. Les directives en question ont été transposées dans les ordres juridiques français et grecs⁸⁷⁵, conférant ainsi des fondements directs au contrôle du principe d'égalité.

547. L'interdiction de distinctions au détriment des femmes en matière d'emploi a été contrôlée pour la première fois par la Cour de Justice dans son arrêt *Defrenne*⁸⁷⁶. Depuis lors, le contrôle des discriminations au préjudice des femmes est régulier ; il est allé jusqu'au prononcé des condamnations au-delà des seules *distinctions directes* en prenant également en compte des *distinctions indirectes*⁸⁷⁷. Au sens de la jurisprudence de la Cour de Justice, le licenciement ou le refus d'embauche d'une femme en raison de sa grossesse constituent des distinctions directes⁸⁷⁸, alors que le recrutement de femmes pour des postes à temps partiel relève d'une distinction indirecte⁸⁷⁹.

548. Etant donné l'œuvre déterminante du juge communautaire dans l'élimination des discriminations à l'encontre des femmes travailleuses, il paraît *a priori* paradoxal de considérer que la plus importante contestation des *distinctions positives* provienne également de lui. La

⁸⁷³ Ancien article 119 du Traité de Rome.

⁸⁷⁴ Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303 du 2/12/2000). Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO L 180 du 19/07/2000, p. 0022). Voir également la directive n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, refonte, (JO L 204 du 26/07/2006, p. 23)

⁸⁷⁵ En France, voir le décret n° 2008-799 du 20 août 2008 relatif à l'exercice par des associations d'actions en justice nées de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (JORF n° 0195 du 22 août 2008, p. 13144). Pour la Grèce, voir la loi n° 3796/2009 (JO A/158/4-9-2009) qui transpose dans l'ordre juridique grec la directive sur l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe à l'accès aux prestations et aux services.

⁸⁷⁶ La Cour de Justice avait affirmé, d'une part, que l'article 119 du Traité de Rome dispose d'un effet direct (CJCE, 8 avril 1976, n° C-43/75, *Defrenne contre Sabena*) et, d'autre part, qu'il consacre un droit fondamental (CJCE, 15 juin 1978, n° 149/77, *Defrenne III*).

⁸⁷⁷ Sur l'égalité salariale : CJCE, 1^{er} juillet 1986, C-50/96, *Schrodner* ; CJCE, 17 septembre 2002, C-320/00, *Lawrence* ; CJCE, 13 janvier 2004, C-256/01, *Allonby*.

⁸⁷⁸ Sur le refus d'engager une femme enceinte : CJCE, 8 novembre, 1990, n° C-177/88 ; CJCE, 3 février 2000, C-207/98, *Mahlburg*. Voir, toutefois, sur ce sujet l'arrêt récent éliminatoire de la protection des femmes enceintes contre un licenciement : CJUE, 22 février, 2018, C-103/16, *Jessica Porras Guisado contre Bankia SA*.

⁸⁷⁹ Sur le travail à temps partiel en tant que discrimination indirecte : CJCE, 13 mai 1986, C-170/84, *Bilka*. En l'espèce, la Cour censure une situation désavantageuse qui affecte un pourcentage de femmes sensiblement supérieur à celui des hommes, sauf si l'employeur peut se prévaloir de « facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ».

juridiction qui a le plus combattu contre *l'inégalité entre les deux sexes* en matière de travail se trouve en effet aujourd'hui à l'origine d'une neutralisation des mesures positives à leur bénéfice.

549. L'explication d'une telle position repose du point de vue de notre étude sur le *lien strict* que fait le droit de l'Union européenne entre les *droits fondamentaux* et le *principe de la concurrence*. Comme nous avons pu précédemment le relever⁸⁸⁰, la garantie des droits par l'Union européenne est consacrée dans le cadre du droit de la concurrence. Il en résulte que, dans un premier temps, l'inégalité à l'encontre des femmes a été considérée comme un facteur faussant le *principe de la concurrence* qui devait donc être éliminé afin que toute la main d'œuvre ait la même valeur⁸⁸¹. Néanmoins, dans un second temps, les *distinctions positives* en faveur des femmes ont pu être considérées comme un contournement des libertés économiques entraînant de ce fait leur condamnation. S'il existe une divergence entre les ordres juridiques en la matière, la différence de *sens* accordé au *principe social constitutionnel* et au *principe social de l'Union européenne* en est la cause principale.

550. Une autre des spécificités de l'Union européenne depuis ses débuts, qui tend à expliquer la censure des *distinctions positives*, est le recours systématique au *droit souple*⁸⁸². En matière de genre, l'origine des *distinctions positives* remonte à l'établissement d'une politique de *gender mainstreaming* par les organes communautaires qui visait à *encourager* les Etats à corriger les inégalités existantes à l'encontre des femmes⁸⁸³. Il s'agissait, en l'espèce, de *mesures non contraignantes* qui tendaient simplement à inciter la mise en œuvre de moyens pour parvenir à l'objectif ainsi déterminé, sans que des résultats concrets ne soient garantis⁸⁸⁴. Dans ce contexte, les mesures positives en faveur des femmes sont plus envisagées comme des « programmes » que comme une concrétisation positive du principe d'égalité. Le juge de l'Union européenne éprouve une certaine difficulté à approuver des *distinctions positives* qui sont, d'une certaine manière, « étrangères » au droit de l'Union européenne.

⁸⁸⁰ Voir *supra*, p. 170 et s.

⁸⁸¹ Françoise MILEWSKI, Réjane SENAC, « L'égalité femmes-hommes. Un défi européen au croisement de l'économique, du juridique et du politique », *Revue de l'OFCE*, vol. 134, n° 3, 2014, p. 201.

⁸⁸² Voir *supra*, p. 180.

⁸⁸³ Le *gender mainstreaming* est une stratégie politique qui vise à renforcer l'égalité des femmes et des hommes dans la société, en intégrant la dimension de genre dans le contenu des politiques publiques. Voir sur ce sujet Sophie JACQUOT, « Le gender mainstreaming et l'Union européenne : quels effets ? », *Lien social et politiques*, n° 69, 2013.

⁸⁸⁴ Sylvain LAURENT, « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », *Droit social*, n° 5, 2008, p. 586.

ii - La contestation par la Cour de Justice des distinctions positives en faveur des femmes

551. Si *l'élimination des discriminations* à l'encontre des femmes ne pose pas difficulté, il n'en va pas de même de l'affirmation de *distinctions positives* en leur faveur. Bien que le *droit primaire* permette *a priori* des *distinctions positives* en faveur des femmes dans le domaine professionnel⁸⁸⁵, leur concrétisation par la Cour de Justice se fait de manière très restreinte. Celle-ci exige en particulier deux *conditions restrictives* afin d'approuver des distinctions positives en faveur des femmes.

552. La *première* implique que *l'accès direct* à une prestation matérielle ne soit pas garanti en tant que tel. Le juge de l'Union européenne valide en réalité seulement des distinctions positives d'*aménagement* qui confèrent de *simples avantages*, mais non des distinctions positives de *création*. Dans son arrêt *Kalanke*⁸⁸⁶, il a par exemple sanctionné une réglementation nationale qui accordait automatiquement la priorité à des candidates féminines dans des secteurs où les femmes étaient sous-représentées. La réglementation a été jugée contraire à l'article 2, alinéa 4 de la directive sur la non-discrimination dans l'emploi⁸⁸⁷. Par la suite, à l'occasion de son arrêt *Marshall*⁸⁸⁸, la Cour a précisé le sens de la condition déterminée dans l'arrêt *Kalanke*. Elle a jugé qu'une clause d'ouverture en faveur des femmes qui permet à des candidats masculins de faire l'objet d'une *appréciation objective* ne donne pas lieu à une *priorité absolue et inconditionnelle* qui porterait atteinte au principe de non-discrimination ; une position affirmée par une jurisprudence constante⁸⁸⁹.

⁸⁸⁵ Article 157, par. 4 TUE : « Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

⁸⁸⁶ CJCE, 17 octobre 1995, C-450/93, *Kalanke*. Par cet arrêt, la Cour de Justice des Communautés européennes a contrôlé la conformité à la directive du 9 février 1976 de la loi du Land de Brême du 20 novembre relative à l'égalité entre hommes et femmes dans les services publics. Cette loi prévoyait une priorité en faveur des femmes pour *le recrutement ou la promotion*, dans les cas où celles-ci avaient une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins et étaient sous-représentées dans le secteur concerné. Considérant n° 22 : « Or, une réglementation nationale qui garantit la *priorité absolue et inconditionnelle aux femmes* lors d'une nomination ou promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive ».

⁸⁸⁷ Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303 du 02/12/2000, p. 0016).

⁸⁸⁸ CJCE, 11 novembre 1997, C-409/95, *Marshall*. Une loi nationale qui garantit aux femmes une priorité à la promotion dans la fonction publique en cas de qualifications égales entre homme et femme est conforme au droit communautaire sous certaines conditions. Selon cet arrêt une « clause d'ouverture » en faveur de la promotion des femmes contribue à réduire les inégalités de fait en introduisant un critère supplémentaire de promotion, à savoir la qualité de femme, et est conforme à la directive dès lors qu'un automatisme absolu à l'encontre des hommes est évité.

⁸⁸⁹ CJCE, 28 mars 2000, C-158/97, *Badeck* ; CJCE, 6 juillet 2000, C-407/98, *Abrahamsson*.

553. Selon les termes de l'avocat général dans l'affaire *Kalanke*, le droit de l'Union européenne permet ainsi *l'égalité au niveau des chances*, mais pas celle *au niveau des résultats*⁸⁹⁰. Certes, comme la doctrine⁸⁹¹ le constate, le droit de l'Union européenne tel que concrétisé par la Cour de Justice n'interdit pas des distinctions positives en matière d'emploi mais impose des conditions strictes à leur mise en œuvre. Il n'en demeure pas moins qu'il existe une *divergence* entre les législations nationales et la *jurisprudence constante* de la Cour de Justice. En effet, dans le cadre des ordres juridiques français et hellénique, le législateur établit des *quotas d'embauche* en faveur des femmes⁸⁹². D'après la distinction mise en exergue précédemment⁸⁹³, il s'agit d'une *distinction positive de création*, qui implique l'accès automatique et inconditionnel de femmes à un poste d'emploi.

554. La divergence devient encore plus manifeste à travers l'étude de la *deuxième condition restrictive* des distinctions positives. Depuis longtemps, la Cour de Justice exige qu'une distinction positive soit établie par le législateur en fonction d'un critère strict tiré de la *situation biologique* des femmes⁸⁹⁴. Elle a jugé, par exemple, que la convention de l'OIT sur l'interdiction faite aux femmes de travailler la nuit, sans équivalent pour les hommes, impliquait une discrimination contraire au droit de l'UE⁸⁹⁵. En matière de *distinctions positives*, lorsqu'une différence entre les deux sexes dans la législation nationale est insuffisamment justifiée au regard du *critère biologique*, elle est considérée comme étant contraire au droit de l'Union européenne.

⁸⁹⁰ Conclusions de l'avocat général Tesauro présentées le 6 avril 1995, affaire C-450-93, considérant n° 22 : « Les observations qui précèdent confirment bien que l'article 2, paragraphe 4, de la directive permet uniquement d'éliminer les disparités de fait dont souffrent les femmes, mais certainement pas au moyen de discriminations à rebours pures et simples, c'est à dire au moyen de mesures qui ne sont absolument pas destinées à éliminer les obstacles empêchant les femmes d'atteindre les mêmes résultats dans des conditions égales, mais qui visent à leur attribuer directement les résultats eux-mêmes ou, tout au moins, à leur accorder la priorité pour les atteindre uniquement parce qu'elles sont des femmes ».

⁸⁹¹ Voir sur ce sujet : Olivier DE SCHUTTER, Peter LANG, *Discriminations et marché du travail : Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Presses interuniversitaires européennes P. Lang, 2001. Georgios GERAPETRITIS, *Affirmative action and judicial review worldwide. op. cit.*. Voir également Elsa FONDIMARE, « La mobilisation de l'égalité formelle contre les mesures tendant à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : le droit de la non-discrimination contre les femmes ? », *La Revue des droits de l'homme*, mis en ligne le 10 janvier 2017, disponible sur le site revdh.revues.org.

⁸⁹² Les deux Etats prévoient des *quotas* dans la fonction publique. Dans l'ordre juridique français, voir la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 (JORF n° 0062 du 13 mars 2012, p. 4498). Dans l'ordre juridique hellénique, voir la loi n° 2839/2000 (JO 196/A/12-9-2000).

⁸⁹³ Voir *supra*, p. 217 et s.

⁸⁹⁴ CJCE, 12 juillet 1984, C-184/83, *Hoffmann* à propos des congés de maternité réservées aux mères.

⁸⁹⁵ CJCE, 25 juillet 1991, C-345-89, *Stoeckel*.

555. Dans l'ordre juridique *hellénique*, les juridictions se sont emparées du *critère biologique* pour contrôler les *distinctions positives* s'agissant des avantages à l'embauche⁸⁹⁶. Elles ont, en outre, écarté les distinctions faites à l'encontre des hommes en matière de retraite⁸⁹⁷ et de congés parentaux⁸⁹⁸. Sur ce dernier point, la divergence avec le droit de l'Union européenne est devenue particulièrement visible. Même si les juridictions helléniques ont aligné la législation nationale relative aux distinctions positives sur les exigences de la Cour de Justice⁸⁹⁹, cette dernière a censuré une disposition législative qui privait des fonctionnaires masculins de congé parental⁹⁰⁰. Dans le prolongement de la condamnation, le contrôle des juridictions helléniques à l'encontre des distinctions positives est devenu plus systématique⁹⁰¹.

556. Quant à la divergence du droit de l'Union européenne avec la *législation française*, elle est devenue claire surtout dans le domaine de la sécurité sociale ; en particulier s'agissant des *bonifications de retraites* établies par le législateur français en faveur des femmes. Le Conseil d'Etat français avait, dans un premier temps, écarté l'inégalité de l'exclusion des hommes de certains bénéfices sociaux réservés aux femmes⁹⁰². L'arrêt s'inscrivait dans la continuité de l'arrêt de la Cour de Justice *Griesmar* du 29 novembre 2001, dans lequel celle-ci avait censuré une mesure positive en faveur des femmes comme discriminatoire⁹⁰³.

⁸⁹⁶ Voir l'arrêt n° 56/006 de la Cour administrative d'appel d'Athènes selon lequel le refus de la demande d'une femme enceinte d'obtenir une date postérieure pour la participation à un concours de la police municipale est contraire au principe d'égalité, ainsi qu'à la directive européenne sur l'égalité de traitement.

⁸⁹⁷ Jurisprudence constante depuis CdE, n° 3552/1992, n° 2435/1997, n° 2978/1997, n° 679-680/2005. Plus précisément, le Conseil d'Etat, par son arrêt n° 3088/07, interdit que les femmes partent à la retraite plus tôt que les hommes. Il en va de même pour les femmes avec des enfants, CdE, n° 3100/2008. Voir aussi l'arrêt du Conseil d'Etat, n° 2703/2008 qui interdit que les hommes soient exclus de la permission des veuves d'acquérir la retraite de leur conjoint défunt.

⁸⁹⁸ Voir les arrêts CdE, n° 3217/1977 et n° 1/2006 selon lesquels les pères des enfants peuvent également jouir d'un congé parental.

⁸⁹⁹ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « La jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Justice à propos du traitement égal des sexes dans la sécurité sociale », *EDKA*, 2009, n° 5, p. 346 (en grec).

⁹⁰⁰ CJUE, 16 juillet 2015, C-222/14, *Maïstrellis*. En l'espèce, la Cour de Justice a évoqué qu'en interdisant aux fonctionnaires masculins dont l'épouse ne travaillait pas de prendre un congé parental, la législation hellénique est contraire au droit de l'UE. Dans le passé, voir CJCE, 26 mars 2009, C-559/07, *Commission contre Grèce* à propos de la différence de traitement en matière d'âge de départ à la retraite et de service minimum requis.

⁹⁰¹ Cour de Comptes, n° 790/2016 qui affirme le droit des pères à partir à la retraite à l'âge de cinquante ans à la seule condition qu'ils aient accompli cinquante-cinq années de travail, droit qui avait été réservé jusqu'alors aux femmes.

⁹⁰² CE, 5 juin 2002, n° 20266, *Choukroun*. CE, 29 juillet 2002, n° 141112 *Griesmar*. CE, 29 janvier 2003, n° 247909. CE, 26 février 2003, n° 187401, *M. Llorca*. Voir sur ce sujet Xavier PRETOT, « Les pensions civiles et militaires et le droit communautaire : de l'application du principe de l'égalité de traitement », *Droit social*, n° 2, 2002, p. 1131. Sur l'« égalisation par le haut » ici réalisée et la manière dont le législateur la limite, voir *infra*, p. 527 et s.

⁹⁰³ CJCE, 29 novembre 2001, C-366/99, *Griesmar*. Par cet arrêt rendu sur un renvoi préjudiciel du Conseil d'Etat, la Cour de Justice a jugé qu'en vertu de l'article 119 du traité, une bonification d'ancienneté au moment du départ à la retraite en faveur des femmes exclut les fonctionnaires masculins. Voir aussi CJCE, 13 décembre 2002, C-206/00, *Moufflin*. Marceau LONG et alii, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op.cit.*, p. 284.

557. À la suite de l'arrêt du Conseil d'Etat, le législateur a voté la réforme des retraites par une loi du 21 août 2003 visant à supprimer les clauses discriminatoires et à répondre ainsi aux exigences communautaires. La loi a été validée par le Conseil constitutionnel⁹⁰⁴ même si, en subordonnant à une interruption d'activité l'octroi de la bonification pour les enfants nés avant 2004, elle maintenait une majoration au profit des femmes ayant élevé un ou plusieurs enfants.

558. Le maintien de cet avantage en faveur des femmes a de nouveau donné lieu à des divergences de positions entre juridictions ordinaires en France. D'une part, le Conseil d'Etat a admis la conformité de la disposition au droit de l'Union alors que la Cour de Cassation a retenu une position contraire⁹⁰⁵. D'autre part, la Cour de Justice a été saisie une nouvelle fois de la question des bonifications à l'occasion d'un renvoi préjudiciel⁹⁰⁶. Comme cela était prévisible, elle a décidé que le dispositif litigieux n'avait pas comme unique objet de compenser les désavantages de carrière des femmes. L'arrêt préjudiciel en question a ainsi ouvert la voie à la prononciation d'une *discrimination indirecte* à l'encontre des hommes retraités par les juges nationaux.

559. Néanmoins, le Conseil d'Etat français a jugé, dans son arrêt *Quintanel*⁹⁰⁷, que l'avantage prévu par le Code des pensions à destination des mères de familles ayant pris un congé de

⁹⁰⁴ Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003 : « 25. Considérant, toutefois, qu'il appartenait au législateur de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet ; qu'en particulier, elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants ; qu'ainsi, en 2001, leur durée moyenne d'assurance était inférieure de onze années à celle des hommes ; que les pensions des femmes demeurent en moyenne inférieures de plus du tiers à celles des hommes ; qu'en raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation et à la prévention des conséquences qu'aurait la suppression des dispositions de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale sur le niveau des pensions servies aux assurées dans les années à venir, le législateur pouvait maintenir, en les aménageant, des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître ».

⁹⁰⁵ Cour de Cassation, 19 février 2009, n° 07-20 668. LA Cour interprète la Convention européenne en estimant que le versement automatique, contributif ou non, d'une prestation sociale, engendre un intérêt patrimonial relevant des dispositions combinées de son article 14 (non-discrimination fondée sur le sexe) et de l'article 1^{er} de son Protocole additionnel n° 1 (droit au respect des biens). *Contra* : Cour de Cassation, 7 novembre 2013, n° 1660, *M. X. contre Carsat Centre-Ouest* ; Cour de Cassation, (chambre civile), 9 octobre 2014, n° 12-35.005, *CPAM de l'Aube contre M. X.* Par ces arrêts, la Cour de Cassation juge que dans le respect de certaines conditions (le père apporte la preuve qu'il a élevé seul les enfants au cours de leur quatre premières années, si la mère n'exerce aucune activité professionnelle) la bonification n'est pas contraire à l'article 14 de la Convention européenne. Sur l'inexistence de la discrimination, voir également CE, 29 décembre 2004, n° 265097, *D'Amato*.

⁹⁰⁶ CJUE, 17 juillet 2014, C-173/13, *Leone*. En l'occurrence, un ancien fonctionnaire avait demandé de bénéficier d'une retraite anticipée avec pension à jouissance immédiate et bonifications en se prévalant de la qualité de père de trois enfants. Comme le rappelle la Cour, il appartient au juge national, en l'espèce la Cour administrative de Lyon, de déterminer si la discrimination indirecte qu'elle a décelée est « susceptible d'être justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe », notamment parce que « les moyens choisis répondent à un but légitime de politique sociale, sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi par la réglementation en cause et sont nécessaires à cet effet ».

⁹⁰⁷ CE ass., 27 mars 2015, n° 372426, *Quintanel* : « Il résulte de ces dispositions (article 157 TFUE), telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le principe d'égalité des rémunérations s'oppose non seulement à l'application de dispositions qui établissent des discriminations directement fondées sur le sexe mais également à l'application de dispositions qui maintiennent des différences de traitement entre travailleurs masculins et travailleurs féminins sur la base de critères non fondés sur le sexe dès lors que ces différences de

maternité était compatible avec le droit de l'Union. Selon le rapporteur public dans l'affaire, Bernard Dacosta, le Conseil d'Etat a ainsi tiré profit de la grande liberté d'appréciation que la Cour de Justice reconnaît au juge national en matière de *discriminations indirectes*⁹⁰⁸. On constate alors que le Conseil d'Etat français ne s'est pas complètement aligné sur les solutions retenues par la Cour de Justice. Il a retenu une position intermédiaire d'équilibre entre celle du Conseil constitutionnel et celle de la Cour de Justice. Dans le dernier arrêt mentionné, le juge administratif a renforcé la légitimité de distinctions positives en faveur des femmes en développant une certaine « optique nationale » sur le sujet.

560. La concrétisation effectuée du principe d'égalité est d'ailleurs conforme à la jurisprudence de la *Cour européenne* sur le sujet⁹⁰⁹. Il en va de même en ce qui concerne le sujet des congés parentaux qui a déclenché un contentieux devant la Cour de Justice à l'encontre de la Grèce⁹¹⁰. Bien que par le passé elle ait pu sanctionner certains Etats en raison du maintien de privilèges en faveur des femmes⁹¹¹, la Cour européenne affirme, selon une jurisprudence constante, que les mesures d'inégalité compensatoires sont compatibles avec l'article 14 de la Convention européenne dans le domaine de la protection sociale⁹¹². Des lors, il apparaît que la jurisprudence de la Cour de Justice se différencie sur certains points, non seulement des droits nationaux, mais également de la jurisprudence de la Cour européenne en matière de genre.

traitement ne peuvent s'expliquer par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe et qu'il y a discrimination indirecte en raison du sexe lorsque l'application d'une mesure nationale, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs d'un sexe par rapport à l'autre ».

⁹⁰⁸ Bernard DACOSTA, « Régime des pensions, égalité des sexes et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2015, p. 550. Conclusions sur CE, Ass., 27 mars 2015, *M. Quintanel*.

⁹⁰⁹ Cour EDH, 5 octobre 2013, n° 34538, *M. Greneche contre France*.

⁹¹⁰ Dans l'affaire CourEDH, 27 mars 1998, n° 2045892, *Petrovic contre Autriche*, la Cour a jugé conforme à la Convention une disposition autrichienne réservant aux femmes le bénéfice de l'allocation de congé parental. Voir Jeannette BOUGRAB « L'égalité entre les femmes et les hommes dans les jurisprudences des cours suprêmes européennes et nationales », *AJDA*, n° 31, 2003, p. 1640. Jean MOULY, Jean Pierre MARGUENAUD « Protection sociale, égalité des sexes et discriminations positives : l'allocation de congé parental devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue Dalloz*, n° 10, 1999, p. 141.

⁹¹¹ Dans le passé, la Cour européenne avait écarté une disposition du droit néerlandais qui accordait une exemption de cotisations sociales aux femmes célibataires sans enfants âgées de plus de 45 ans et la refusait aux hommes du même âge placés dans la même situation familiale. Voir Cour EDH, 21 février 1997, n° 20060/92, *Van Raalte contre Pays-Bas*. En général, sur la jurisprudence de la Cour européenne relative aux discriminations à l'encontre des hommes, voir Cour EDH, 4 septembre 2002, n° 34462/97, *Wessels-Bergervoet contre Pays-Bas* ; Cour EDH, 28 mai 1985, n° 9214/80, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*.

⁹¹² Cour EDH, 12 avril 2006, n° 65731/01 et n° 65900/01, *Stec et autres contre Royaume-Uni* selon laquelle la Convention européenne « n'interdit pas à un État membre de traiter les groupes de manière différenciée pour corriger des inégalités factuelles ».

Conclusion du § 2 :

561. Nous avons voulu délimiter le contrôle des distinctions positives dans le domaine social en démontrant qu'elles ne constituent *pas des obligations positives* pour le législateur. Le problème des distinctions positives se pose en réalité de manière inverse, la question cruciale étant celle de savoir dans quels cas elles sont interdites. En principe, ce sont davantage les distinctions positives *indirectement* permises que celles *directement* permises qui impliquent une difficulté au regard de leur conformité au principe d'égalité. On présume de la reconnaissance de motifs discriminatoires déterminés l'existence d'une habilitation corollaire du législateur à les pallier par le biais d'*actions positives*.

562. Leur concrétisation est toutefois contestée, notamment par la Cour de Justice qui exige que les mesures relatives à l'emploi en faveur des femmes soient justifiées sur la base de leur situation biologique. Précisément, la Cour de Justice écarte toute *distinction positive de création*, en permettant seulement des *distinctions positives d'aménagement* sous réserve de la considération du critère en question. En revanche, dans le cadre des ordres juridiques nationaux, les distinctions positives sont nombreuses et peuvent être classées tant en distinctions positives de *création* qu'en distinctions positives *d'aménagement*, selon qu'elles permettent ou non un *accès direct* des individus aux prestations.

Conclusion de la 1^{re} section :

563. La première section a visé l'interprétation stricte du *principe d'égalité* et, partant, la délimitation de son contrôle en matière de prestations matérielles. Dans cet objectif, ont été séparément mis en exergue *deux aspects* de la concrétisation du principe d'égalité - positif et négatif - afin d'analyser le contrôle approprié dans chaque cas.

564. D'une part, le principe d'égalité interdit toute discrimination pour des motifs de race, de langue, d'origine, de convictions, de sexe, d'handicap, ou de nationalité. Bien qu'il incombe au juge d'interdire une telle distinction dans l'octroi de prestations matérielles, il n'est pas habilité à procéder à une *égalisation par le haut* et à empiéter ainsi sur la compétence du législateur. Le degré auquel le *contrôle correctif* du juge est problématique dépend de plusieurs facteurs, tels que les effets de la décision, le type de prestation, ainsi que l'éventuelle modulation dans le temps de la censure à l'avenir.

565. Pour leur part, les distinctions positives ne sont pas non plus un moyen pour le juge de contrôler la réalisation des « obligations positives » du législateur en matière sociale ; elles sont

simplement une *concrétisation positive* du principe d'égalité par le législateur qui est même *interdite* lorsqu'elle porte, par exemple, sur des mesures sociales positives en faveur des femmes. En tout état de cause, il en résulte que le principe d'égalité interprété au sens strict n'est pas un fondement approprié pour contraindre le législateur à des actions positives de *création* de prestations.

Après avoir ainsi délimité le sens du principe d'égalité, il convient de rendre compte du sens du principe de dignité de la personne humaine.

Section 2 - La délimitation du sens du principe de dignité de la personne humaine lors du contrôle d'attribution des droits sociaux

566. Si le problème principal lié au principe d'égalité porte sur l'identification précise des distinctions interdites, la difficulté qui caractérise le principe de dignité de la personne humaine est celle de circonscrire sa définition classique. Entendu comme la *garantie liée à la qualité de l'être humain*, le principe en question est en effet marqué par une indétermination significative. Ainsi conçu, il ne peut être examiné en rapport avec l'attribution de droits sociaux, sans impliquer un contrôle très étendu de la part du juge.

567. Le *sens vague* du principe devient clair à l'examen des dispositions qui le consacrent. Tel est le cas du Préambule de la Constitution de 1946 en France qui porte sur les « droits inaliénables et sacrés de tout être humain »⁹¹³ et a été consacré comme son fondement par le juge constitutionnel dans sa décision *Bioéthique*⁹¹⁴. Il en va de même pour la Grèce dont l'article 2 de la Constitution porte sur la « valeur de la personne humaine »⁹¹⁵. De plus, le principe est

⁹¹³ Premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ou de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ».

Premier alinéa de la DDHC : « Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme ».

⁹¹⁴ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*. Louis FAVOREU et alii, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 461.

⁹¹⁵ Article 2, par. 1 de la Constitution hellénique : « Le respect et la protection de la valeur humaine constituent l'obligation primordiale de la République ». Par l'étude des travaux préparatoires de la Constitution hellénique de 1975 on constate que les rédacteurs ont opté pour l'énoncé impliquant la valeur de la personne et non celui de la dignité la personne humaine. D'après les travaux préparatoires de la Constitution de 1975 cet énoncé consacre un principe de dignité la personne humaine. Voir le Projet de rédaction de l'article 2 de la Constitution hellénique, Partie B des travaux préparatoires de la Constitution 1975 des délibérations de l'Assemblée constituante ST' disponibles sur le site de l'assemblée nationale hellénique, p. 15, hellenicparliament.gr. Une partie de la doctrine hellénique estime que la valeur humaine est un concept plus large que celui de la dignité de la personne humaine. Voir Prokopis PAVLOPOULOS, « Aspects constitutionnels du droit à la reproduction », *DTA*, n° 23, 2004, p.

consacré, de manière plus spéciale par trois articles supplémentaires du texte constitutionnel : l'article 7, paragraphe 2, qui interdit les tortures en vertu du principe de dignité de la personne humaine⁹¹⁶, et les articles 15, paragraphe 2 et 106, paragraphe 2 qui limitent l'activité de radiotélévision et les privatisations au nom de même principe⁹¹⁷.

568. L'*indétermination* du sens du principe de dignité de la personne humaine est encore plus manifeste si l'on prend en compte ses fondements conventionnels. Il s'agit, d'une part, de la Charte sociale européenne qui porte sur la « dignité du travailleur »⁹¹⁸ et, d'autre part, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹¹⁹. Cette dernière énonce le droit à la dignité de la personne humaine et énumère une liste de droits fondamentaux qui se rattachent au principe y compris le droit à la vie⁹²⁰. Il s'agit également de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants⁹²¹, de droits dans le domaine médical⁹²² ou dans celui du travail⁹²³. Par ailleurs, l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux consacre le droit à l'aide sociale et à l'aide au logement au nom d'une « existence digne »⁹²⁴.

887 (en grec). Notre étude aborde néanmoins les deux concepts en tant que *synonymes*, puisqu'aucune différence entre les deux concepts n'est identifiable au niveau de leur concrétisation.

⁹¹⁶ Article 7, par. 2 de la Constitution hellénique : « Les tortures, les services corporels, toute atteinte à la santé ou contrainte psychologique, ainsi que toute autre atteinte à la dignité humaine sont interdits et punis, comme il est prévu par la loi ».

⁹¹⁷ Article 15, par. 2 de la Constitution hellénique : « Le contrôle direct (...) a pour but (...) le respect de la valeur de la personne humaine, ainsi bien que de la protection de la jeunesse et de l'enfance ». Article 106 par. 2. : « Il n'est pas permis que l'initiative économique privée se développe au détriment de la liberté et de la dignité humaine, ni au préjudice de l'économie nationale ».

⁹¹⁸ Article 26 de la Charte sociale européenne : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de tous les travailleurs à la protection de leur dignité au travail, les Parties s'engagent, en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs: a à promouvoir la sensibilisation, l'information et la prévention en matière de harcèlement sexuel sur le lieu de travail ou en relation avec le travail, et à prendre toute mesure appropriée pour protéger les travailleurs contre de tels comportements; b à promouvoir la sensibilisation, l'information et la prévention en matière d'actes condamnables ou explicitement hostiles et offensifs dirigés de façon répétée contre tout salarié sur le lieu de travail ou en relation avec le travail, et à prendre toute mesure appropriée pour protéger les travailleurs contre de tels comportements ».

⁹¹⁹ La Charte des droits fondamentaux de l'UE énonce dès son premier article que « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ».

⁹²⁰ Article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE : « 1. Toute personne a droit à la vie. 2. Nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté ».

⁹²¹ Article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE : « Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

⁹²² Article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE : « 1. Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale. 2. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés : a) le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi ; b) l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes ; c) l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit ; d) l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains ».

⁹²³ Article 5 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE : « 1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude. 2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire. 3. La traite des êtres humains est interdite ».

⁹²⁴ Article 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE : « 3. Afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales ».

569. Il convient alors de constater la grande hétérogénéité qui caractérise la dignité de la personne humaine. La Convention européenne éclaire toutefois le sens du principe en énonçant dans son article 3 l'interdiction des « peines et des traitements inhumains et dégradants »⁹²⁵, une disposition qui selon la Cour européenne consacre le principe de dignité de la personne humaine⁹²⁶. Il s'agit, en l'espèce, d'une interdiction liée à la *qualité humaine*, qui écarte en même temps toute imprécision. Dans le cadre de notre étude, sous l'influence de la jurisprudence européenne, nous entendons le principe de dignité de la personne humaine non comme un principe ayant un sens variable mais en tant que *garantie contre des tortures* en se demandant dans quelle mesure il se rattache aux *droits sociaux dérivés*. L'intérêt de l'étude est de démontrer que l'identification d'un *lien* entre les droits sociaux et le principe de dignité de la personne humaine ainsi entendu est possible, sans admettre un contrôle de l'omission du législateur.

Il importe ainsi d'explicitier l'appréhension délimitée du principe de dignité de la personne humaine en tant qu'interdiction des tortures (1), avant de mettre en lumière le contrôle strict des droits sociaux au regard du principe de dignité de la personne humaine (2).

§ 1 - Le principe de dignité de la personne humaine en tant que *garantie contre les tortures*

570. Il n'est pas possible de délimiter le sens du principe de dignité de la personne humaine sans préalablement en écarter une vision *jusnaturaliste* qui prétend sa supériorité sur le reste des droits fondamentaux. Une analyse normativiste, cadre dans lequel s'inscrit notre étude, le place nécessairement au même niveau hiérarchique que le reste des droits fondamentaux. Elle contribue ainsi à écarter ses multiples significations et à saisir le sens du *droit à la dignité de la personne humaine* en soi. La délimitation du sens d'un droit à la dignité de la personne humaine implique donc le rejet d'une vision *jusnaturaliste* du principe de dignité de la personne humaine (A) et le dépassement de son indétermination sémantique (B).

A - Le rejet d'une vision *jusnaturaliste* du principe de dignité de la personne humaine

571. Le rejet d'une vision *jusnaturaliste* du principe de dignité de la personne humaine exige de l'envisager en tant que principe hiérarchiquement équivalent au reste des droits fondamentaux (i), sans que cela n'influence l'affirmation de sa « valeur absolue » (ii).

⁹²⁵ Article 3 de la Convention européenne : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

⁹²⁶ Cour EDH, 10 avril 2012, n° 24027/07, *Babar Ahmad et autres contre Royaume-Uni*.

i - Un principe hiérarchiquement équivalent aux droits fondamentaux

572. Dans le cadre d'une étude normativiste, le principe de dignité de la personne humaine ne peut pas être considéré comme un principe supérieur aux droits fondamentaux à partir du moment où il partage avec eux des fondements de même rang juridique (*critère formel*). Tel est au contraire le sens des analyses⁹²⁷ qui dénie au principe de dignité de la personne humaine le caractère de *droit*. On écarte ainsi la vision du principe de dignité de la personne humaine, très courante parmi les auteurs français et grecs⁹²⁸, selon laquelle il constituerait le principe « *matriciel* » de tous les droits fondamentaux. Il ne s'agit pas simplement d'une position doctrinale, certaines dispositions consacrant aussi le principe de dignité de la personne humaine comme « fondement des droits fondamentaux »⁹²⁹.

573. Envisager le principe de dignité de la personne humaine comme une *source* des droits fondamentaux présuppose d'admettre qu'il soit *supérieur* aux dispositions supra-législatives. Or, l'attribution d'une telle valeur méconnaît manifestement la *structure* des ordres juridiques français et hellénique dont la norme supérieure est la Constitution. Dans un ordre juridique hiérarchisé dans lequel la norme centrale est la Constitution, il est impossible d'envisager un principe qui serait « supraconstitutionnel ». Dans la mesure où un principe est insusceptible de *révision* constitutionnelle, il est seulement possible de l'appréhender en tant que norme caractérisée par une « constitutionnalité supérieure »⁹³⁰. Tel est le cas de la consécration hellénique du principe de dignité de la personne humaine en tant que « clause éternelle »⁹³¹, « inspirée » de la Loi fondamentale allemande qui le consacre comme la « pierre angulaire » de son *ordre constitutionnel fondamental*⁹³².

⁹²⁷ Lire sur ce débat : Véronique GIMENO CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel espagnol*, L.G.D.J., 2004, p. 7.

⁹²⁸ Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op.cit.*, p. 279. Bertrand MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *Revue Dalloz*, n° 33, 1996, p. 141. Pénélope AGALLOPOULOU, « L'application du principe de dignité humaine en Grèce », *op.cit.* Spiros VLACHOPOULOS et alii, *Les droits fondamentaux*, *op.cit.*, p. 37.

⁹²⁹ Voir le préambule du PIDESC de 1966 : « Les Etats parties au présent Pacte, considérant que, conformément aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde, Reconnaissant que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine ».

⁹³⁰ Voir *supra*, p. 75.

⁹³¹ Article 110, par. 1 de la Constitution hellénique.

⁹³² Article 79, al. 3 de la Loi fondamentale allemande. Françoise FURKEL, « Dignity: the cornerstone of the basic german law on protecting the human body with regard to biomedicine », in Brigitte FEUILLET-LIGER, Genevieve SCHAPMS, Kristina ORFALI, *Protecting the human body: legal and bioethical perspectives from around the world*, Bruylant, 2016 p. 50

574. Le fait de limiter le *pouvoir constitutionnel dérivé* n'implique pas une *supériorité* par rapport aux droits fondamentaux, car c'est toujours la *Constitution* qui pose la limite à sa propre révision. Tous les droits sont consacrés au même rang hiérarchique, malgré le fait que tous ne constituent pas des *clauses éternelles*. Il s'agirait d'un *principe supraconstitutionnel* seulement si sa garantie se fondait sur une source de rang supérieur à la Constitution. Il serait donc possible d'admettre que le principe est *supérieur* aux droits fondamentaux seulement si on lui reconnaissait un sens qui dépasse les limites formelles de l'ordre juridique. Dès lors, la vision du principe matriciel des droits supra-législatifs n'est possible qu'à l'écart des *ordres juridiques*, comme la France et la Grèce, sauf à devoir justement priver ces derniers de leur caractère juridique. La supériorité hypothétique du principe de dignité de la personne humaine ne pourrait donc se justifier que sur la base de *données extra-juridiques*.

575. L'argument avancé pour défendre une valeur supraconstitutionnelle du principe est précisément un argument tiré de *l'ordre moral*. Dans cette perspective, ce sont ses *caractéristiques morales* qui le rendraient *supérieur* au reste des normes constitutionnelles et conventionnelles. Néanmoins, le normativisme exclut également la thèse de *l'union* du droit et de la morale⁹³³. Puisqu'on part du principe que les ordres juridiques français et hellénique sont des *systèmes normatifs hiérarchisés*, ils ne peuvent contenir que des normes produites selon des procédures déterminées par des normes juridiques. Les normes morales ne pouvant faire partie des normes juridiques, aucun rapport hiérarchisé ne peut exister entre le droit et la morale⁹³⁴. Considérer que le principe de dignité de la personne humaine est supérieur aux normes juridiques, parce qu'il serait une norme morale, ignore le fait qu'une norme juridique est valide *indépendamment* de toute norme morale⁹³⁵. Tout droit fondamental consacré dans l'ordre juridique français ou hellénique aura des conséquences juridiques, sans que l'existence parallèle d'une norme morale ne puisse influencer leur validité.

Même si la conception de *supraconstitutionnalité* doit être écartée dans la présente étude, il ne s'agit néanmoins pas d'exclure la « valeur absolue » du principe de dignité de la personne humaine.

⁹³³ Otto PFERSMANN, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in Otto PFERSMANN, Gérard TIMSIT, *Raisonnement juridique et interprétation*, L.G.D. J., 2001, p. 11.

⁹³⁴ *Ibidem*.

⁹³⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p. 74.

ii - L'affirmation de la « valeur absolue » du principe de dignité de la personne humaine

576. Admettre la « valeur absolue » du principe de dignité de la personne humaine signifie, d'une manière générale, qu'il ne peut faire l'objet de *concrétisations négatives* de la part du législateur, sauf à entraîner sa condamnation⁹³⁶. La reconnaissance de son *intangibilité* - très commune au sein des différents ordres juridiques⁹³⁷ et souvent affirmée par la jurisprudence⁹³⁸ - trouve son origine dans l'ordre juridique allemand⁹³⁹. Il convient ici de démontrer que contrairement à l'approche en termes de *supériorité*, celle considérant la *valeur absolue* n'est pas incompatible avec une conception normativiste du principe.

577. Le *droit à la dignité de la personne humaine* signifie que sa restriction est interdite. L'interdiction a un sens absolu parce qu'*aucune circonstance* ne justifie la *non-violation* pour le juge. Certes, il a été précédemment souligné qu'une certaine *marge discrétionnaire* existait toujours au bénéfice de ce dernier au moment de reconnaître ou non la violation d'un droit⁹⁴⁰, cependant il convient ici d'envisager une liberté d'action très limitée. Du point de vue de notre étude, tout *contrôle de proportionnalité* est à écarter : le droit à la dignité est un droit dont *tous* les individus peuvent *toujours* jouir sans restriction. Ce caractère le différencie du reste des droits fondamentaux qui *a priori* peuvent être limités par le législateur⁹⁴¹.

⁹³⁶ Laurence BURGOGNE LARSEN, « La dignité dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », in Laurence BURGOGNE LARSEN, *La dignité saisie par les juges en Europe*, Nemesis Bruylant, 2010, p. 55. Philippos SPYROPOULOS, Theodore FORTSAKIS, *Constitutional Law in Greece*, Wolters Kower, 2013, p. 197.

⁹³⁷ Article 15 CEDH : « 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. 2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7. Dans l'affaire *Soering* (Cour EDH, 7 juillet 1989, n° 14038/88, *Affaire Soering contre RU*) 88. *L'article 3 (art. 3) ne ménage aucune exception et l'article 15 (art. 15) ne permet pas d'y déroger en temps de guerre ou autre danger national*. Cette prohibition absolue, par la Convention, de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants montre que l'article 3 (art. 3) consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe ».

⁹³⁸ CJCE, 14 octobre 2004, C-36/02, *Omega*. Considérant n° 39 : « En l'occurrence, il y a lieu de relever, d'une part, que, selon la juridiction de renvoi, l'interdiction de l'exploitation commerciale de jeux de divertissement impliquant la simulation d'actes de violence contre les personnes, en particulier la représentation d'actes de mise à mort d'êtres humains, correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne ».

⁹³⁹ Par sa décision *Méphisto*, la Cour constitutionnelle allemande affirme que la dignité de l'être humain « domine le système entier de valeur des droits fondamentaux en tant que valeur la plus haute » BVerfGE 30, 173 (193). Pour une analyse de cette décision, voir Vanessa BARBE, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux, étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, L.G.D.J., 2007, p. 76.

⁹⁴⁰ Voir, *supra*, p. 93, p. 160.

⁹⁴¹ Louis FAVOREU et *alii*, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 915.

578. Néanmoins, contrairement à ce que certains auteurs considèrent⁹⁴², l'affirmation de la valeur absolue du principe ne signifie nullement sa *supériorité* par rapport au reste des droits fondamentaux. La raison en est que cet « espace irréductible » décrit ci-dessus n'est pas une spécificité du principe de dignité de la personne humaine. En réalité, tous les droits fondamentaux font l'objet d'une interdiction dont aucune circonstance ne justifie la violation de leur « substance »⁹⁴³. Dans l'hypothèse contraire, il conviendrait d'admettre que leur consécration à un rang supra-législatif ne signifie rien et que le législateur est complètement libre de les restreindre jusqu'au point de les neutraliser.

579. Ainsi, un sens absolu doit être admis pour tous les droits fondamentaux. Dans le cadre de notre analyse, la différence entre le droit à la dignité de la personne humaine et le reste des droits fondamentaux n'est pas tant le fait pour le premier d'avoir un sens absolu, mais plutôt celui d'être dépourvu de sens relatif. Le droit à la dignité de la personne humaine ne pourrait être doté de la *relativité* qui accompagne le reste des droits fondamentaux. Cela provient de sa *signification* et non d'une norme extra-juridique : puisqu'on admet qu'il s'agit d'un *droit* qui se rattache strictement à la *qualité d'être humain* indépendamment de tout autre critère, il ne pourra être dépendant de conditions mais seulement de cette donnée objective et insusceptible de modifications. L'affirmation de la valeur absolue du principe de dignité de la personne humaine, comme d'ailleurs toute affirmation de la *substance* des droits fondamentaux, n'est pas incompatible avec le droit positif ; en revanche, elle s'inscrit dans le cadre d'une hiérarchisation stricte des normes puisqu'elle précise les *limites* de la production normative législative.

A l'aune de notre analyse, rien n'empêche d'identifier un droit constitutionnel à la dignité de la personne humaine ancré dans le droit positif. Le sens du droit en question demeure cependant incertain.

⁹⁴² Bernard MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *op. cit.* Apostolos PAPAKONSTANTINOÛ, *Démocratie sociale et Etat de droit social dans la Constitution de 1975, 1986, 2001*, *op.cit.*, p. 953, p. 960. *Contra* Antonis MANITAKIS, *Etat de droit et contrôle de constitutionnalité*, *op.cit.*, p. 406, p. 407.

⁹⁴³ Sur la « substance » des droits fondamentaux, voir *infra*, p. 442 et s.

B - Le dépassement de l'indétermination sémantique du principe de dignité de la personne humaine

580. La délimitation du sens du principe de dignité de la personne humaine implique d'en écarter les concrétisations variables (i) et de se focaliser sur l'élément involontaire du traitement indécemment (ii).

i - L'écartement des concrétisations variables du principe de dignité de la personne humaine

581. Si une certaine indétermination résulte des fondements supra-législatifs du principe de dignité de la personne humaine⁹⁴⁴, celle-ci est encore plus manifeste si l'on étudie ses concrétisations législatives et jurisprudentielles. Il s'agit de démontrer que l'on est en présence d'un phénomène inédit de significations multiples du principe qui aboutit à fragiliser son *sens originnaire* ; celui d'une protection uniquement fondée sur le fait de disposer de la *qualité d'être humain*.

582. En ce qui concerne, en premier lieu, les hautes juridictions supranationales, notons, d'une part, que la Cour de Justice concrétise le principe de dignité de la personne humaine en tant que droit fondamental qui limite les interventions de la biomédecine⁹⁴⁵. D'autre part, la Cour européenne concrétise l'article 3 de la Convention européenne à travers la protection du droit pour les détenus de bénéficier de *conditions de détention décentes*, en particulier de ne pas être torturés pendant leur détention. Tel a été l'apport de l'arrêt *Kudla*⁹⁴⁶ dans le cadre duquel la Cour européenne a jugé qu'une *obligation positive* pesait sur les Etats d'assurer à tous les prisonniers des conditions compatibles avec le respect de la dignité de la personne humaine, spécialement en ce qui concerne la protection de leur santé. Par la suite, elle a réaffirmé l'obligation vis-à-vis à d'autres catégories d'individus incarcérés⁹⁴⁷.

583. S'agissant, en second lieu, des ordres juridiques nationaux, le Conseil constitutionnel français, outre sa décision *Bioéthique* précitée concernant le domaine de la biotechnologie, a

⁹⁴⁴ Paul CASSIA, *Dignité(s), Une notion juridique insaisissable*, Dalloz, 2016.

⁹⁴⁵ CJCE, 9 octobre 2001, C-377/98, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*. Considérant 70 : « Il appartient à la Cour, dans son contrôle de la conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit communautaire, de veiller au respect du droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne ».

⁹⁴⁶ Cour EDH, 26 octobre 2000, n° 30210/96, *Kudla contre Pologne*. Voir également : Cour EDH, 13 décembre 2012, n° 39630/09, *GC, El Masri contre ex-République yougoslave de Macédoine* ; Cour EDH, 2 octobre 2014, n° 2871/1, *Fakailo, Safoka et autres contre France*.

⁹⁴⁷ CEDH, 19 février 2015, n° 75450/1, *M.S. contre Croatie*.

lié le principe de dignité de la personne humaine à l'objectif de valeur constitutionnelle du *logement*⁹⁴⁸. Pour sa part, le législateur français a consacré le principe de dignité de la personne humaine dans plusieurs lois relatives aux droits de détenus⁹⁴⁹, à la lutte contre l'exclusion⁹⁵⁰, à la médecine⁹⁵¹, à la biomédecine⁹⁵², ou encore aux conditions d'hébergement des travailleurs⁹⁵³. Le Conseil d'Etat français a élaboré une jurisprudence similaire à celle de la Cour européenne sur le sujet des détenus⁹⁵⁴. Dans l'ordre juridique hellénique, le principe est aussi énoncé par le législateur, notamment dans les domaines des droits de détenus⁹⁵⁵, de la biomédecine et de la médecine⁹⁵⁶. Par ailleurs, le Conseil d'Etat hellénique a interdit la construction de logements d'une surface trop restreinte sur le fondement du principe de dignité de la personne humaine⁹⁵⁷.

584. La difficulté que pose les *significations multiples* du principe devient plus forte encore lorsque certaines concrétisations jurisprudentielles lui donnent un sens qui n'a aucun rapport avec toutes les concrétisations précitées. Par exemple, un arrêt récent de la Cour de Cassation française⁹⁵⁸ reconnaît à une personne morale le droit de se prévaloir du principe de dignité de la personne humaine afin de dénoncer une pénalité imposée par l'Autorité de la concurrence. Pour sa part, le Conseil d'Etat hellénique⁹⁵⁹ a établi dans le passé un lien entre le principe de

⁹⁴⁸ Décisions n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Diversité de l'Habitat*. Décision n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015, *Société SAUR SAS*. Sur le lien avec le logement, voir précisément *infra*, p. 251 et s.

⁹⁴⁹ Article 22 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 (JO A/18/14-2-1992) : « L'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits. L'exercice de ceux-ci ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes. Ces restrictions tiennent compte de l'âge, de l'état de santé, du handicap et de la personnalité de la personne détenue ».

⁹⁵⁰ Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (JORF n°175 du 31 juillet 1998, page 11679). Article 1^{er} : « La lutte contre les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains ».

⁹⁵¹ Article L. 110-2 du Code de la santé publique : « La personne malade a droit au respect de sa dignité ».

⁹⁵² Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (JORF n°0157 du 8 juillet 2011, p. 11826)

⁹⁵³ Articles 225-13 à 225-16 du Code pénal sur les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, du travail forcé et de la réduction en servitude. Voir les arrêts : Cour de Cassation, (chambre criminelle), 30 mai 2006, n° 05-85368 ; Cour de Cassation, (chambre criminelle), 11 février 1998, n° 96-84997.

⁹⁵⁴ CE, 5 juin 2015, n° 370896, *M. Langlet* et CE, 13 janvier 2017, n° 389711, *MC*. Selon ces arrêts, les conditions de détention qui porteraient atteinte à la dignité humaine révèlent l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique.

⁹⁵⁵ Article 137 A du Code pénal grec sur l'interdiction des tortures et des atteintes de la dignité humaine par les agents des forces armées.

⁹⁵⁶ Loi n° 3089/2002 sur l'aide à la reproduction (JO A/327/23-12-2002). Article 2, al. 3 de Loi n° 3418/2005 (JO A/ 287/28-11-2005) qui introduit le Code de déontologie médicale.

⁹⁵⁷ CdE, n° 106/1991 et n°173/1998. Le CdE a jugé que cette disposition est inconstitutionnelle considérant que des espaces aussi réduits sont totalement impropres selon l'expérience commune à des conditions de vie humaine, renvoyant de manière indirecte au principe de dignité de la personne humaine. Voir sur cet arrêt Petros PARARAS, *Res publica, l'Etat de droit*, Tome I, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 2014, p. 305, p. 306.

⁹⁵⁸ Cour de Cassation, (chambre commerciale), 4 mars 2015, n° 344.

⁹⁵⁹ CdE, n° 4590/ 1976, n° 403/ 1978 à propos de l'interdiction aux policiers de se marier avec des femmes étrangères. Dans le cas du licenciement d'un policier en raison de son mariage, le Conseil d'Etat sanctionne l'Administration et garantit la protection de l'intimité de la vie familiale sur le fondement du principe de dignité de la personne humaine.

dignité de la personne humaine et le droit à la protection de la vie privée des fonctionnaires des forces de l'ordre.

585. En analysant la législation et les décisions mentionnées, il est possible de constater l'absence de cohérence quant au sens du principe de dignité de la personne humaine. Si l'on admet que toutes les acceptions mentionnées relèvent bien du principe de la dignité de la personne humaine, cela entraînerait nécessairement sa fragmentation. Il conviendrait, dans cette hypothèse, de considérer que l'on se trouve face à un principe qui n'est pas seulement *indéterminé*, mais aussi *indéfini*, puisqu'il peut être employé par un organe de concrétisation dans n'importe quel contexte.

586. Dans l'objectif de renforcer le principe, il convient alors de déterminer, parmi toutes les significations attribuées, laquelle se révèle la plus pertinente. A notre sens, la concrétisation la plus appropriée du principe de dignité de la personne humaine est celle qui a été réalisée par la Cour européenne sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne, soit l'*interdiction des tortures*. Il s'agit d'une interdiction générale qui ne concerne pas seulement les détenus, mais tous les individus sans exception. Même si l'interdiction en question est consacrée dans tous les ordres juridiques en question, c'est seulement dans l'ordre juridique européen qu'elle spécialise à *elle seule* le sens du principe de dignité de la personne humaine. La *torture* est définie par la Cour européenne comme le traitement qui provoque une *souffrance* mentale ou physique d'une certaine intensité⁹⁶⁰. La souffrance est ici interprétée de *façon large*, la Cour européenne allant jusqu'à condamner les Etats responsables de *sentiments* d'humiliation et d'angoisse⁹⁶¹.

587. La délimitation proposée se fonde sur le *contexte historique* dans lequel les dispositions constitutionnelles et conventionnelles qui consacrent le principe de dignité de la personne humaine ont été adoptées ; c'est-à-dire la fin de la Seconde Guerre mondiale qui a marqué l'histoire par les nombreuses atrocités à l'encontre des individus qu'elle a provoquées. C'est la prise en considération de ce contexte particulier qui nous permet de retenir l'*interdiction des tortures* comme le *sens originnaire* du principe de dignité de la personne humaine. En effet, le

⁹⁶⁰ Cour EDH, 3 juillet 2008, n° 7188/03, *Tchember contre Russie*. Cour EDH, 31 mars 2009, n° 14612/02, *Wiktorko contre Pologne*.

⁹⁶¹ Cour EDH, 25 avril 1978, n° 5856/72, *Tyrer contre Royaume-Uni*. Cour EDH, 18 janvier 1978, n° 5310/71, *Irlande contre Royaume-Uni*.

principe a été consacré pour la première fois dans la majorité des constitutions adoptées après la Seconde Guerre mondiale, à l'instar du cas exemplaire de la Loi fondamentale allemande⁹⁶².

588. Plus particulièrement, en France, même si les rédacteurs n'avaient pas consacré à l'origine l'alinéa 1^{er} du Préambule de la Constitution de 1946 comme une disposition ayant une valeur constitutionnelle, ils y avaient consacré le principe d'une « manière programmatique ». En se référant aux *droits inaliénables de la personne*, ils dénonçaient en effet les crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale par le régime nazi⁹⁶³. Il en va de même en ce qui concerne les conventions supranationales. Parmi celles-ci, certaines disposent de valeur programmatique comme la Déclaration universelle⁹⁶⁴, d'autres d'une valeur juridique comme la Convention européenne rédigée en 1951⁹⁶⁵. Leur conclusion exprime néanmoins une préoccupation commune : celle de consolider la garantie selon laquelle aucun individu ne pourra plus subir de souffrances similaires à celles vécues pendant la guerre. Concernant précisément l'ordre juridique hellénique, la Constitution de 1952 n'a pas consacré le principe de dignité de la personne humaine ; un manquement réparé avec la Constitution de 1975. Adoptée une année après la fin de la dictature des colonels, sa consécration dénonça indirectement les tortures qui avait été menées par le régime autoritaire à l'égard de ses opposants⁹⁶⁶.

589. Entendre le principe de dignité de la personne humaine en tant que *garantie à l'encontre des tortures* n'élimine pas, bien évidemment, d'autres significations qui lui sont souvent

⁹⁶² La loi fondamentale allemande a été adoptée le 8 mai 1949 et est entrée en vigueur le 23 mai 1949. Le principe de dignité de la personne humaine est consacré par son article 1^{er} qui se caractérise par la volonté de ses auteurs de « fortifier » la République fédérale afin d'éviter un nouveau régime autoritaire. Voir sur ce sujet Michel FROMONT, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15 (Dossier : Allemagne), 2004, disponible sur le conseilconstitutionnel.fr. Voir également Olivier JOUANJAN, « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe », *Revue générale du droit*, n° 2, 2014, disponible en ligne sur revuegeneraledudroit.eu.

⁹⁶³ Préambule de la Constitution de 1946, al.1^{er} : « *Au lendemain de la victoire* remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

⁹⁶⁴ Préambule de la DUDH : « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme. Considérant qu'il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression. (...) L'Assemblée générale proclame la présente Déclaration universelle des droits de l'homme ». Voir Gabriel CASSIN, *René Cassin, Les guerres de 1914-1918 et de 1939-1945 et le Combat pour la Dignité humaine*, Gabriel Cassin, 2008.

⁹⁶⁵ Recueil des Travaux préparatoires, Conseil de l'Europe, Volume VI, Martinus Nijhoff Publishers, 1985. Voir précisément l'intervention de Sir David Maxwell-Fyfe (RU) sur la nécessité de protéger la dignité humaine sous des régimes totalitaires, p. 83.

⁹⁶⁶ Lire Georgios KASIMATIS, *La transposition démocratique et la Constitution de 1975*, Fondation du Parlement hellénique pour la Démocratie, 2005, p. 51 (en grec), disponible sur foundationparliament.gr

attribuées. Au contraire, il est toujours possible de concevoir le principe comme une *limite absolue* aux souffrances des travailleurs, à celles causées par des interventions de biomédecine et de médecine, au commerce des êtres humains, au travail forcé et aux conditions dégradantes d'incarcération. La présente analyse ne nie pas ces acceptions ; elle signale simplement l'impossibilité d'entendre le principe de dignité de la personne humaine en tant que garantie générale et indéterminée liée à tous les domaines de droit. En précisant son sens en tant qu'*interdiction des souffrances*, nous cherchons, en réalité, l'élément commun à toutes ses significations proposées selon un nouvel angle d'interprétation.

Dans une perspective de clarification, il convient de mentionner que l'identification d'une torture qui viole le principe de dignité de la personne humaine n'est pas possible lorsque l'individu y participe de manière « volontaire ».

ii - L'élément involontaire du traitement indécet

590. La « volonté » est entendue dans le cadre de la présente analyse au sens juridique du terme, à savoir la participation *sans en être forcé* d'un individu à l'acte qui porte atteinte à sa dignité humaine. Elle ne renvoie pas à une dimension psychologique⁹⁶⁷, mais à l'existence ou non de *violence*. Dans le cas d'une absence de participation forcée, on présume l'autorisation donnée par l'individu de subir un mauvais traitement et, dès lors, l'absence de *torture* au sens délimité par notre étude. Dans l'hypothèse contraire, il conviendrait d'accepter qu'il est possible d'imposer le respect de la dignité de la personne même à l'encontre de la volonté de la « victime ».

591. Tel est exactement le problème juridique qui se pose lorsque le principe de dignité de la personne humaine est entendu comme un élément constitutif de l'« ordre public ». D'une manière générale, il convient d'entendre le concept comme « l'habilitation des organes étatiques d'imposer des limitations aux libertés des individus »⁹⁶⁸. Le lien entre ordre public et dignité de la personne humaine a été affirmé tant par la Cour de Justice dans son arrêt *Omega* de 2004⁹⁶⁹, que par le Conseil d'Etat français. Dans son arrêt *Commune de Morsang sur Orge*⁹⁷⁰, la haute juridiction administrative a fait de la violation du principe de dignité de la

⁹⁶⁷ Lire sur ce sujet, Otto PFERSMANN, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, n° 28, 1999, p. 83.

⁹⁶⁸ Lire sur la définition générale du concept ainsi que sur les difficultés qu'elle implique : Etienne PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, HS, p. 55.

⁹⁶⁹ CJCE, C-36/02, 14 octobre 2004, *Omega* sur la restriction apportée aux libertés de prestation de service et de circulation des marchandises par des mesures que l'Allemagne a mis en œuvre pour protéger l'ordre public d'une atteinte au principe de dignité de la personne humaine.

⁹⁷⁰ CE, Ass., 27 octobre 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*.

personne humaine une question d'ordre public, qui conditionne l'activité de police administrative. Elle a considéré que la dignité de la personne humaine pouvait être violée même si la victime consentait au mauvais traitement.

592. L'arrêt précité a suscité l'un des plus grands débats dans l'ordre juridique français⁹⁷¹, mais a donné lieu à une jurisprudence constante qui l'a confirmé⁹⁷². En France, la loi détermine *l'ordre public* seulement à partir des concepts d'ordre, de sûreté, de sécurité et de salubrité publique⁹⁷³ et le Conseil constitutionnel le consacre en tant qu'*objectif de valeur constitutionnelle* sans le lier au principe de dignité de la personne humaine⁹⁷⁴. Il s'agissait donc d'une *démarche originale* de la part du Conseil d'Etat français de considérer que la violation du principe de dignité de la personne humaine entraînait aussi celle de l'ordre public. En l'espèce, les juges ont précisément énoncé qu'un spectacle de « lancer de nains » violait la *dignité* des participants, même si ces derniers y prenaient part de manière volontaire.

593. Il résulte de l'arrêt *Morsang sur Orge* que le principe de dignité de la personne humaine peut être *imposé* à son propre bénéficiaire. De ce point de vue, l'individu n'est pas *libre* de ne pas subir un traitement indécent ; il est, en revanche, *obligé* de ne pas en subir. Il est manifeste qu'une telle concrétisation va à l'encontre de la définition même d'un *droit* d'après laquelle un individu ne peut être *obligé* à en jouir⁹⁷⁵. Dans le cadre de notre étude, seul *l'ordre public* peut s'imposer aux *libertés* des individus, mais il serait problématique de considérer que celles-ci sont *constitutives* de l'ordre public.

594. *L'ordre public* et les *droits* étant des *éléments antinomiques*, le principe de dignité de la personne humaine est soit un élément constitutif du premier, soit un droit. Il n'est néanmoins pas possible de concevoir l'ordre public simultanément selon ces deux sens. Il s'avère que dans le cas de l'arrêt *Commune de Morsang sur Orge*, l'interdiction du spectacle pour des raisons d'*ordre public* est jugée pertinente dans la mesure où elle limitait une *liberté*, précisément celle de proposer un spectacle. Toutefois, la concrétisation ainsi réalisée du principe de dignité de la

⁹⁷¹ Cependant, la critique de la doctrine est notamment fondée sur la crainte d'une « police morale ». Voir sur cette question Charlotte GIRARD, Stéphanie HENETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine : Recherches sur un processus de juridicisation*, op. cit, p. 65. Pour admettre, toutefois, la crainte d'une police morale, il faudrait accepter que le principe de dignité de la personne humaine implique des connotations morales, ce qui n'est pas admis dans la présente étude. Voir *supra*, p. 234.

⁹⁷² CE, 11 janvier 2014, n° 374552, *SARL les productions de la plume et M. D.* CE, 5 janvier 2007, ordonnance n° 300311, *Association « Solidarité des Français »*. Dans l'ordre juridique hellénique, c'est l'article 3 du Code civil qui consacre l'ordre public.

⁹⁷³ Article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales : la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique.

⁹⁷⁴ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.

⁹⁷⁵ Voir *supra*, p. 76 et s.

personne humaine pose, à notre sens, question. Il n'est en effet pas pertinent dans le cadre de notre étude d'admettre une protection de la dignité des individus à l'encontre de leur propre volonté.

Conclusion du § 1 :

595. Les précédents développements ont visé à consolider une *définition stricte* du principe de dignité de la personne humaine en clarifiant les nombreux malentendus qui l'accompagnent. Il s'est agi, tout d'abord, de dépasser la *conception jusnaturaliste* du principe en écartant sa *nature matricielle* au regard des autres droits. Le principe de dignité de la personne humaine est un principe *ancré en droit positif* et hiérarchiquement *équivalent* au reste des droits fondamentaux. Il dispose cependant d'un sens absolu, ce qui signifie qu'aucune concrétisation négative du principe n'est admise.

596. Par ailleurs, il a fallu écarter ses significations multiples et retenir la seule pertinente à la lumière du *contexte historique* dans lequel il a fait son apparition. Durant l'après Seconde Guerre mondiale, le principe de dignité a été consacré comme garantie de l'interdiction des *tortures*. Il en résulte que le principe est violé en présence d'un traitement qui provoque une *souffrance physique ou morale involontaire*. Il convient à présent de se demander dans quelle mesure le principe de dignité de la personne humaine ainsi délimité est contrôlé d'une manière pertinente lors de l'attribution des droits sociaux.

§ 2 - Le contrôle strict des droits sociaux au regard du principe de dignité de la personne humaine

597. Le droit à la dignité de la personne humaine a été défini comme le droit de ne pas subir de tortures. L'objectif de l'analyse qui suit est de d'identifier le *lien normatif* entre l'interdiction des tortures et la garantie de prestations matérielles. Afin d'y parvenir, on précisera le raisonnement suivant : dans l'hypothèse où une *privation* de prestations matérielles entraîne pour un individu une *souffrance involontaire*, elle peut s'assimiler à une *torture* au sens large.

598. Le lien entre le principe de dignité de la personne humaine et les droits sociaux n'entraîne pas des « obligations positives » pour le législateur. En interprétant le principe de dignité de la personne humaine comme l'*interdiction des tortures*, l'étendue de son contrôle en matière d'attribution des droits sociaux est *déjà* bornée. Seule une *privation* peut relever de ladite interdiction, ce qui présuppose l'*existence préalable* d'une prestation. De ce point de vue, le principe de dignité de la personne humaine ne peut être le fondement sur lequel le juge contrôle

l'omission législative en matière sociale. La *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social n'est dès lors pas transgressée, ce qui serait en revanche le cas en présence d'une définition extensive du principe de dignité de la personne humaine.

Il convient alors d'identifier le lien normatif entre l'interdiction des tortures et la privation de prestations (A), puis de rechercher les concrétisations d'une telle interdiction de non-privation dans les ordres juridiques examinés (B).

A - L'interdiction de priver des individus de prestations

599. L'étude de l'interdiction de priver des individus de prestations requiert l'examen d'un nouveau concept ; celui du « droit à un niveau de vie suffisant » (i) auquel il convient de donner une définition stricte (ii).

i - Le concept du « droit à un niveau de vie suffisant »

600. Le « droit à un niveau de vie suffisant » se trouve consacré au niveau supra-législatif seulement par l'article 11 du Pacte des droits sociaux, économiques et culturels⁹⁷⁶. Ainsi énoncé, le droit en question n'a pas de rapport direct avec le principe de dignité de la personne humaine tel que délimité par notre étude. Entendu comme la garantie d'un *niveau matériel de base*, il correspond à première vue plutôt à ce qui serait le sens du principe s'il était admis comme le *fondement* de tous les *droits sociaux fondamentaux*.

601. Penser le principe de dignité de la personne humaine comme un droit général à un niveau de vie suffisant équivaldrait à l'envisager comme une source de droits sociaux. La présente étude écartant la *conception matricielle* du principe au regard des droits sociaux fondamentaux⁹⁷⁷, le *droit à un niveau de vie suffisant* ne peut non plus être entendu d'une manière large. Avant de répondre à la question de savoir comment il convient de concevoir exactement le *droit à un niveau de vie suffisant* - et partant le principe de dignité de la personne humaine comme fondement complémentaire du principe de l'Etat social - il importe de préciser ce que signifie en retenir une conception large.

⁹⁷⁶ Article 11, PIDESC : « 1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. Les Etats parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie ». Il ne faut pas confondre avec la disposition de la Partie I al. 4 de la Charte sociale européenne selon laquelle « Tous les travailleurs ont droit à une rémunération équitable leur assurant, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie satisfaisant ».

⁹⁷⁷ Voir *supra*, p. 235.

602. La *garantie d'un niveau matériel de base* au bénéfice de tout individu équivaldrait en réalité à un droit de « sortir de la pauvreté » ou un « droit à l'alimentation ». La pauvreté, définie précédemment comme *un état généralisé de privation des prestations à défaut de ressources*⁹⁷⁸, serait ainsi éliminée en vertu du *droit à un niveau de vie suffisant*. Dans cette hypothèse, l'individu pauvre pourrait s'appuyer sur tel ou tel droit social dérivé⁹⁷⁹ afin d'exiger du législateur l'augmentation des prestations octroyées. Pour sa part, le juge pourrait engager *partiellement* le législateur à des actions positives.

603. Or, malgré des avancées significatives en la matière, notamment dans le cadre des travaux de l'ONU contre la pauvreté⁹⁸⁰, un tel *droit de sortir de la pauvreté* n'est toujours pas affirmé en tant que tel, ni en France ni en Grèce. La raison en est que son application présuppose le contrôle des *obligations positives* et, dès lors, une nouvelle répartition des compétences entre le législateur et le juge. Considérer que le droit à un niveau de vie suffisant énoncé par le PIDESC devrait être entendu dans un sens extensif violerait, en effet, la limite intrinsèque du *principe de l'Etat social* et méconnaîtrait, de manière générale, le rôle du législateur tel que déterminé par les Constitutions française et hellénique.

604. Le *droit à un niveau de vie suffisant*, entendu comme un *droit contre la pauvreté*, ne doit pas être confondu avec le *droit à l'aide sociale* consacré dans les deux ordres juridiques nationaux étudiés. Tant la France que la Grèce consacrent ce dernier au rang constitutionnel⁹⁸¹, sans qu'il ne corresponde à une obligation positive d'éliminer la pauvreté. Dans le cadre de notre étude, le *droit à l'aide sociale* dispose d'un sens similaire, mais plus *spécial*, qui implique la permission, notamment pour les individus disposant de ressources faibles, de bénéficier de prestations pécuniaires de la part de l'Etat. Si l'on se réfère parfois à un « droit au minimum vital »⁹⁸², il s'agit précisément d'un droit législatif à *l'aide sociale* pour accéder à des prestations sociales non contributives (« minima sociaux »). Par opposition à ce qui signifierait la reconnaissance d'un droit à un niveau de vie suffisant, le *droit à un minimum vital* présuppose

⁹⁷⁸ Voir *supra*, p. 107. Sur les difficultés de définir la pauvreté, voir Geneviève KOUBI « La pauvreté, comme violation des droits humains », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 180, n° 2, 2004, p. 361.

⁹⁷⁹ Après l'intervention du législateur, un droit social dérivé pourrait servir de fondement à un individu souhaitant exiger l'augmentation de prestations matérielles déjà octroyées par l'Etat, car auparavant l'impossibilité de contrôler la carence législative empêche ce contrôle.

⁹⁸⁰ Olivier DE SCHUTTER, « Le droit à l'alimentation, facteur de changement », Rapport soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies sur le droit à l'alimentation le 24 Janvier 2014, publié sur le site srfood.org.

⁹⁸¹ Voir *supra*, p. 107 et s.

⁹⁸² Ce terme est de plus en plus employé au niveau supranational. Voir, par exemple, Recommandation 92/441/CEE du Conseil du 24 juin 1992, portant sur les critères communs relatifs à des ressources et prestations suffisantes dans les systèmes de protection sociale (JO L 245 du 26/08/1992). Le droit au minimum vital vise à « couvrir les besoins essentiels en situation de dénuement. Il est non contributif, financé par l'impôt et subsidiaire par rapport à la solidarité familiale ».

l'intervention du législateur pour son contrôle. Il n'est pas, dès lors, incompatible avec la limite intrinsèque au principe de l'Etat social ; contrairement à ce que le serait le droit au niveau de vie suffisant entendu au sens large.

605. La difficulté de *concevoir* des énoncés sociaux sur le fondement du principe de dignité de la personne humaine, sans qu'une nouvelle répartition des compétences entre le législateur et le juge ne soit exigée, a pendant longtemps conduit à leur refus total. Un tel constat prend appui sur la jurisprudence de la Cour européenne qui a jugé que le *droit à un niveau de vie suffisant* conçu comme *base des exigences matérielles* n'est pas invocable sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne⁹⁸³. Précisément, dans le cadre de l'affaire *Van Volssem*, la Cour a affirmé l'impossibilité pour les requérants de demander des prestations matérielles au moyen du droit à la dignité, même pour échapper à des situations d'extrême pauvreté⁹⁸⁴. La jurisprudence mentionnée a suscité la critique d'une partie de la doctrine⁹⁸⁵ qui argumenta en faveur d'un lien entre l'interdiction des tortures et le droit à un niveau de vie suffisant.

606. Une telle reconnaissance se heurta cependant au refus général de la Cour européenne de se prononcer, en dehors du contrôle du respect à la vie, sur des questions liées à la *qualité de vie*⁹⁸⁶. Plus tard, la Cour européenne a toutefois admis pour la première fois qu'un contrôle relatif à la qualité de vie était possible, en retenant une *conception stricte* du droit à un niveau de vie suffisant.

⁹⁸³Commission européenne, 29 décembre 1956, n° 159/56, *X. contre la République fédérale d'Allemagne*. L'ancienne Commission avait jugé que : « le droit à un niveau de vie suffisant (...) ne figure pas, quant à son principe, parmi les droits et libertés pouvant faire l'objet d'une requête recevable. Voir Frédéric SUDRE, « La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », in *Mélanges offerts à J. Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 46.

⁹⁸⁴Commission européenne, 9 mai 1990, n° 14641/89, *Van Volssem contre Belgique*. La Commission a refusé la recevabilité de la requête d'une famille qui avait été privée d'électricité à cause de son incapacité à payer. S'agissant d'une suspension ou de menaces de suspension de la fourniture d'électricité dans un logement social, la Commission a jugé que, en l'occurrence, elles « n'atteignaient pas le niveau d'humiliation et d'avilissement requis pour qu'il y ait un traitement inhumain ou dégradant », ce qui fait dire à son commentateur qu'« à bien lire la décision rendue par la Commission, la pauvreté se situe hors le droit européen des droits de l'homme ». Voir également, Cour EDH, 28 octobre 1999, n° 40772/98, *Pancenko contre Lettonie* : ni l'article 3 en particulier, ni la Convention en général, ne garantissent comme tels des droits économiques et sociaux, en ce compris le droit à un logement gratuit, le droit au travail, le droit à l'assistance médicale gratuite ou encore, le droit de réclamer de l'État l'assistance financière nécessaire pour maintenir un certain niveau de vie.

⁹⁸⁵Frédéric SUDRE, « La première décision quart-monde de la Commission européenne des droits de l'homme : une 'bavure' dans une jurisprudence dynamique », *R.U.D.H.*, Vol. 2, n° 10, 1990, p. 349-353. Diane ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J., 2002, p. 337.

⁹⁸⁶Peggy DUCOULOMBIER, « Qualité de la vie et Convention européenne des droits de l'homme », *RDSS*, n° 6, 2014, p. 1047.

ii - La définition stricte du « droit à un niveau de vie suffisant »

607. La Cour européenne a progressivement concrétisé le *droit à un niveau de vie suffisant* dans un *sens strict*. Par deux décisions, *Larioshina contre Russie* du 23 avril 2002⁹⁸⁷ et *Budina contre Russie* du 18 juin 2009⁹⁸⁸, la haute juridiction européenne a en effet considéré qu'un contrôle portant sur la *qualité de vie* sur le fondement de l'article 3 était possible, mais qu'en l'espèce les demandes étaient irrecevables. Dans le cadre des affaires en cause, la Cour européenne a notamment été saisie de la question de savoir si le montant de la pension de retraite qu'un individu recevait de l'Etat lui permettait d'accéder à un *niveau de vie suffisant* au regard de l'article 3 de la Convention. Les juges ont admis que la reconnaissance d'une violation de la disposition est possible dans les cas où les pensions ne sont pas suffisantes pour couvrir les dépenses de logement, de nourriture et d'articles d'hygiène ; des critères qui n'étaient cependant pas réunis en l'espèce.

608. La Cour européenne a ainsi reconnu la possibilité d'admettre des demandes sur le terrain des prestations au regard de l'article 3 de la Convention européenne, alors qu'elle écartait auparavant l'invocabilité de la même disposition dans le domaine social. Si une évolution quant à l'affirmation du *droit à un niveau de vie suffisant* est à cet égard envisageable⁹⁸⁹, ce n'est sans doute pas au point d'admettre une garantie générale d'un niveau matériel de base. En revanche, le droit en question acquiert un nouveau sens : l'invocabilité de l'article 3 implique un *droit à un niveau de vie suffisant* à la condition que le requérant dispose *déjà* de prestations matérielles. Le requérant peut s'appuyer sur le principe de dignité de la personne humaine pour se défendre à l'encontre de la *privation* du niveau matériel de vie dont il jouissait jusqu'alors. La *privation* dans ce cas de figure signifie soit que l'individu est bénéficiaire d'une prestation qui est restreinte de manière excessive⁹⁹⁰, soit qu'il est reconnu comme bénéficiaire par la loi mais l'Administration a omis de lui octroyer l'aide qui lui a été pourtant accordée⁹⁹¹.

609. Les décisions d'irrecevabilité mentionnées ont donc donné lieu à une nouvelle approche de l'article 3 de la Convention en tant que fondement du contrôle d'aménagement des

⁹⁸⁷ Cour EDH, 23 avril 2002, n° 56869/00, *Larioshina contre Russie*. En l'espèce, une évolution est perceptible, puisque le juge européen admet que le montant totalement insuffisant d'une pension et autres prestations sociales pour maintenir un niveau de vie minimum est susceptible de soulever une question au titre de l'article 3.

⁹⁸⁸ Cour EDH, 18 juin 2009, n° 45603/05, *Budina contre Russie*. Cette fois, la Cour européenne laisse ouverte la perspective de l'engagement de la responsabilité étatique sur le terrain de l'article 3.

⁹⁸⁹ S'il est conçu comme un revirement jurisprudentiel, cela doit se limiter à la possibilité d'appliquer l'article 3 aux litiges relatifs aux prestations matérielles. En ce sens, Diane ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, op. cit. p. 167.

⁹⁹⁰ Sur le cas de la restriction des prestations d'aide sociale, voir *infra*, p. 447.

⁹⁹¹ Sur le cas des demandeurs d'asile, voir *infra*, p. 285.

prestations matérielles prenant en compte la *souffrance d'individus causée par des privations*. Le lien réalisé par la Cour européenne entre le principe de dignité de la personne humaine et les droits sociaux se différencie de celui mis en lumière par la Cour constitutionnelle allemande. La décision qu'il convient en particulier de mentionner est celle rendue au sujet de la loi Hartz IV de 2010⁹⁹² concernant une *allocation sociale non contributive*. En l'espèce, la Cour a jugé inconstitutionnel le mode de calcul de l'indemnité forfaitaire versée au titre de la loi en raison de l'absence de prise en compte des *besoins existentiels* des bénéficiaires.

610. Précisément, la Cour a affirmé que l'article 1^{er} de La loi fondamentale allemande, qui consacre le droit à la dignité de la personne humaine, impliquait un *minimum d'existence digne* pour l'individu, l'« *Existenzminimum* »⁹⁹³. En dépit de l'intérêt d'une telle concrétisation sociale du principe de dignité de la personne humaine, celle-ci s'éloigne de la définition retenue par la présente étude. En l'espèce, le *droit au minimum d'existence digne* devient un outil aux mains du juge pour se prononcer sur la conformité de la *création* de prestations. Il ne se limite pas à empêcher la *privation* de prestations *déjà* existantes ; ainsi conçu, il implique un sens large comprenant des *obligations positives* pour le législateur en vertu du principe de dignité de la personne humaine.

611. Il s'ensuit que l'affirmation d'un *minimum d'existence digne* ainsi entendu n'est pas une solution transposable aux ordres juridiques français et hellénique. En France et en Grèce, le législateur est habilité à combattre la *pauvreté* sur le fondement du droit à l'aide sociale. Il ne pourrait toutefois être obligé à le faire, sauf à devoir admettre la possibilité d'un contrôle partiel d'omission législative. Si le *minimum d'existence digne* de l'ordre juridique allemand n'est pas pertinent pour la France et la Grèce, la situation est différente s'agissant du *droit à un niveau de vie suffisant* concrétisé *au sens strict* par la Cour européenne. Il s'agit d'un droit qui n'implique pas le contrôle de création de prestations, mais seulement le contrôle de leur aménagement restrictif.

⁹⁹² Il s'agit de la décision BVerfGE 1 BvL 1/09, 9 février 2010. Voir Céline FERCOT, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision 'Hartz IV' de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 », *RDSS*, n° 4, 2010, p. 653. Olivier JOUANJAN, « Les effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 47, n° 2, 2015, p. 91-97.

⁹⁹³ Ce n'est pas la première fois que la Cour constitutionnelle allemande décide que l'Etat doit garantir « les conditions minimales d'une existence digne », comme tel a été l'apport dans le passé de la décision relative aux pensions des orphelins (BVerfGE 40,121, 18 juin 1975). Voir David CAPITANT, *Les droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, p. 307. C'est pour autant la première fois que la Cour constitutionnelle allemande juge que le principe de dignité de la personne humaine implique un droit à un minimum matériel d'existence.

Si le droit à un niveau de vie suffisant *au sens strict* prouve un lien possible entre le principe de l'Etat social et le principe de dignité de la personne humaine, il convient de rechercher ses concrétisations en France et en Grèce.

B - Les concrétisations de l'interdiction de priver des individus de prestations

612. Le droit à un niveau de vie suffisant se concrétise en France et en Grèce notamment à travers l'interdiction de priver les individus de leur logement (i) et de prestations essentielles (ii).

i - L'interdiction de priver les individus de leur logement

613. Sur le fondement du principe de dignité de la personne humaine, le législateur est tenu de ne pas provoquer de *souffrances* aux individus par la privation de prestations. Le droit à un niveau de vie suffisant a trouvé un écho notable au sein des deux ordres juridiques nationaux, par exemple en droit civil⁹⁹⁴. Le souci de protéger le droit à un niveau de vie suffisant dans le cadre des rapports privés y est présent à travers la réglementation relative au *surendettement des ménages*. Le législateur, en France⁹⁹⁵ et en Grèce⁹⁹⁶, protège les individus aux revenus faibles à l'encontre de leurs créanciers. Il garantit qu'aucun individu ne sera privé des *ressources vitales* nécessaires pour couvrir les dépenses quotidiennes de première nécessité. Il incombe donc aux juridictions civiles françaises⁹⁹⁷ et helléniques⁹⁹⁸ de rendre insaisissables par le créancier les ressources qui garantissent le *droit à un niveau de vie suffisant*.

⁹⁹⁴ Dans la mesure où les législateurs français et grecs règlent le sujet entre personnes privées, la démarche s'inscrit dans le cadre de l'effet horizontal indirect d'énoncé constitutionnel du logement, Voir *supra*, p. 94 et s.

⁹⁹⁵ Le chapitre 1^{er} du titre II de la loi relative aux exclusions (loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions) traitant précisément du surendettement modifie un certain nombre d'articles du Code de la consommation concernant l'organisation et le fonctionnement des commissions. Ces dispositions sont entrées en vigueur avec la publication du décret n° 99-65 du 1^{er} février 1999 relatif à la procédure de traitement des situations de surendettement.

⁹⁹⁶ Loi n° 4336/2015 (JO A/94/14-08-2015) qui a modifié les lois n° 4161/2013, n° 3869/2010, sur la protection des personnes surendettées.

⁹⁹⁷ Cour de Cassation, (chambre civile), 14 mai 2009, n° 08-17063. Cour de cassation, (chambre civile), 21 mars 2013, n° 11-25462. « Méconnaît les exigences de ce texte une cour d'appel qui, pour conférer force exécutoire aux mesures recommandées par la commission de surendettement, se fonde sur la situation professionnelle de l'intéressée, ses revenus, son patrimoine et le montant de son endettement, sans déterminer la part des ressources nécessaires à ses dépenses courantes. Le juge, saisi de la contestation des mesures recommandées, doit, dans tous les cas, déterminer la part des ressources nécessaires aux dépenses courantes du ménage, comme il est dit au deuxième alinéa de l'article L. 331-2 du code de la consommation, et la mentionner dans sa décision ».

⁹⁹⁸ Jugement n° 4119/F5428/2016, n° 553/2017 du tribunal civil d'Athènes de première instance. Jugement n° 16/2014 du tribunal de première instance d'Arta sur la suppression complète ou partielle de la dette des ménages surendettés. Les tribunaux civils compétents pour juger les affaires des ménages surendettés peuvent même supprimer complètement la dette, dans le cas où les conditions matérielles de vie de la personne et de ses enfants sont mises en danger.

614. Par ailleurs, en France et en Grèce, le droit à un niveau de vie suffisant trouve une concrétisation en matière de *droit au logement*. Il s'agit ici de mettre en exergue une *spécialisation* du *lien* admis d'une manière générale par les juges de la constitutionnalité entre le logement et le principe de dignité de la personne humaine⁹⁹⁹. Un individu peut être privé de son logement dans deux circonstances : si l'individu dépourvu de logement est *locataire*, on parle d'« expulsion » ; s'il est *propriétaire*, on parle de « saisie immobilière ». Pour chacun de deux ordres juridiques, il convient d'examiner celui qui a réalisé davantage de concrétisations législatives et jurisprudentielles¹⁰⁰⁰. Dans le cas français, nous nous focaliserons sur le problème de l'expulsion et laisserons de côté celui de la saisie immobilière¹⁰⁰¹. En revanche, dans le cas hellénique, la situation est inverse¹⁰⁰².

615. En France, le législateur protège le locataire de l'*expulsion*¹⁰⁰³, sans pour autant empêcher complètement cette dernière. Le Conseil constitutionnel a jugé que l'exécution d'une expulsion ne saurait dépendre du relogement des occupants¹⁰⁰⁴. D'après le juge constitutionnel, même dans le cas où le représentant de l'Etat dans le département n'est pas assuré qu'une offre d'hébergement a été proposée aux individus expulsés, la décision juridictionnelle qui porte sur l'expulsion doit être exécutée. La décision s'inscrit dans le cadre d'une conciliation entre l'« objectif de valeur constitutionnelle » du *logement* au bénéfice du locataire et le droit à la *propriété* du propriétaire. Elle concrétise également le *principe de séparation des pouvoirs* puisqu'il est question de la possibilité pour l'Administration d'empêcher l'exécution de l'arrêt d'expulsion¹⁰⁰⁵.

616. Néanmoins, dans certains cas particuliers, le Conseil d'Etat français a admis une demande pendante de relogement comme entrave à l'exécution de l'expulsion. La jurisprudence concernée s'inscrit dans la continuité de celle initiée par l'arrêt *Couitéas* de 1923¹⁰⁰⁶. A ce

⁹⁹⁹ Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995. Arrêt CdE, n° 106/1991. Voir *supra*, p. 110.

¹⁰⁰⁰ Cela tient à ce que la pratique immobilière (vente ou location) y est plus fréquente et donne nécessairement lieu à un plus grand nombre de concrétisations législatives. Expliquer davantage cette différence entre les deux Etats impliquerait une analyse liée aux politiques immobilières de chacun d'eux et risquerait de dépasser les limites d'une étude juridique.

¹⁰⁰¹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (JORF n°0181 du 7 août 2015, p.13537) qui protège la résidence principale de l'entrepreneur.

¹⁰⁰² La protection actuelle des locataires en Grèce est assez faible notamment depuis la loi n° 4055/2012 (JO A/51/12-03-2012).

¹⁰⁰³ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 (JORF n°0072 du 26 mars 2014, p.5809) pour l'accès au logement et à un urbanisme rénové.

¹⁰⁰⁴ CC n° 98-403 DC du 29 juillet 1998. Le juge constitutionnel précise la limitation que le législateur peut apporter au droit de propriété, au principe d'égalité devant les charges publiques et au principe de séparation des pouvoirs afin de garantir et de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle du droit à un logement décent.

¹⁰⁰⁵ Article 16 DDHC. Voir *intro*, p. 48.

¹⁰⁰⁶ CE, 30 novembre 1923, n° 38284, 48688, *Couitéas*.

moment, le Conseil d'Etat avait admis la possibilité pour l'administration de refuser le concours de la force publique pour l'exécution de l'expulsion en raison d'un risque de *graves troubles à l'ordre public*. Il convient d'ailleurs de souligner que la même possibilité est reconnue par la Cour européenne¹⁰⁰⁷, nonobstant la protection qu'elle accorde habituellement au droit à l'exécution¹⁰⁰⁸. Sur le sujet qui nous intéresse ici, le Conseil d'Etat français a jugé que l'expulsion d'une famille composée de huit personnes, dont deux jeunes enfants, une personne âgée, et une personne handicapée, était de nature à créer un trouble à *l'ordre public*¹⁰⁰⁹. Cette jurisprudence a été réitérée par la suite dans des arrêts protégeant les requérants âgés, handicapés, ou dont l'état de santé était particulièrement fragile, et pour lesquels aucune solution de relogement n'était envisagée après l'expulsion¹⁰¹⁰.

617. Par ces arrêts, le Conseil d'Etat effectua une *concrétisation* du droit au logement sur le fondement du principe de dignité de la personne humaine. Il contrôla systématiquement que les requérants n'étaient pas privés d'un *niveau de vie suffisant*, sans pour autant l'assumer en se fondant *directement* sur le principe de dignité de la personne humaine. Puis, à l'occasion d'un arrêt plus récent, il a manifestement considéré pour la première fois qu'une expulsion pouvait porter atteinte au *principe de dignité de la personne humaine*, et partant à l'ordre public¹⁰¹¹. On constate ici à nouveau le lien réalisé entre *ordre public* et *principe de dignité de la personne humaine* dont l'origine remonte à l'arrêt *Commune de Morsang sur Orge* précité¹⁰¹². Le fait que le juge s'appuie, en l'espèce, sur le principe de dignité de la personne humaine signifie

¹⁰⁰⁷ Cour EDH, 28 septembre 1995, n° 12868/87, *Spadea et Scalabrino contre Italie*. Cour EDH, 31 mars 2005, n° 62740/00, *Matheus contre France* selon lesquelles des « considérations sérieuses d'ordre public ou social peuvent limiter le droit à l'exécution ».

¹⁰⁰⁸ Cour EDH, 28 mars 2000, n° 41209/98, *Georgiadis contre Grèce*. Cour EDH, n° 51473/99, 6 juin 2002, *Katsaros contre Grèce*. Cour EDH, 28 juillet 1999, n° 22774/93, *Immobiliare Saffi contre Italie*.

¹⁰⁰⁹ CE, 26 octobre 1998, n° 156967, *M. et Mme Peultier*. Le Conseil d'Etat juge que l'expulsion d'une famille était « de nature à créer un trouble à l'ordre public en raison de la situation de cette famille composée de huit personnes, dont deux jeunes enfants, une personne âgée de 86 ans et une personne majeure handicapée ».

¹⁰¹⁰ CE, ord. 10 octobre 2003, n° 260867, *Sagnard*. CE, 23 avril 2008, n°309685, *Barbuto*. CE, 24 juillet 2008, n°318686, *Michèle*. Le préfet peut légalement refuser le concours de la force publique en se fondant sur « la situation de la personne dont l'expulsion était demandée, en faisant valoir qu'elle est âgée de 83 ans, qu'elle réside dans les lieux depuis 35 ans, qu'elle y vit avec sa fille, que ses ressources sont faibles et qu'elle n'a pas de solution de relogement ».

¹⁰¹¹ Même si ce n'était pas le cas en l'espèce. CE, 30 juin 2010, n° 332259, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales contre Epoux Ben Amour*. « Considérant que toute décision de justice ayant force exécutoire peut donner lieu à une exécution forcée, la force publique devant, si elle est requise, prêter main forte à cette exécution ; que, toutefois, des considérations impérieuses tenant à la sauvegarde de l'ordre public ou à la survenance de circonstances postérieures à la décision judiciaire d'expulsion telles que l'exécution de celle-ci serait susceptible d'atteindre à la dignité de la personne humaine, peuvent légalement justifier, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, le refus de prêter le concours de la force publique ».

¹⁰¹² On ne va pas revenir sur le problème qui survient lorsque l'ordre public s'impose même à l'encontre de la volonté de la victime de l'atteinte. Il suffit de constater qu'en l'espèce il y a une dissociation entre les deux éléments qui rend l'invocation du principe de dignité de la personne humaine pertinente. L'ordre public est employé ici pour limiter la volonté des propriétaires et non celle des victimes de l'expulsion. Voir *supra*, p. 244.

qu'il contrôle dans quelle mesure une expulsion peut entraîner des *souffrances*. Du point de vue de notre étude, celles-ci ne peuvent qu'être conçues que comme des *données objectives* reposant sur des facteurs déterminés qui aggravent la *privation* comme, par exemple, le mauvais état de santé, la famille nombreuse, la présence d'enfants ou de personnes âgées¹⁰¹³. Il s'agit de ce point de vue d'une concrétisation pertinente du principe de dignité de la personne humaine au regard de ce type de prestations.

618. En ce qui concerne la Grèce, le législateur protège les individus à l'encontre d'une saisie immobilière depuis la loi de 2010 précitée relative au *surendettement des ménages*¹⁰¹⁴. La loi interdisait initialement la saisie *de toutes les résidences principales* à la seule condition que leur valeur immobilière ne dépassait pas un certain plafond. Pour les débiteurs dont la valeur de la résidence était équivalente ou dépassait le plafond accordé, la protection reposait sur la preuve de *bonne foi des débiteurs* devant le tribunal civil. Revenant sur la loi de 2010 qui offrait une large protection quant au logement des débiteurs, des modifications ultérieures l'ont cependant restreinte, conformément au contenu des Mémoires signés par la Grèce avec ses créanciers. Depuis 2015, seuls les débiteurs aux *revenus très modestes* peuvent bénéficier de la protection de leur résidence principale. Les autres peuvent même être *privés* de leur résidence principale.

619. Le Conseil d'Etat hellénique n'a pas été saisi de la question de la constitutionnalité d'une telle limitation du droit au logement et du droit à la propriété des individus. Il ne s'agit cependant pas ici de rechercher la *limite constitutionnelle* à la restriction de la prestation matérielle en question¹⁰¹⁵, mais de s'intéresser à l'impact du principe de dignité de la personne humaine sur la concrétisation du droit au logement réalisée par le législateur. A cet égard, il convient de se focaliser sur le *critère* retenu quant à la détermination des bénéficiaires de la protection de la résidence principale : il s'agit des individus dont les revenus ne dépassent pas les *dépenses nécessaires* pour couvrir leurs besoins essentiels¹⁰¹⁶. Même si la référence au principe de dignité de la personne humaine n'est pas directe, il s'agit d'une disposition législative qui s'inscrit dans la continuité du *droit à un niveau de vie suffisant* : les individus en

¹⁰¹³ *Contra* : Pascal COMBEAU, « L'administration face aux expulsions locatives », *AJDA*, n° 35, 2012, p. 1939. Xavier BIOY, « La dignité justifie-t-elle le refus de concours de la force publique pour expulser un locataire ? », *AJDA*, n° 8, 2010, p. 448.

¹⁰¹⁴ Loi n° 4336/2015 (JO A/94/14-08-2015) qui a modifié les lois n° 4161/2013, n° 3869/2010, sur la protection des personnes surendettées.

¹⁰¹⁵ Voir *infra*, p. 445 et s.

¹⁰¹⁶ Dans la décision ministérielle commune n° 130377 de 15 décembre 2015, l'Etat détermine les conditions de sa participation à la dette des personnes de revenus très modestes. Les revenus de ces derniers ne doivent pas dépasser le montant des « dépenses nécessaires de la vie quotidienne ». Il s'ensuit que seule la protection des personnes très précaires a été garantie (qui correspond à un pourcentage 25% des débiteurs).

faveur desquels l'Administration hellénique intervient pour les protéger d'une *saisie immobilière* sont ceux qui risquent le plus de subir une *souffrance involontaire*.

620. Tel a également été l'apport de la Cour de Cassation hellénique¹⁰¹⁷ lorsqu'elle a jugé que toute saisie immobilière de *logements sociaux* était interdite. Concernant un logement construit ou subventionné à l'aide de prêts souscrits auprès de l'ancien service public du logement grec, l'interdiction de saisie immobilière n'est nullement conditionnée aux ressources des débiteurs. En l'occurrence, les *faibles revenus* des locataires et le risque de souffrance par une privation sont présumés par les juges. Dans les deux cas, le *droit à un niveau de vie suffisant* est garanti même s'il n'est pas directement mentionné comme tel.

ii - L'interdiction de priver les individus de prestations essentielles

621. Une concrétisation supplémentaire du *droit à un niveau de vie suffisant* porte sur la garantie des *prestations essentielles* d'eau et d'énergie. L'accès à ces prestations relève d'un *droit social dérivé* lié, dans l'ordre juridique français, à l'objectif de valeur constitutionnelle du *logement* et, dans l'ordre juridique hellénique, au *droit à la santé*¹⁰¹⁸.

622. En ce qui concerne la France, pendant longtemps, l'interdiction de coupure qui reposait sur les fournisseurs de prestations essentielles relevait de l'exercice de la police administrative. Des *arrêtés municipaux anti-coupures* palliaient ainsi le problème de l'absence de fondement législatif, ce qui donna lieu à de fortes critiques de la part de la doctrine¹⁰¹⁹. Le législateur est par la suite intervenu en interdisant les coupures d'électricité pour tous les ménages pendant la période hivernale et les coupures d'eau durant toute l'année pour la résidence principale des

¹⁰¹⁷ Cour de Cassation, arrêt n° 570/2015. La saisie immobilière du logement social n'est pas permise, indépendamment des ressources des débiteurs.

¹⁰¹⁸ Voir *supra*, p. 113 et s.

¹⁰¹⁹ Stéphane BRACONNIER, « Les arrêtés municipaux anti-coupures d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel », *AJDA*, n° 12, 2005, p. 644 : « Les arrêtés municipaux de police proscrivant les coupures d'eau nous paraissent frappés d'une illégalité aussi évidente que le sont les arrêtés proscrivant les coupures d'électricité ».

individus¹⁰²⁰. Il s'agit d'une interdiction qui a été ensuite confirmée par le Conseil constitutionnel¹⁰²¹.

623. En ce qui concerne la Grèce, la loi n'énonce pas d'interdiction des coupures d'eau, mais elle prévoit le *versement de subventions pour le paiement* des factures relevant de la prestation¹⁰²². A défaut de fondement législatif, l'interdiction de priver les individus ayant des revenus modestes d'eau n'est pas garanti pour le moment au niveau juridictionnel. Elle est cependant imposée par le principe de dignité de la personne humaine tel qu'il est interprété dans la présente étude. Cela d'autant plus que pour le Conseil d'Etat hellénique, à propos de la question de la privatisation de l'entreprise publique de l'eau, « l'incertitude quant à l'accès à la prestation de l'eau n'est pas permise au regard du droit constitutionnel à la santé »¹⁰²³.

624. La situation en Grèce est moins complexe s'agissant de l'accès à la prestation d'électricité. L'interdiction de coupure trouve son fondement dans une loi qui a transposé dans l'ordre juridique hellénique la dernière directive « électricité » du droit l'Union européenne¹⁰²⁴. Par ailleurs, le Conseil d'Etat hellénique¹⁰²⁵ a eu l'occasion de trancher un litige relatif à ce sujet. En l'occurrence, le législateur exigeait une coupure de la prestation en raison du non-paiement de la taxe sur la propriété. Le Conseil d'Etat hellénique n'a pas jugé que la coupure d'électricité était contraire au principe de dignité de la personne humaine, mais qu'elle violait l'article 5, par. 1 de la Constitution hellénique qui consacre la *liberté contractuelle des individus*. Il s'agissait, d'après la solution retenue, d'une intervention étatique arbitraire s'immisçant dans

¹⁰²⁰ Article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles : « Dans les conditions fixées par la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, au regard notamment de son patrimoine, de l'insuffisance de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité pour disposer de la fourniture d'eau, d'énergie, d'un service de téléphonie fixe et d'un service d'accès à internet. (...) Du 1er novembre de chaque année au 31 mars de l'année suivante, les fournisseurs d'électricité, de chaleur, de gaz ne peuvent procéder, dans une résidence principale, à l'interruption, y compris par résiliation de contrat, pour non-paiement des factures, de la fourniture d'électricité, de chaleur ou de gaz aux personnes ou familles. Les fournisseurs d'électricité peuvent néanmoins procéder à une réduction de puissance, sauf pour les consommateurs mentionnés à l'article L. 337-3 du code de l'énergie. Un décret définit les modalités d'application du présent alinéa. Ces dispositions s'appliquent aux distributeurs d'eau pour la distribution d'eau tout au long de l'année ».

¹⁰²¹ Décision n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015, Société SAUR SAS sur la constitutionnalité de la loi Brottes de 2013 (loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes) énonçant l'interdiction d'interrompre la distribution d'eau dans les résidences principales.

¹⁰²² Dans l'ordre juridique hellénique, c'est notamment la loi n° 4320/2015 (JO 29A/19-3-2015) qui prévoit une allocation pour le paiement de l'eau et de l'électricité au bénéfice des clients défavorisés.

¹⁰²³ CdE, n° 1906/2014,

¹⁰²⁴ Directive n° 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 (JO 211/55, 14-8-2009 relative à l'électricité) concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive n° 2003/54/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) transposé dans l'ordre hellénique par loi n° 4001/2011 (JO A/ 179/22/08/2011).

¹⁰²⁵ CdE, n° 1972/2012, cons. 25.

la *relation contractuelle* entre l'entreprise publique et le client-redevable de la taxe sur la propriété. En interdisant la coupure d'électricité, l'arrêt a protégé en même temps les individus d'une privation susceptible de leur provoquer une *souffrance* et qui serait ainsi contraire au principe de dignité de la personne humaine.

625. Enfin, la pertinence du lien normatif entre le principe de dignité de la personne humaine et l'accès aux prestations essentielles résulte également de la jurisprudence de la Cour européenne. Bien qu'elle ait pu juger par le passé que la privation de la prestation d'électricité ne pouvait être contestée sur le fondement de l'article 3 de la Convention¹⁰²⁶, elle a plus tard admis que la protection contre une coupure d'eau était possible sur la base de ce dernier¹⁰²⁷. Dès lors, il n'y a plus aucun doute quant à la garantie issue du principe de dignité de la personne humaine à l'encontre d'une privation des prestations d'eau et d'électricité. En France et en Grèce, il s'agit d'une interdiction issue de normes supra-législatives concrétisée aussi bien par la législation que par la jurisprudence nationales.

Conclusion du § 2 :

626. Nous avons cherché à limiter le contrôle d'attribution des *droits sociaux dérivés* sur le fondement du principe de dignité de la personne humaine. Dans cet objectif, a été écartée la conception selon laquelle l'Etat est redevable de *prestations matérielles* sur le fondement du principe de dignité de la personne humaine. Il n'existe pas aujourd'hui, ni en France ni en Grèce, un *droit à un niveau de vie suffisant* permettant au juge d'engager le législateur à des actions positives en matière sociale.

627. En revanche, le même concept peut être *conçu dans un sens strict* qui est compatible avec les *limites intrinsèques* au principe de l'Etat social. Impliquant l'interdiction de provoquer des souffrances aux individus par la *privation* de prestations, le *droit à un niveau de vie suffisant* s'appuie sur le *lien normatif* entre le principe social et le principe de dignité de la personne humaine, sans toutefois entraîner un contrôle de la carence législative. Dans ce contexte, le

¹⁰²⁶ Voir la décision précitée *Van Volsem*.

¹⁰²⁷ Cour EDH, 14 février 2008, n° 40067/06, *Butan et Dragomir contre Roumanie* : la partie de la requête des requérants qui ont subi une coupure d'eau potable rendant le logement insalubre fondée sur l'article 3 de la CEDH est recevable, mais la Cour européenne ne procède pas à l'examen de son bien – fondé car il vise le même aspect que l'article 6 de la Convention européenne. Considérant 41 : « Invoquant les articles 8, 3 et 13 de la Convention, les requérants se plaignent de l'inaction des autorités pour faire cesser les atteintes au droit au respect de leur domicile et pour porter remède aux conditions inhumaines qu'ils ont dû supporter à cause du manque d'eau dans les installations sanitaires de leur logement ». Considérant 45 : « Dans la mesure où ces griefs visent en substance les mêmes aspects que ceux déjà examinés sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, eu égard à ses conclusions figurant au paragraphe 42 ci-dessus, la Cour conclut que cette partie de la requête doit être déclarée recevable, mais qu'il n'y a pas lieu à statuer sur son bien-fondé ».

législateur et les hautes juridictions, en France et en Grèce, interdisent de priver les individus aux revenus faibles de leur *logement*, ainsi que des *prestations essentielles* que sont l'eau et l'énergie.

Conclusion de la 2^e section :

628. La délimitation du principe de dignité de la personne humaine exige de l'appréhender dans un *sens strict* impliquant le droit de l'individu de ne pas subir de tortures. La torture comprend tant des souffrances physiques que des souffrances morales. La définition précise du droit à la dignité de la personne humaine présuppose d'écarter sa conception jusnaturaliste qui veut qu'il soit la source des droits fondamentaux. Dans le cadre d'une étude normativiste, le principe de dignité de la personne humaine est dénué d'éléments extra-juridiques et équivaut, dès lors, au reste des droits fondamentaux.

629. Au regard de la délimitation opérée, il devient manifeste que le principe de dignité de la personne humaine ne peut non plus être envisagé en tant que source des droits sociaux fondamentaux. Si tel était le cas, on serait en présence d'un droit à un niveau de vie suffisant sur la base duquel le juge pourrait contrôler l'omission législative en matière sociale. Or, cela serait incompatible avec la limite intrinsèque au principe de l'Etat social. Tout en admettant le lien normatif entre les droits sociaux fondamentaux et le principe de dignité de la personne humaine, il importe donc de préciser qu'il ne s'agit pas d'un lien « matriciel ». Le principe de dignité de la personne humaine fonde le contrôle d'un aménagement des *droits sociaux dérivés* en interdisant de priver les individus de prestations, dans le cas où un risque de souffrance consécutive existe. Tel est, par exemple, en France et en Grèce, le cas de l'expulsion ou de la saisie immobilière des logements, ainsi que des coupures d'eau et d'électricité préjudiciant notamment à des individus disposant de revenus faibles.

Conclusion du 1^{er} chapitre :

630. L'objectif du premier chapitre était de *délimiter le sens* des principes d'égalité et de dignité de la personne humaine, afin de pouvoir les appréhender comme *fondements complémentaires* du principe social d'une manière conforme à l'étude de ses *fondements spécifiques*. A travers la circonscription de leur sens, le but était de démontrer qu'ils n'habilitent pas les juges à censurer une *carence législative* lors de l'attribution des prestations matérielles.

631. Le principe d'égalité est entendu, premièrement, en tant que droit de l'individu à ne pas subir de discriminations en raison de l'origine, la race, la langue, le sexe, le handicap ou la

nationalité. Le contrôle de la législation sociale sur le fondement de l'égalité est entendu *au sens strict* et se distingue, dès lors, du contrôle s'accompagnant d'une *égalisation par le haut* qui engage le législateur à des actions positives. Le principe de non-discrimination habilite, deuxièmement, le législateur à prendre des *mesures positives* pour corriger des inégalités existantes (distinctions positives), sans que cela soit une « obligation positive ».

632. Pour sa part, le principe de dignité de la personne humaine est entendu comme le droit de ne pas subir de torture, c'est-à-dire une souffrance *physique ou morale* de manière involontaire. En matière sociale, il garantit le *droit à un niveau de vie suffisant* des individus *au sens strict*, c'est-à-dire l'interdiction de leur provoquer une *souffrance* par le biais d'une privation de leurs prestations. Il est ainsi interdit, en France et en Grèce, de priver les individus ayant des revenus faibles de leur logement ou de l'accès à des prestations essentielles comme l'eau et l'électricité.

633. Il ressort de l'interprétation stricte des principes complémentaires que leur contrôle doit porter, toujours, sur une *législation sociale existante* et ne peut engager le législateur à des actions positives, même d'une *manière partielle*. Du point de vue de notre étude, telle est la *première conséquence* du *caractère complémentaire* des principes d'égalité et de dignité de la personne humaine quant à la fondation du principe de l'Etat social. Leur *complémentarité* implique que, lors du contrôle d'attribution des prestations, leur sens soit circonscrit par les normes constitutives du principe social. Il convient à présent de procéder à l'examen de la *seconde conséquence* qui porte sur la limitation, pour le législateur, des solutions possibles d'attribution de prestations sur les fondements sociaux complémentaires.

Chapitre 2

La limitation des solutions possibles au regard des principes complémentaires

634. Les principes d'égalité et de dignité de la personne humaine concourent, avec les droits sociaux fondamentaux, au contrôle des *droits sociaux dérivés*. Le législateur et le juge peuvent s'appuyer sur les deux fondements pour déterminer les *bénéficiaires* de ces derniers. L'étude qui suit présente un intérêt particulier au regard de la désignation exacte des *bénéficiaires* de droits sociaux dérivés qui peut différer selon le fondement employé pour leur contrôle. Il convient ici de défendre la position selon laquelle en raison de leur rôle de fondements *complémentaires* du principe social, les principes d'égalité et de dignité de la personne humaine ne peuvent désigner les bénéficiaires des prestations qu'en *accord* avec des fondements *spécifiques*.

635. Dans cet objectif, il importe avant tout de nous demander dans quels cas précisément les deux catégories de fondements impliquent des *solutions différenciées* quant à la désignation finale des bénéficiaires. Afin de répondre à l'interrogation, il convient de préciser les *bénéficiaires* des droits sociaux dérivés au regard de chacun des deux fondements. L'analyse entreprise au sein du premier chapitre a révélé que le *principe de dignité de la personne humaine* désigne comme bénéficiaires *tous* les individus, sans aucune exception, mais qu'il ne trouve qu'une application restreinte dans le domaine social. A l'opposé, le *principe d'égalité* s'y applique plus facilement, mais exclut les *étrangers en situation irrégulière* de ses bénéficiaires.

636. Il s'ensuit que sur le fondement du principe d'égalité, le législateur peut exclure les *étrangers en situation irrégulière* de prestations, mais leur donne parfois des *prestations minimales* en se basant sur le principe de dignité de la personne humaine. Dans ce cas de figure, le principe de dignité de la personne humaine fonde la garantie d'un *minimum* de prestations que le législateur doit fournir en vue d'éviter la souffrance des *étrangers exclus*, sans pour autant les rendre *bénéficiaires* de droits sociaux dérivés à égalité avec les nationaux. La question qui se pose alors est de savoir dans quelle mesure les *droits sociaux fondamentaux* coïncident avec les *deux fondements complémentaires* s'agissant de l'exclusion potentielle des *étrangers ayant un statut irrégulier* du bénéfice de droits sociaux dérivés.

637. La réponse est déterminée par la position de principe selon laquelle les *droits sociaux fondamentaux*, comme tous les droits fondamentaux, impliquent l'« universalité » de leurs

énoncés. Le concept d'« universalité » n'est pas compris ici avec des connotations de « droit naturel »¹⁰²⁸, mais il s'entend simplement d'une caractéristique essentielle des *droits fondamentaux*¹⁰²⁹. Précisément, on entend par « universalité » des droits fondamentaux l'interdiction, lors de leur concrétisation par les organes étatiques, de procéder à des *distinctions* parmi leurs bénéficiaires qui résulteraient, notamment, des *caractéristiques propres* de ces derniers. En tant que *distinctions interdites* au nom du respect des *droits fondamentaux*, sont retenues celles *directement* prohibées par des normes supra-législatives. Ce sont les mêmes que les distinctions interdites par le principe d'égalité ; soit la race, la langue, l'origine, le sexe, le handicap, l'âge et, plus récemment, la nationalité.

638. Au contraire, d'autres distinctions, qui ne se rapportent pas aux « propriétés naturelles » des individus mais à des *critères secondaires*, comme la régularité de séjour, peuvent être permises¹⁰³⁰. Dans le cas particulier où les droits sociaux fondamentaux ne permettent *aucune distinction secondaire*, on parlera non seulement de *droits universels* mais aussi de « droits généralisés ». On parlera au contraire de « droits limitables » lorsqu'ils permettent au législateur de les accorder à des bénéficiaires en employant des *critères secondaires*.

639. Il résulte de la définition donnée de l'*universalité* que les droits sociaux fondamentaux permettent *a priori* l'« inclusion » de tout individu parmi les bénéficiaires des prestations. Toutefois, cela n'est pas forcément vrai s'agissant de l'« exclusion » des *étrangers en situation irrégulière*, car chaque prestation appelle une étude distincte. Il importe donc de distinguer deux cas différents : le premier est une *concrétisation positive* des principes complémentaires relative

¹⁰²⁸ L'universalité ne doit pas être comprise comme un concept qui renvoie à l'absence de limites temporelles et spatiales et qui aurait une vocation morale commune à l'égard de tous les individus. Sur une telle conception de l'universalité, voir Gregorio PECES BARBA-MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2004, p. 271.

¹⁰²⁹ Soit une liberté est attribuée à l'ensemble des destinataires des normes d'un ordre juridique *x*, soit celle-ci ne peut pas être qualifiée de « droit ». Dans le cas contraire, il faudrait recourir à des concepts différents – comme, par exemple, celui de « privilèges constitutionnellement protégés » - et non à celui de « droits fondamentaux ». Voir Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 95. Sur l'absence des distinctions étant un élément constitutif des droits fondamentaux, voir également Akritas KAI DATZIS, « Droits sociaux, citoyenneté et immigrants », *op. cit.*

¹⁰³⁰ Afin de clarifier les *distinctions interdites* de celles *potentiellement permises* au regard des droits sociaux fondamentaux, on renvoie à la distinction proposée par le Professeur PFERSMANN entre « distinctions primaires » et « distinctions secondaires ». Sur la différenciation entre « discrimination primaire » et « discrimination secondaire », voir Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU et *alii*, *Droits des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 94 : « L'on parlera d'absence de "discrimination primaire" si le seul critère d'appartenance à l'ensemble des bénéficiaires consiste dans le fait d'appartenir, en tant qu'individu, au genre humain. On qualifiera de "discriminations secondaires" les différences introduites entre les éléments de cet ensemble à partir des critères qui ne tiennent pas à des discriminations primaires, c'est-à-dire qui ne sont pas fondés sur des propriétés naturelles, dont la modification est objectivement hors de portée des intéressés ». Notre analyse se différencie, cependant, de celle de l'auteur en ce qu'elle classe la nationalité parmi les distinctions primaires.

à la désignation des bénéficiaires des droits sociaux dérivés ; le second est une *concrétisation négative* du principe d'égalité.

640. Dans le premier cas d'une « démarche inclusive », les *principes complémentaires* sont invoqués par le législateur pour créer de nouveaux bénéficiaires des droits sociaux dérivés et élargir ainsi leur cercle. A l'appui des principes d'égalité ou de dignité de la personne humaine, de nouveaux bénéficiaires seront « intégrés » parmi des individus qui ont déjà accès à des prestations. En raison du *caractère universel* des droits sociaux fondamentaux, en présence d'une démarche inclusive, on part du principe qu'il y a toujours *convergence* avec les fondements complémentaires dans la détermination des bénéficiaires.

641. Cependant, une *divergence* peut apparaître lors du second cas d'une « démarche exclusive » de bénéficiaires de prestations au regard du *principe d'égalité*. Dans cette hypothèse, les étrangers en situation irrégulière sont toujours protégés par le principe de dignité de la personne humaine, mais ils restent exclus du bénéfice des droits sociaux dérivés au regard du principe de l'égalité. C'est alors dans cette perspective qu'il convient de nous demander dans quelle mesure les *droits sociaux fondamentaux* permettent l'exclusion des étrangers des droits sociaux au regard des principes complémentaires.

642. L'analyse qui suit portera en conséquence, d'une part, sur la *convergence* entre les deux types de fondements dans le cas d'une *démarche inclusive* de bénéficiaires (Section 1) et, d'autre part, sur la *divergence* potentielle qui existe entre eux dans le cas d'une *démarche exclusive* de bénéficiaires (Section 2).

Section 1 - La convergence entre les deux types de fondements dans le cas d'une démarche inclusive de bénéficiaires

643. En France et en Grèce, la convergence entre les droits sociaux fondamentaux et les principes complémentaires sera démontrée à travers l'étude de *deux démarches inclusives* de bénéficiaires de prestations de la part du législateur : la première porte sur les *distinctions positives* en faveur des *personnes handicapées* ; la seconde concerne l'attribution d'un *droit d'asile aux étrangers*. Le *handicap* signifie une incapacité physique, mentale, intellectuelle ou sensorielle, susceptible d'altérer la capacité d'un individu à participer à la société à égalité avec les autres individus non handicapés¹⁰³¹. Le *droit d'asile* porte quant à lui sur la permission

¹⁰³¹ Article 1^{er}, al. 2 de la Convention pour les droits des personnes handicapées : « Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ». Voir également la définition retenue par la Cour de Justice dans l'arrêt CJUE, 11 avril 2013, C-335/11, n° C-337/11, *HK Danmark* : « La Cour de justice juge dans cet arrêt que la notion de handicap « doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut un état pathologique causé par une maladie médicalement

donnée à un étranger, pour des raisons tendant à sa protection, d'entrer et de séjourner sur le territoire d'un autre Etat, donc sous l'égide d'un autre ordre juridique, de manière régulière¹⁰³².

644. Dans le cadre de l'étude qui suit, il s'agira de démontrer qu'aussi bien les personnes handicapées que les bénéficiaires du droit d'asile jouissent de droits sociaux dérivés sur le fondement des principes complémentaires. Il est question alors d'une *démarche inclusive* des personnes handicapées (1) et des bénéficiaires du droit d'asile (2).

§ 1 - La démarche inclusive des personnes handicapées

645. La démarche inclusive des personnes handicapées sera analysée selon une double perspective mettant l'accent sur sa *mise en œuvre* par le législateur, d'une part, et sur les *difficultés* qu'elle implique, d'autre part. Il conviendra d'identifier quelles sont les *distinctions positives* qui véhiculent l'inclusion des personnes handicapées, mais de nous interroger aussi dans quelle mesure elles donnent finalement lieu à de véritables *droits sociaux* en leur faveur. L'examen de la démarche inclusive en faveur des personnes handicapées révèle qu'il s'agit d'un processus s'accompagnant de nombreuses difficultés qui a été initié en France et en Grèce (A) mais qui n'est achevé qu'en France (B).

A - Une démarche initiée en France et en Grèce

646. La démonstration d'une démarche inclusive des personnes handicapées requiert de se focaliser sur la prestation qui tient le rôle du principal moteur d'inclusion des personnes handicapées, c'est-à-dire l'*emploi* (i). A cet égard, il s'agira d'examiner les diverses *distinctions positives* qui sont prévues en leur faveur en matière d'emploi (ii).

i - L'accès à l'emploi en tant que principal moteur d'inclusion des personnes handicapées

647. Le principe d'égalité habilite le législateur à éliminer toute distinction au détriment des personnes handicapées à travers des *actions positives* en leur faveur. Les mesures positives peuvent, en théorie, se rattacher à plusieurs droits sociaux dérivés, d'où une interrogation : quelle est la prestation qui favorise le plus leur inclusion ? En répondant à la question, on

constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, et que cette limitation est de longue durée ».

¹⁰³² Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU et alii, *Droits des libertés fondamentales*, op. cit., p. 96. Frank MODERNE, *Le droit constitutionnel d'asile dans les Etats de l'Union Européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p.13.

explique, en réalité, le choix d'emploi par le législateur comme la prestation spécialement visée par les distinctions positives en France et en Grèce.

648. Tout d'abord, certaines prestations doivent être exclues de l'analyse des distinctions positives vues comme moyens législatifs pour y inclure des personnes handicapées. La raison tient à ce qu'une démarche inclusive aux prestations en faveur des personnes handicapées ne peut que concerner les droits sociaux dérivés qui ne sont pas *déjà* accordés par le législateur français et grec à l'ensemble d'individus¹⁰³³. Pour les *droits sociaux généraux* déjà prévus pour tous les individus en fonction d'une seule qualité (*enseignement, santé, sécurité sociale*) en France et en Grèce, il n'y a pas lieu d'étudier les mesures positives du législateur pour y inclure de nouveaux bénéficiaires, mais seulement son obligation négative de ne pas faire de discriminations¹⁰³⁴. On s'intéresse, dès lors, en l'espèce seulement aux *droits sociaux limités* ; soit *l'aide sociale, l'emploi* et le *logement* qui se rattachent à des distinctions positives inclusives des personnes handicapées.

649. Il s'ensuit que la question précise qui se pose est la suivante : parmi les prestations limitées à certains bénéficiaires, lesquelles sont-elles liées à une démarche inclusive en faveur des personnes handicapées ? Pendant longtemps, la réponse cette interrogation n'était pas claire. La raison en était que la politique sociale relative aux personnes handicapées ne visait pas leur *insertion* mais plutôt leur *assistance sociale*¹⁰³⁵. Les deux Etats étudiés ont en effet opté dans le passé pour l'octroi d'allocations sociales non contributives en faveur des personnes handicapées¹⁰³⁶. Dans ce contexte, le *handicap* est envisagé comme une caractéristique donnant lieu simplement à une concrétisation du *droit à l'aide sociale*, sans qu'une *démarche inclusive* ne soit entreprise en même temps en faveur des personnes handicapées. Cependant, le seul fait pour les personnes handicapées d'être bénéficiaires des allocations ne contribue nullement à l'amélioration de leur droit à l'égalité. Il est, en revanche, possible de parler d'une *intégration*

¹⁰³³ Sur la distinction entre droits sociaux dérivés généraux et droits sociaux dérivés limités à certains bénéficiaires, voir *supra*, p. 99 et s.

¹⁰³⁴ Voir par exemple l'interdiction de discriminer les enfants handicapés en matière d'enseignement, *supra*, p. 214.

¹⁰³⁵ Sur la politique sociale en faveur du handicap appliquée en France, voir Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, L.G.D.J., 2015, p. 436-450. Sur la politique sociale hellénique en la matière, voir Dimitris LOGARAS, *Travail, emploi et handicap*, Tome 2, Association nationale des personnes handicapées, 2013, publié sur le site de l'association esaea.gr (en grec).

¹⁰³⁶ Loi d'orientation n° 75-534 du 30 juin 1975 (JORF du 1^{er} juillet 1975, p. 6596), en France. Voir en Grèce, la loi n° 1846/1951 (JO A/179/ 21-6-1951). Même si cette dernière loi concernait notamment ceux qui étaient déjà assurés, selon une conception large, elle s'appliquait également aux non assurés ou à ceux qui entraient dans le système d'assurance en ayant déjà un handicap. Voir sur cette particularité du droit hellénique, Andreas MATHAIYOU, *Interaction des règles de sécurité sociale et de l'aide sociale concernant le handicap, la vieillesse et les allocations familiales*, Ant. N. Sakkoulas, 1996 (en grec).

des personnes handicapées lorsqu'ils bénéficient de distinctions positives concernant leur *emploi* et non pas uniquement d'une *aide sociale*.

650. L'accès au *droit à l'emploi* permet aux personnes handicapées de couvrir elles-mêmes leurs dépenses, sans dépendre de l'aide de l'Etat. Il est, dès lors, le seul moyen de leur garantir une égalité vis-à-vis des autres individus non handicapés. De ce point de vue, la priorité pour le législateur ne devrait plus être de compenser par une aide pécuniaire la capacité « limitée » à travailler des personnes handicapées - hormis les cas où cela reste nécessaire - mais d'éliminer, à travers des distinctions positives, les obstacles qui empêchent les personnes handicapées à accéder à l'emploi. L'évolution ici décrite traduit en termes juridiques le passage sociologique d'un modèle « médical » à un modèle « social » du handicap¹⁰³⁷.

651. Aborder *l'aide sociale* comme l'axe principal des prestations données aux personnes handicapées est aujourd'hui une conception dépassée ; c'est pourtant celle qui résulte en France de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « La Nation récompense toute personne qui est dans l'incapacité de travailler »¹⁰³⁸. Il en va de même de la disposition introduite dans la Constitution hellénique lors de la révision de 2001¹⁰³⁹. Même si elle énonce le droit des personnes handicapées à profiter de mesures positives tendant à leur intégration, la disposition relève du droit à l'aide sociale, sans qu'aucune référence à l'égalité ne soit faite¹⁰⁴⁰. L'étude des *dispositions constitutionnelles* de la France et de la Grèce témoigne alors d'une certaine « confusion » entre *assistance* et *intégration*, compréhensible au regard du contexte historique de leur consécration. Il s'agit, toutefois, d'une simple nuance dans l'interprétation qui n'empêche nullement le législateur de concrétiser positivement l'égalité en faveur des personnes handicapées dans le domaine d'emploi¹⁰⁴¹.

652. Pour leur part, les conventions supranationales consacrent plus clairement la démarche inclusive en faveur des personnes handicapées sur le fondement du principe d'égalité en accentuant l'accès à l'emploi. Cela résulte notamment des énoncés contenus dans la Convention

¹⁰³⁷ Voir sur ce sujet Jean-Pierre MARISSAL, « Les conceptions du handicap : du modèle médical au modèle social et réciproquement... », *Revue d'éthique et de théologie morale*, vol. 256, HS, 2009, p. 19, disponible sur cairn.fr.

¹⁰³⁸ Préambule de la Constitution de 1946, al. 11 : « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

¹⁰³⁹ Article 21, par. 6 de la Constitution hellénique : « Les personnes handicapées ont le droit de bénéficier de mesures propres à assurer leur autonomie, leur intégration professionnelle et leur participation à la vie sociale, économique et sociale du pays ».

¹⁰⁴⁰ Andreas DIMOPOULOS, « Le choix impertinent des rédacteurs de la Constitution hellénique et l'article 21 par. 6 », *DTA*, n° 47, 2010, p. 713 (en grec).

¹⁰⁴¹ Voir *infra*, p. 267.

pour les droits des personnes handicapées¹⁰⁴², la Charte sociale européenne révisée qui porte sur l'intégration des personnes handicapées¹⁰⁴³, ainsi que dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE¹⁰⁴⁴. En ce qui concerne précisément le droit de l'Union européenne, la directive n° 2000/78 prévoit, en particulier, leur « insertion dans le monde du travail »¹⁰⁴⁵. Il s'ensuit que les lois nationales qui ont transposé la directive en France et en Grèce sont devenues, à partir du 2005, le fondement principal d'une *démarche inclusive* en faveur des personnes handicapées¹⁰⁴⁶. On parle désormais d'une « citoyenneté sociale des personnes handicapées » visant à garantir leur pleine égalité à travers l'accès à l'emploi.

ii - Les distinctions positives prévues en matière d'emploi

653. La reconnaissance d'un droit à l'emploi aux personnes handicapées est pour le législateur le moyen principal d'opérer une démarche inclusive en leur faveur. Celle-ci implique plusieurs *mesures positives* qui ne sont toutefois pas pensées exactement de la même manière dans les ordres juridiques nationaux et dans celui de l'Union européenne.

654. Dans le cadre national, les distinctions positives liées à l'emploi des personnes handicapées consistent notamment en l'établissement de *quotas d'embauche* en leur faveur. L'employeur peut être une personne publique ou une personne privée¹⁰⁴⁷ mais dans les deux cas il aura *l'obligation* de recruter un nombre déterminé de personnes handicapées, conformément à la loi.

¹⁰⁴² Article 1^{er} de la Convention pour les droits des personnes handicapées, al. 2 : « Reconnaissant que la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ». En France, elle a été ratifiée par la loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 (JORF n°0002 du 3 janvier 2010, p. 121) et en Grèce par la loi n° 4074/2012 (JO n° A/88/11-4-2012).

¹⁰⁴³ Article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE sur le « droit à l'intégration des personnes handicapées » : « L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté ».

¹⁰⁴⁴ Article 15, par. 3 de la Charte sociale européenne révisée sur le « droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté », al. 1 : « En vue de garantir aux personnes handicapées, quel que soit leur âge, la nature et l'origine de leur handicap, l'exercice effectif du droit à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté, les Parties s'engagent notamment : à prendre les mesures nécessaires pour fournir aux personnes handicapées une orientation, une éducation et une formation professionnelle dans le cadre du droit commun chaque fois que possible ou, si tel n'est pas le cas, par le biais d'institutions spécialisées publiques ou privées ».

¹⁰⁴⁵ Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303 du 02/12/2000, p. 0016). Voir précisément l'article 7, par. 2 qui prévoit « qu'en ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail ».

¹⁰⁴⁶ En France, il s'agit de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (JORF n°36 du 12 février 2005, p. 2353). En Grèce, c'est la loi n° 3304/2005 qui l'a transposée (JO A/16 du 27-1-2005).

¹⁰⁴⁷ Dans ce cas, il s'agit d'un *effet horizontal indirect* du droit supra-législatif à l'emploi, voir *supra*, p. 94.

655. Tant le législateur français¹⁰⁴⁸ que le législateur grec¹⁰⁴⁹ sont intervenus assez tôt en la matière, et même avant la transposition de la directive précitée n° 2000/78 qui retient l'accès à l'emploi en tant que moyen d'intégration des personnes handicapées. En France, saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la disposition qui oblige les employeurs d'une entreprise d'au moins vingt salariés à employer des personnes handicapées dans la proportion de 6 % de l'effectif total des salariés¹⁰⁵⁰. En Grèce aussi, les juridictions helléniques affirment pour les employeurs l'obligation de recrutement de personnes handicapées¹⁰⁵¹. Aucun doute ne subsiste donc quant au fait qu'une vraie *obligation d'emploi* des personnes handicapées pèse sur les employeurs en France et en Grèce en vertu de la loi¹⁰⁵².

656. Cependant, une *obligation* similaire ne résulte pas clairement des dispositions conventionnelles. Certes, d'une part, relevons qu'au niveau supranational un nouveau concept a émergé impliquant également des actions positives en faveur des personnes handicapées : l'« aménagement raisonnable ». Prévu initialement par des conventions internationales¹⁰⁵³, il a été plus tard concrétisé par la directive européenne n° 2000/78 comme une obligation spéciale pour l'employeur de s'adapter aux besoins des employés handicapés¹⁰⁵⁴. Mais, d'autre part,

¹⁰⁴⁸ Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés (JORF n° 36 du 12 juillet 1987, p. 7822). Cette loi institue le quota de six pour cent de travailleurs handicapés qui s'impose aux employeurs.

¹⁰⁴⁹ Loi n° 2643/98 (JO n° 220/A/28-9-1998). La loi prévoit le recrutement obligatoire de huit pour cent de personnes handicapées. L'obligation d'emploi des personnes handicapées est actuellement consacrée par l'article L. 5212, al. 3 du Code du travail.

¹⁰⁵⁰ Décision n° 2015-497 QPC du 20 novembre 2015, *Association Groupement d'employeurs AGRIPPLUS*.

¹⁰⁵¹ Le Conseil d'Etat hellénique, dans son arrêt n° 2097/1999, avait jugé que le remplacement d'un individu handicapé recruté par le biais de *quotas* ne peut avoir lieu sans contrôle préalable de l'employeur par un organe spécifique. Voir aussi l'arrêt de la Cour administrative d'appel d'Athènes, n° 2102/1986 qui avait validé le recrutement obligatoire de personnes aveugles dans l'entreprise publique de télécommunications grecque. Voir également la décision de la Cour administrative d'appel d'Athènes, n° 7650/1993 qui avait condamné un employeur pour avoir refusé d'employer une personne handicapée qui devait obligatoirement être recrutée selon la loi.

¹⁰⁵² Hervé RIHAL, « Le contentieux de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés : le respect de l'obligation des 6 % apprécié par les juridictions administratives et judiciaires », *RDSS*, n° 6, 2010, p. 1146. Voir aussi Nikolaos PATINIOTIS, *Le recrutement obligatoire des individus incombant dans des catégories spéciales dans le domaine public et privé*, Loi n° 2343/1998, Sakkoulas Athina-Thessaloniki, 2012 (en grec).

¹⁰⁵³ Article 2 de la Convention pour les droits des personnes handicapées : al. 5 : « On entend par "aménagement raisonnable" les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induisant des inconvénients, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales » ; fin de l'alinéa 4 : « La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable ». Voir également l'article 15, par. 2 de la Charte sociale révisée selon lequel les Parties s'engagent : « à favoriser leur accès à l'emploi par toute mesure susceptible d'encourager les employeurs à embaucher et à maintenir en activité des personnes handicapées dans le milieu ordinaire de travail et à adapter les conditions de travail aux besoins de ces personnes ou, en cas d'impossibilité en raison du handicap, par l'aménagement ou la création d'emplois protégés en fonction du degré d'incapacité. Ces mesures peuvent justifier, le cas échéant, le recours à des services spécialisés de placement et d'accompagnement ».

¹⁰⁵⁴ Article 5 de la directive n° 2000/78 : « Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée ».

même si *l'aménagement raisonnable* est énoncé en tant qu'*obligation* reposant sur l'employeur, celle-ci peut se heurter à l'absence d'*obligation directe d'emploi* des personnes handicapées au sein du droit conventionnel. Or, à défaut de la seconde, on ne peut pas parler de la première. Effectivement, si une *obligation d'adaptation* existe, le choix de recruter ou non une personne handicapée reste libre pour l'employeur ; l'obligation est ainsi particulièrement affaiblie.

657. Il serait nécessaire que les dispositions conventionnelles prévoient une obligation de *quotas d'emploi* pour parler de manière pertinente d'une *obligation d'aménagement raisonnable*. Se pose alors la question de savoir dans quelle mesure les normes conventionnelles garantissent *les distinctions positives de création* d'emploi avant de pouvoir traiter des *distinctions positives d'aménagement* d'emploi¹⁰⁵⁵. De notre point de vue, il n'est pas possible de considérer des actions positives obligatoires qui *facilitent* l'emploi pour les personnes handicapées si l'employeur peut en réalité refuser l'accès de personnes handicapées à l'emploi ou les licencier librement ; cela d'autant plus que la Cour de Justice concrétise les *distinctions positives* d'une manière très stricte en interdisant celles qui équivalent à la *création* d'un droit social à l'emploi en faveur d'une catégorie spécifique d'individus¹⁰⁵⁶.

658. Le droit de l'Union européenne énonce l'égalité des personnes handicapées, mais il le consacre avant tout dans le *sens négatif* de non-discrimination. En dépit de la jurisprudence européenne abondante en matière d'interdiction des discriminations à l'encontre des personnes handicapées¹⁰⁵⁷, l'affirmation d'une *obligation positive de l'employeur* vis-à-vis d'un employé handicapé n'est pas concrétisée. Ainsi, à l'occasion de son arrêt *H. K. contre Danemark* rendu en 2013¹⁰⁵⁸, sur renvoi préjudiciel d'une juridiction danoise, la Cour de Justice a dû trancher la question du *licenciement présumé discriminatoire* d'une personne handicapée. Pour se prononcer, il convenait préalablement de déterminer dans quelle mesure l'employeur était

lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées ». Ce concept a été intégré dans les ordres juridiques nationaux avec la transposition de la directive, précisément à travers l'article 11 de la loi française et l'article 10 de la loi hellénique. Lire notamment à propos de ce nouveau concept le rapport publié par le Défenseur des droits français intitulé « Emploi des personnes des personnes de handicap et aménagement raisonnable », décembre 2017 ; disponible sur le site defenseurdesdroits.fr.

¹⁰⁵⁵ Voir *supra*, p. 217.

¹⁰⁵⁶ Voir *supra*, p. 226.

¹⁰⁵⁷ Sur le principe de non-discrimination et la citoyenneté européenne, voir CJUE, 1^{er} octobre 2009, C-103/08, *Gottwald* à propos de dispositions limitant l'octroi d'une vignette routière annuelle gratuite aux personnes handicapées ayant leur domicile ou leur lieu de résidence habituel sur le territoire national. Sur le principe de non-discrimination en matière d'emploi, voir CJUE, 18 mars 2014, C-363/12, *Z* sur l'interdiction de toute discrimination fondée sur un handicap en faveur d'une mère étant dans l'incapacité de porter un enfant. CJUE, 17 juillet 2008, C-303/06, *Coleman* : le principe de non-discrimination en raison du handicap bénéficie non seulement à la personne handicapée, mais également à un parent d'enfant handicapé licencié en raison du surcroît de temps qu'il accorde à son enfant.

¹⁰⁵⁸ Voir *supra*, p. 206.

obligé de prendre des mesures d'aménagement raisonnable en faveur de la personne handicapée licenciée. La Cour de Justice a jugé que si des mesures d'aménagement raisonnable – en l'espèce une réduction du temps du travail – font peser une « charge disproportionnée » à l'égard de l'employeur qui n'est pas suffisamment compensée par la législation nationale, le licenciement de la personne handicapée n'est pas discriminatoire. L'arrêt cité a reçu de nombreux commentaires négatifs de la part de la doctrine¹⁰⁵⁹. La critique principale concernait la *large marge* laissée à l'employeur pour licencier des personnes handicapées.

659. Il s'ensuit qu'au regard de la directive n° 2000/78, on ne peut réellement parler d'une obligation d'aménagement raisonnable qui pèse sur l'employeur mais plutôt d'une « obligation relative » dont la censure dépend des conditions particulières de chaque litige¹⁰⁶⁰. Une adaptation en faveur des personnes handicapées doit avoir lieu mais à la condition de ne pas constituer une « charge disproportionnée pour l'employeur » appréciée *au cas par cas* par le juge. Considérant notre analyse précédente sur le contrôle restreint des droits sociaux fondamentaux au regard du droit de l'Union européenne¹⁰⁶¹, une telle *relativité* du droit à l'emploi des personnes handicapées ne peut nous surprendre. C'est suivant la même perspective qu'il convient d'envisager l'arrêt *Glatzel*¹⁰⁶² à l'occasion duquel la Cour de Justice a refusé *l'effet direct* de l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux qui consacre le droit à l'intégration des personnes handicapées.

660. Il s'avère qu'au regard du droit de l'Union européenne, le contrôle des Etats membres quant à l'intégration positive des personnes handicapées n'est pas pour le moment entièrement garanti. Il revient dès lors aux ordres juridiques français et hellénique de concrétiser *l'obligation d'emploi* des personnes handicapées d'une manière qui ne relativise pas leur droit à l'égalité et qui respecte la nécessité d'un aménagement raisonnable. Or, si *l'obligation d'emploi* des personnes handicapées est énoncée dans les ordres juridiques nationaux¹⁰⁶³, celle de *l'aménagement raisonnable* présente des difficultés, particulièrement en ce qui concerne *l'accessibilité* des lieux de travail pour les individus à mobilité réduite.

¹⁰⁵⁹ Hervé RIHAL, Jimmy CHARRUAU, « La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDSS*, n° 5, 2013, p. 843.

¹⁰⁶⁰ Sur *l'obligation relative supra*, p. 161.

¹⁰⁶¹ Voir *supra*, p. 158.

¹⁰⁶² CJUE, 22 mai 2014, C-356/12, *Glatzel*. S'agissant du principe d'intégration des personnes handicapées, consacré à l'article 26, celui-ci « n'implique pas, en revanche, que le législateur de l'Union soit tenu d'adopter telle ou telle mesure particulière ». En effet, afin que cet article produise pleinement ses effets, il doit être concrétisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national. En d'autres termes, « ledit article ne saurait, en lui-même, conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel ».

¹⁰⁶³ Voir *supra*, p. 267.

B - Une démarche achevée en France

661. La démarche inclusive des personnes handicapées est inachevée en Grèce à défaut d'affirmation d'un « droit à l'accessibilité » des personnes handicapées dans les lieux professionnels (i) tandis que l'ordre juridique français le prévoit (ii).

i - Les difficultés de l'affirmation d'un « droit à l'accessibilité » des personnes handicapées aux endroits professionnels, le cas grec

662. Comme nous avons pu le souligner ci-dessus, le droit de l'Union européenne ne consacre pas de véritable *obligation* pour les employeurs s'agissant du recrutement de personnes handicapées, mais une obligation relative d'*aménagement raisonnable*. La question au sein des ordres juridiques français et hellénique se pose en sens inverse. En France et en Grèce, l'obligation d'employer des personnes handicapées est énoncée, mais elle risque de ne pas être pleinement respectée si un *aménagement raisonnable* n'est pas parallèlement effectué. Il convient alors d'examiner dans quelle mesure l'omission des employeurs se manifeste par un manque de mesures d'aménagement raisonnable.

663. Le risque d'une telle *carence* apparaît notamment au regard de l'*accessibilité des lieux de travail*. La raison pour laquelle on s'intéresse particulièrement à ce sujet est qu'il s'agit de l'aspect le plus complexe des mesures positives que l'employeur est appelé à prendre au bénéfice de ses salariés handicapés. Même si l'employeur aménage le lieu de travail d'une manière qui permette l'accès des employés handicapés, ces derniers peuvent toujours rencontrer de nombreux obstacles, par exemple sur le trajet depuis leur domicile. Le sujet de l'accessibilité est très *large*, car ce n'est plus seulement le domaine de l'emploi qui est concerné mais aussi celui des transports publics ou même celui de la construction des bâtiments.

664. Il est ainsi crucial de préciser quelles sont les *mesures positives* dont l'omission entraîne la violation de l'obligation positive de recruter des personnes handicapées. Afin de déterminer le point où finit l'obligation positive de l'employeur à garantir l'accessibilité en France et en Grèce, il convient d'explorer parallèlement une nouvelle piste. L'étude du droit à l'accessibilité des *lieux de travail* exige également d'aborder la question de l'obligation générale de rendre accessibles les *lieux publics*. Celle-ci est reconnue dans certaines conventions supranationales¹⁰⁶⁴ mais elle n'est toujours pas concrétisée d'une manière qui permette sa pleine

¹⁰⁶⁴ Article 15, al. 3 de la Charte sociale européenne révisée : « à favoriser leur pleine intégration et participation à la vie sociale, notamment par des mesures, y compris des aides techniques, visant à surmonter des obstacles à la communication et à la mobilité et à leur permettre d'accéder aux transports, au logement, aux activités culturelles et aux loisirs ». Article 9, al. 1 de la Convention pour les droits des personnes handicapées : « Afin de permettre aux personnes handicapées de vivre de façon indépendante et de participer pleinement à tous les aspects de la vie,

affirmation.

665. En effet, l'affirmation d'un *droit général à l'accessibilité* est difficile au regard de la jurisprudence de la Cour européenne. A l'occasion de sa décision *Marzari*, elle a considéré une *obligation positive* des Etats de fournir un logement adapté aux personnes handicapées, sans toutefois admettre finalement la recevabilité de la requête¹⁰⁶⁵. Elle a par ailleurs rejeté un droit général d'accessibilité des lieux publics sur le fondement du droit à la vie privée¹⁰⁶⁶. Comme l'a Cour l'a précisé lors d'un arrêt d'irrecevabilité relative à ce sujet, les actions positives en faveur des personnes handicapées relèvent surtout d'une branche du droit interne dont la réglementation internationale se heurte à la *marge nationale*¹⁰⁶⁷. Dans ce contexte, l'affirmation d'un droit à l'accessibilité aux lieux du travail est également difficile. La jurisprudence de la Cour européenne a en effet jugé irrecevable une requête tendant à faire condamner la carence de l'un des Etats membres du Conseil de l'Europe en matière d'accessibilité des *lieux de travail*¹⁰⁶⁸.

666. En raison de la complexité qu'implique l'affirmation d'un *droit général à l'accessibilité* des personnes handicapées, celles-ci ne sont pas toujours justiciables devant les juges de légalité au sein des ordres juridiques nationaux. En particulier dans l'ordre juridique hellénique où le législateur énonce le droit des personnes handicapées à l'accessibilité de l'« environnement naturel et urbain »¹⁰⁶⁹ mais l'énonce, au-delà du domaine de la construction des bâtiments¹⁰⁷⁰, ne trouve pour le moment aucune application concrète en faveur des personnes handicapées. A

les États Parties prennent des mesures appropriées pour leur assurer, sur la base de l'égalité avec les autres, l'accès à l'environnement physique, aux transports, à l'information et à la communication, y compris aux systèmes et technologies de l'information et de la communication, et aux autres équipements et services ouverts ou fournis au public, tant dans les zones urbaines que rurales. Ces mesures, parmi lesquelles figurent l'identification et l'élimination des obstacles et barrières à l'accessibilité, s'appliquent, entre autres : Aux bâtiments, à la voirie, aux transports et autres équipements intérieurs ou extérieurs, y compris les écoles, les logements, les installations médicales et les lieux de travail ».

¹⁰⁶⁵ Par une série d'affaires irrecevables, la Cour européenne a laissé ouverte la perspective d'une condamnation future des Etats signataires sur le fondement du droit à la vie privée, sans pour autant affirmer explicitement pour le moment une obligation positive pour les Etats en matière de violation du droit à la vie privée. Voir Cour EDH, 13 janvier 2000, n° 36448/97, *Marzari contre Italie* et n° 35800/97, *Maggiolini contre Italie*.

¹⁰⁶⁶ Si par cette jurisprudence on constate que l'accessibilité aux établissements publics et au logement est un concept qui se concrétise de plus en plus, la Cour européenne a refusé d'étendre la notion de vie privée à des « relations interpersonnelles d'un contenu ample et indéterminé » lorsqu'il s'agit de l'accessibilité des lieux publics en général (à la plage en particulier). Voir l'arrêt Cour EDH, 24 février 1998, n° 21439/93, *Botta contre Italie*.

¹⁰⁶⁷ Cour EDH, 9 juillet 2015, n° 42219/07, *Gherghina contre Roumanie*.

¹⁰⁶⁸ Cour EDH, 14 septembre 2010, 32596/04, *Farcaş contre Roumanie*. Voir aussi Cour EDH, 14 mai 2002, n° 38621/97, *Zehlanova and Zehnal contre République Tchèque*.

¹⁰⁶⁹ C'est l'article de la loi n° 4488/2017 (JO A/137/13-09-2017) qui consacre dans son article 64 le droit d'accessibilité à l'environnement naturel et urbain.

¹⁰⁷⁰ Dans l'ordre juridique hellénique, la loi n° 3304/2005 a renforcé les dispositions déjà existantes de la loi n° 2831/2000 (JO A/140 du 13 juin 2000) sur l'obligation dans le domaine de la construction de faire des bâtiments accessibles aux personnes handicapées.

notre connaissance il n'a fait l'objet, jusqu'à aujourd'hui, d'aucun litige porté devant les tribunaux. De même, l'obligation qui repose sur l'employeur de rendre accessible les *lieux de travail* n'est pas pour le moment contrôlée par les juridictions helléniques¹⁰⁷¹. A défaut de saisine tendant à son contrôle, le droit d'accessibilité des employés handicapés est donc resté, jusqu'à présent, *injusticiable* en dépit de la prévision de la loi¹⁰⁷².

Ainsi, en Grèce le droit à l'accessibilité est un droit en pleine évolution¹⁰⁷³, mais inachevé dans la mesure où sa *justiciabilité* n'est pas garanti. Un constat différent est possible pour l'ordre juridique français.

ii - L'affirmation d'un droit à l'accessibilité aux endroits professionnels, le cas français

667. Le droit à l'accessibilité des lieux professionnels est pleinement garanti en France dans la mesure où, contrairement au reste des ordres juridiques examinés, son lien avec la *garantie de l'accessibilité des lieux publics en général* est manifeste ; cette dernière étant moins assimilable à un droit qu'à un objectif¹⁰⁷⁴.

668. En ce qui concerne l'accessibilité générale des *lieux publics*, la législation française énonce, en effet, l'accessibilité obligatoire aux personnes handicapées à tous les nouveaux logements, ainsi qu'aux transports publics¹⁰⁷⁵. Elle ne consacre toutefois pas cette obligation comme résultant d'un *droit général à l'accessibilité*. Pour sa part, le Conseil constitutionnel affirme que le « principe de l'accessibilité » des logements aux personnes handicapées relève des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946¹⁰⁷⁶. Des grandes avancées quant

¹⁰⁷¹ Une plainte (n° 1955/2006) a été toutefois posée devant le Défenseur des droits grec par une personne handicapée au sujet de la difficulté d'accéder à son lieu du travail. Le rapport est disponible sur le site du Défenseur des droits grecs (synigoros.gr).

¹⁰⁷² Voir *supra*, p. 90.

¹⁰⁷³ Paroula NASKOU-PERRAKI, « L'accessibilité : un nouveau droit dans le cadre international de protection des personnes handicapées », in *Mélanges en l'honneur de Panagiotis Kanellopoulos*, Sakkoulas, Athina-Thessaloniki, 2015, p. 543 (en grec).

¹⁰⁷⁴ Voir *supra*, p. 67 et s.

¹⁰⁷⁵ En France, voir l'article 41 de la loi de n° 2005-102 aux termes duquel : « Les dispositions architecturales, les aménagements et équipements intérieurs et extérieurs des locaux d'habitation, qu'ils soient la propriété de personnes privées ou publiques, des établissements recevant du public, des installations ouvertes au public et des lieux de travail doivent être tels que ces locaux et installations soient accessibles à tous, et notamment aux personnes handicapées, quel que soit le type de handicap, notamment physique, sensoriel, cognitif, mental ou psychique, dans les cas et selon les conditions déterminés aux articles ». Voir également l'article 45 de la loi selon lequel : « La chaîne du déplacement, qui comprend le cadre bâti, la voirie, les aménagements des espaces publics, les systèmes de transport et leur intermodalité, est organisée pour permettre son accessibilité dans sa totalité aux personnes handicapées ou à mobilité réduite ». Voir aussi la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté (JORF n°0024 du 28 janvier 2017).

¹⁰⁷⁶ Décision n° 2011-639 DC du 28 juillet 2011, *Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap*. En l'espèce, les articles L. 111-7 à L. 111-7-1 du Code de la construction et de l'habitation ont été déclaré contraires à la Constitution, car ils ne répondaient pas à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi dans la mesure

à la clarification de *l'obligation d'accessibilité* résultent également de la jurisprudence du Conseil d'Etat français qui a notamment énoncé le « principe d'accessibilité » en matière de construction du logement¹⁰⁷⁷ et condamné l'Administration française pour carence en matière d'accessibilité au transport¹⁰⁷⁸.

669. Il s'ensuit que la *garantie de l'accessibilité des lieux publics* est concrétisée dans l'ordre juridique français en tant qu'*objectif*, élément qui signifie qu'il revient à l'Administration de prendre les mesures positives nécessaires afin de rendre ces endroits accessibles. Il ne s'agit pas d'un *droit* de la personne handicapée dans la mesure où ce n'est pas une *permission déterminée* dont il est ici question, mais des *conditions nécessaires* afin que les permissions puissent être respectées. En effet, dès lors que l'Administration rend accessibles les lieux publics, les *droits spécifiques aux personnes handicapées* sont également respectés.

670. A cet égard, en France, l'affirmation d'un *droit à l'accessibilité* est certaine quant aux *lieux professionnels*. Le Conseil d'Etat français - même avant la transposition de la directive n° 2000/78 - s'est fondé sur les dispositions législatives encadrant le déroulement des concours de recrutement¹⁰⁷⁹ pour juger l'Administration responsable d'une *carence* en tant qu'employeur en matière d'handicap. Par son arrêt *Monnier* du 30 avril 2004¹⁰⁸⁰, la haute juridiction administrative a par ailleurs censuré le refus de l'Administration d'embaucher une candidate handicapée à un poste de professeur d'éducation sportive au motif de l'impossibilité de réaliser des aménagements susceptibles de lui permettre d'assurer de telles fonctions.

où le législateur n'a pas précisément défini les règles qui doivent être prises par le pouvoir réglementaire pour assurer l'accessibilité des bâtiments et parties de bâtiments nouveaux. Le « principe de l'accessibilité » relève des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

¹⁰⁷⁷ CE, 6 juillet 2016, n° 387876. Voir la jurisprudence du Conseil d'Etat français sur les exonérations fiscales pour les constructions de propriétés bâties qui ont eu comme objectif d'améliorer l'accessibilité des logements sociaux, notamment : CE 21 octobre 2015, n° 374751, *Sté Dauphinoise pour l'habitat* ; CE 16 mars 2016, n° 381918, *Sté habitation des Alpes Pluralis*).

¹⁰⁷⁸ CE, 22 juillet 2012, n° 343364. « Considérant, en second lieu, qu'en vertu de l'article 45 de la loi du 11 février 2005, les services de transport collectifs, à l'exception des réseaux souterrains de transports ferroviaires et de transports guidés, doivent être rendus accessibles dans leur totalité aux personnes handicapées et à mobilité réduite dans un délai de dix ans à compter du 12 février 2005, sauf en cas d'impossibilité technique avérée ; qu'une telle impossibilité doit être appréciée au cas par cas, pour chaque ouvrage ou équipement en fonction de ses caractéristiques propres, et ne saurait résulter que d'un obstacle de nature technique impossible à surmonter ou qui ne pourrait être surmonté qu'au prix d'aménagements spéciaux d'un coût manifestement hors de proportion avec le coût habituellement supporté pour rendre accessible le type d'ouvrage ou d'équipement considéré ».

¹⁰⁷⁹ Il s'agissait de l'ancien article du Code de la famille et de l'aide sociale (L. 243-3) abrogé par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 - art. 67 qui disposait qu'« aucun candidat handicapé ne peut être écarté, en raison de son handicap, d'un concours donnant accès à un emploi de l'État ou d'une des collectivités ou établissements mentionnés à l'article L. 323-2 du Code du travail, si ce handicap a été reconnu compatible avec cet emploi par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel ».

¹⁰⁸⁰ CE, 30 avril 2004, n° 254106, *Monnier*. En réalité, le Conseil d'Etat s'est toujours montré enclin à contrôler des dispositions particulières en faveur des personnes handicapées.

671. En outre, dans son arrêt *Bleitrach* de 2010¹⁰⁸¹, le Conseil d'Etat français a jugé l'État responsable d'un préjudice moral anormal et spécial subi par une avocate handicapée ayant des difficultés d'accès aux palais de justice du fait d'aménagements inappropriés. Selon l'arrêt, l'indemnisation de la requérante était justifiée par le retard dans la réalisation des travaux d'accessibilité des bâtiments de justice¹⁰⁸². La haute juridiction administrative a ainsi concrétisé la loi précitée de 2005 d'une manière qui s'applique même aux individus qui ne sont pas directement employés par l'Administration, en l'espèce des agents auxiliaires de justice.

672. Les deux arrêts précités du Conseil d'Etat français ont engagé la responsabilité - pour faute ou sans faute - de l'Administration française en tant qu'employeur en matière de distinctions positives. Ils ont ainsi contribué à l'affirmation du droit à l'accessibilité des lieux professionnels, mais aussi à la clarification de l'objectif général d'*accessibilité* des personnes handicapées.

Conclusion du § 1 :

673. Les législateurs français et grec ont recours à des *distinctions positives* comme moyen d'octroyer des droits sociaux dérivés aux personnes handicapées. Ce sont précisément les *mesures positives* prises dans le domaine de l'*emploi* qui constituent une démarche inclusive au profit des personnes handicapées. Son initialisation marque le passage d'une politique d'assistance sociale à une véritable politique d'intégration dans le domaine du handicap. L'*obligation positive* pour les employeurs de recruter des personnes handicapées n'est pas affirmée au regard du droit secondaire de l'Union européenne, mais au regard de la législation nationale.

674. L'inclusion reste toutefois inachevée en Grèce, au regard du *droit à l'accessibilité* des personnes handicapées aux endroits professionnels qui pose le plus de questions. Le cas grec nous apprend qu'un tel droit est difficilement affirmé à défaut de délimitation de son sens par rapport à l'objectif d'accessibilité des lieux publics en général. La jurisprudence du Conseil d'Etat français prouve, au contraire, qu'en ce qui concerne les lieux de travail, le droit à

¹⁰⁸¹ CE, 22 octobre 2010, n° 301572, *M^{me} Bleitrach*. En l'espèce, le juge considère que la directive européenne du 27 novembre 2000 a pour effet « d'imposer à l'État, qui n'est pas l'employeur des avocats, des obligations à l'égard de ces derniers lorsque ceux-ci, qui ont la qualité d'auxiliaires et apportent un concours régulier et indispensable au service public de la justice, exercent une part importante de leur activité professionnelle dans des bâtiments affectés à ce service public ».

¹⁰⁸² Hervé RIHAL, « Responsabilité sans faute de l'Etat du fait des difficultés d'accès des lieux de travail d'un auxiliaire de justice handicapé », *RDSS*, n° 1, 2011, p. 151. Damien BOTTEGHI, Alexandre LALLET, « L'aménagement des lieux publics pour l'accès des personnes handicapées : l'Etat face à sa responsabilité », *AJDA*, n° 39, 2010, p. 2207

l'accessibilité des personnes handicapées est justiciable et que la mise en évidence de l'*objectif d'accessibilité* est possible.

§ 2 - La démarche inclusive des bénéficiaires du droit d'asile

675. Il n'est pas possible d'examiner la démarche inclusive en faveur des bénéficiaires du *droit d'asile* effectuée par le législateur sur les principes complémentaires sans en premier lieu clarifier quelles sont les catégories d'étrangers concernés. Ainsi, après avoir précisé quels sont les bénéficiaires du droit d'asile (A), l'étude portera sur l'octroi de droits sociaux en leur faveur (B).

A - L'identification des bénéficiaires du droit d'asile

676. L'identification des bénéficiaires du droit d'asile change en fonction de la définition précise du *droit* en question et, précisément, du fait d'être une définition stricte (i) ou une définition large (ii).

i - Les bénéficiaires du droit d'asile entendu au sens strict

677. La Convention de Genève du 28 février 1951 consacre le statut de « réfugié » auquel a droit l'individu « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques » qui se trouve hors de l'Etat dont il a nationalité et où il a sa résidence et auquel il ne peut réclamer une protection¹⁰⁸³. Le traité en question oblige les Etats à ne pas refouler les réfugiés et à leur octroyer une immunité pénale¹⁰⁸⁴. Il en résulte que les étrangers qui acquièrent ce statut deviennent bénéficiaires du droit de séjour régulier et, partant, du droit d'asile. Il s'agit ici d'une définition *stricte* du droit d'asile dans la mesure où des *critères spécifiques* sont exigés pour son octroi, qui doivent être vérifiés à travers une procédure spéciale¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸³ La Convention de Genève pour les droits des réfugiés a été signée le 28 juillet 1951 est entrée en vigueur le 22 avril 1954. Elle a été actualisée par le protocole de New York en 1967. Elle a été ratifiée par la France avec la loi n° 54-290 du 17 mars 1954 (JORF n°0064 du 18 mars 1954, p. 2571) et par la Grèce avec le décret législatif n° 3989/1959 (JO A/201/26-9-1959). Son article 1^{er} assure l'octroi du statut de réfugié à toute personne « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner ».

¹⁰⁸⁴ Article 33, al. 1 : « 1. Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

¹⁰⁸⁵ L'OFPRO en France est un établissement public administratif qui a été créé par la loi du 25 juillet 1952 (JORF du 27 juillet 1952, p. 7642). En charge de l'application de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, puis de la Convention de New York de 1954, il statue en toute indépendance sur les demandes

678. La Convention de Genève n'est pas la seule à consacrer des dispositions supranationales relatives au *droit d'asile*. Après le Traité d'Amsterdam¹⁰⁸⁶, le droit de l'Union européenne a établi ses propres règles en la matière en élaborant une politique européenne commune du droit d'asile¹⁰⁸⁷. Les directives de l'Union européenne ajoutent aux *réfugiés* une nouvelle catégorie d'étrangers qui obtiennent *l'asile*, qualifiés de « bénéficiaires d'une protection subsidiaire »¹⁰⁸⁸. Ce statut répond également à des critères spécifiques, comme le fait pour l'étranger d'échapper à la peine de mort ou à des tortures. Il s'agit dès lors, à nouveau, d'une *définition stricte* du droit d'asile. Pour se référer par un seul terme aux deux catégories de bénéficiaires du droit d'asile au sens strict, on évoque désormais les « bénéficiaires de la protection internationale ».

679. Le statut de *réfugié* ne dispose pas seulement de *fondements conventionnels*, il a également des *bases constitutionnelles*. En ce qui concerne l'ordre juridique français, il s'agit de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 à propos des « combattants de la liberté », même s'il n'était pas consacré comme tel initialement¹⁰⁸⁹. Les dispositions du Préambule se sont vu attribuer une valeur constitutionnelle par le Conseil Constitutionnel en 1971 et la valeur constitutionnelle de l'alinéa 4 a en particulier été affirmée à l'occasion de sa décision *Maitrise de l'immigration* de 1993¹⁰⁹⁰. Parallèlement, la révision constitutionnelle de 1993 a introduit

d'asile et d'apatridie qui lui sont soumises. Un service analogue a été créé en Grèce par la loi n° 3907/2011 (JO A/7/26-01-2011).

¹⁰⁸⁶ Le traité d'Amsterdam a accordé à l'Union européenne (article 63) une compétence d'harmonisation du droit d'asile des Etats membres. Aujourd'hui, le droit d'asile est consacré par l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

¹⁰⁸⁷ Directive n° 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié (JO L. 326 du 13/12/2005, p. 13). Cette directive a été transposée en France par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration (JORF n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047) et en Grèce avec le décret présidentiel n° 113/2013 (JO A/146/14-06-2013).

¹⁰⁸⁸ Directive n° 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 (JOCE L 337 du 20/12/2011) concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection. Directive n° 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, (JO L. 180/60 du 29/6/2013). En France, les directives ont été transposées par la loi la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 (JORF n° 0174 du 30 juillet 2015, p. 12977) et en Grèce par la loi n° 4251/2014 (JO A/80/1-4-2014). En France, une nouvelle loi sur le sujet est en cours de discussion parlementaire et sera votée prochainement ; en Grèce, la législation la plus récente est la loi n° 4375/2016 (JO A/51/3-4-2016).

¹⁰⁸⁹ Comme pour les autres alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, telle n'était pas l'intention de ses rédacteurs, ni de ceux de la Constitution de 1958, au moment de leur rédaction. Le fait que le juge constitutionnel a, en l'espèce, annulé une disposition législative au regard de l'alinéa 4 du Préambule peut être qualifié de « révolutionnaire », de la même manière que la décision *Liberté d'association*. Voir *supra*, p. 81.

¹⁰⁹⁰ Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 : « 4. Considérant en outre que les étrangers peuvent se prévaloir d'un droit qui est propre à certains d'entre eux, reconnu par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 auquel le peuple français a proclamé solennellement son attachement, selon lequel tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ».

dans la Constitution de 1958 un nouvel article 53, al. 1¹⁰⁹¹. Désormais, on parle dans l'ordre juridique français d'un *droit constitutionnel d'asile*. Dans l'ordre juridique hellénique, l'article 5, par. 2 de la Constitution de 1975 interdit de même aux organes de l'Etat d'expulser les étrangers « en raison de leur action en faveur de la liberté »¹⁰⁹².

Même si l'identification de la catégorie de bénéficiaires du droit d'asile au regard de la définition précitée est *a priori* pertinente, certains doutes surgissent néanmoins quant à son sens strict.

ii - Les bénéficiaires du droit d'asile entendu au sens large

680. La définition *stricte* du droit d'asile ne suffit pas, à elle seule, à couvrir tous les aspects liés à la liberté d'entrer et de séjourner régulièrement dans un Etat. Le problème principal de la *définition stricte* du droit d'asile repose sur le fait qu'il est pratiquement impossible de savoir *par avance* dans quelle mesure un étranger remplit les critères exigés pour l'octroi de l'asile avant qu'il n'entre sur le territoire de l'Etat où il souhaite se réfugier. Le *droit d'asile* concerne donc également des étrangers qui sont entrés dans l'Etat d'accueil *sans* avoir préalablement acquis officiellement le droit d'y séjourner. Ces derniers auront droit à entrer et à séjourner régulièrement jusqu'à ce que leur statut soit vérifié.

681. En effet, il s'avère que sont *bénéficiaires* du droit d'asile non seulement ceux qui ont *acquis* l'asile, mais aussi ceux qui le *demandent*. Aux côtés des *bénéficiaires de la protection internationale*, a pris progressivement place une nouvelle catégorie de bénéficiaires connus sous le nom de « demandeurs d'asile ». En France et en Grèce, les *demandeurs d'asile* bénéficient d'un droit au séjour régulier au regard de la législation nationale transposant les

¹⁰⁹¹ Article 53-1 de la Constitution de 1958 : « La République peut conclure avec les Etats européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ».

¹⁰⁹² Article 5, par. 2, al. 2 de la Constitution hellénique : « L'extradition d'un étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté est interdite ».

directives européennes¹⁰⁹³. En contentieux administratif, le juge reconnaît le *droit de demander l'asile* à l'égard de tout étranger qui entre sur le territoire français¹⁰⁹⁴ ou grec¹⁰⁹⁵.

682. A cet égard, l'Administration française mais aussi hellénique est obligée d'examiner toutes les demandes d'asile et non pas uniquement celles qui répondent aux *critères spécifiques* exigés pour le statut de bénéficiaire d'une protection internationale. Il s'agit ici d'une définition *large* du droit d'asile, puisque tout étranger a droit de faire une demande d'asile et de bénéficier de la *protection provisoire* que celle-ci lui garantit. Son attribution temporaire est une étape nécessaire avant l'attribution éventuelle d'un droit *permanent* au séjour régulier. De ce point de vue, le statut de demandeurs d'asile peut être vu comme le prolongement de celui de bénéficiaires d'une protection internationale.

683. Le *lien* entre les deux catégories de bénéficiaires du droit d'asile n'est cependant pas toujours admis par les doctrine française et hellénique¹⁰⁹⁶ qui défendent parfois leur *dissociation*. Il s'agit d'une interprétation doctrinale qui se fonde sur le constat que la Convention de Genève consacre le statut de *réfugié* sans directement consacrer le droit d'asile. Elle laisse ainsi entendre que le droit d'asile est seulement le droit de ne pas être expulsé et non celui de demander l'asile.

684. Or, la demande d'asile est le préalable nécessaire de la garantie de non-refoulement. A peine de priver cette garantie de tout *effet utile*, il est nécessaire d'accorder à qui sollicite le

¹⁰⁹³ Les mêmes lois (*supra*, p. 276, p. 278) qui transposent les directives relatives à des normes minimales d'octroi et de retrait du statut de réfugié reconnaissent un troisième statut, celui de demandeur d'asile. En réalité, cette législation reconnaît également un quatrième statut, celui d'« apatride », dont on ne traitera pas ici. La raison en est que ce statut présente la particularité de désigner en même temps des étrangers qui ont acquis un droit au séjour provisoire et ceux qui demandent l'asile. Régulé par la Convention de New York du 28 septembre 1954, le statut en question diffère des deux autres formes de protection (statut de réfugié ou protection subsidiaire) et concerne uniquement les personnes qui ne possèdent pas de nationalité. Il ne prend pas en compte les risques de persécutions et peut être demandé parallèlement à l'asile.

¹⁰⁹⁴ Depuis la décision du Conseil Constitutionnel *Maîtrise de l'immigration*, le Conseil d'Etat français se rapporte au « droit constitutionnel d'asile qui a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié et de demeurer en France le temps nécessaire à l'examen de la demande ». Voir, CE, ord. 2 mai 2001, n° 232997, *Mme Aubin*. C'est par CE, Ord., 12 janvier 2001, n° 229039, *Mme H* qu'il avait reconnu pour la première fois le droit d'asile en tant que liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. En réalité, même avant la décision *Maîtrise de l'immigration* du Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat français avait reconnu au requérant le droit de demander le droit d'asile. Voir : CE, 13 décembre 1991, n° 120560, *Dakoury* ; CE, 13 décembre 1991, n° 119996, *Nkodia* sur le fondement des dispositions de la Convention de Genève.

¹⁰⁹⁵ Voir l'arrêt CdE, n° 3046/2017.

¹⁰⁹⁶ Louis FAVOREU et *alii*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 501. Dans les commentaires sous la décision *Maîtrise de l'immigration* du Conseil constitutionnel, les auteurs reprochent au juge constitutionnel d'avoir assimilé le statut conventionnel de réfugié et le statut constitutionnel du demandeur d'asile et critiquent l'unification des procédures. Voir également dans le cas hellénique, Dimitrios TSATSOS, *Droit constitutionnel tome III, Droits fondamentaux*, éd. Ant. N. Sakkoulas, 1987, p. 168 pour qui le choix des constituants quant à la rédaction de l'article 5, par. 2, al. 2 confond l'interdiction d'extradition avec le droit d'asile.

statut de *réfugié* un droit au séjour provisoire¹⁰⁹⁷. S'il convient donc de signaler une *différence* entre les deux catégories de bénéficiaires, celle-ci tient à la *durée* du droit au séjour qui leur est accordé. Les premiers acquièrent en France et en Grèce un droit au séjour *définitif* (réfugiés) ou *semi-définitif* (bénéficiaires de la protection subsidiaire)¹⁰⁹⁸ ; les seconds jouissent d'un droit à un séjour *provisoire* sur le territoire jusqu'à l'examen de leur demande¹⁰⁹⁹. C'est dans cette perspective que leur accès aux droits sociaux sera analysé.

B - Les droits sociaux des bénéficiaires du droit d'asile

685. En examinant les droits sociaux de chaque catégorie de bénéficiaires du droit d'asile, il est possible de constater une différence dans leur attribution (i), qui s'explique par la différence de fondements employés pour l'inclusion de chacune de deux catégories (ii).

i - La différence dans l'attribution des droits sociaux entre bénéficiaires du droit d'asile

686. L'analyse qui suit se focalisera sur les différences dans l'octroi de prestations entre les deux catégories de bénéficiaires du droit d'asile en France et en Grèce. Les disparités ne concernent pas, bien évidemment, les *droits sociaux généraux* qui sont communs aux *bénéficiaires de la protection internationale* et aux *demandeurs d'asile*. Le concept de *droits sociaux généraux* signifie justement que tous les destinataires des normes produites au sein d'un ordre juridique *x* en deviennent bénéficiaires¹¹⁰⁰. Ainsi, la France et la Grèce octroient le *droit à l'enseignement* aux deux catégories d'étrangers qui bénéficient du droit d'asile¹¹⁰¹. Ils leurs

¹⁰⁹⁷ Denis ALLAND, Catherine TEITGEN-COLLY, *Traité du droit d'asile*, PUF, 2004, p. 18. Frank MODERNE, *Le droit constitutionnel d'asile dans les Etats de l'Union Européenne*, *op.cit.*, p. 13. Concernant la Grèce, voir Christos BAXEVANIS, Paroula NASKOU-PERRAKI, Giannis PAPAGEORGIOU, *Réfugiés et demandeurs d'asile*, Sakkoulas Athina-Thessaliniki, 2017 (en grec).

¹⁰⁹⁸ En France, en application de l'article L. 314-11 8° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), la carte de résident d'une validité de 10 ans est délivrée de plein droit à l'étranger qui a été reconnu comme *réfugié*. Les *bénéficiaires de la protection subsidiaire* acquièrent une carte de séjour d'une durée de validité d'un an renouvelable portant la mention « vie privée et familiale ». En Grèce, en application des décrets présidentiels n° 141/2013, la durée du permis du séjour est de trois ans pour les deux catégories de bénéficiaires d'une protection internationale, mais elle est renouvelable.

¹⁰⁹⁹ Les demandeurs d'asile ont un droit au séjour *temporaire* qui est **consacré** en France par l'arrêté du 9 octobre 2015 pris en application de l'article L. 741-1 du CESEDA et en Grèce par la décision ministérielle n° 8097/2016. Ces textes règlent le renouvellement du droit de séjour pour les mois suivants son expiration en fonction de l'état de l'examen de la demande d'asile.

¹¹⁰⁰ Voir *supra*, p. 99 et s.

¹¹⁰¹ En France, l'article L. 131-1 du Code de l'éducation énonce que : « L'instruction est obligatoire pour les enfants des deux sexes, *français et étrangers*, entre 6 ans et 16 ans ». En Grèce, le droit à l'enseignement des enfants étrangers avait été reconnu par la loi n° 3386/2005, dont l'article 72 était intitulé « Accès des mineurs ressortissants des pays tiers à l'enseignement ». C'est aujourd'hui l'article 21 de la loi n° 4251/2014 qui le consacre.

garantissent également le *droit à la santé* concernant la prise en charge des soins urgents, ainsi que le *droit à la sécurité sociale* qui implique la couverture des soins de santé en général¹¹⁰².

687. La différence entre les *bénéficiaires de la protection internationale* et les *demandeurs d'asile* devient claire s'agissant des *droits sociaux limités à certains bénéficiaires* ; soit les droits à l'emploi, au logement et à l'aide sociale. Conformément au droit dérivé de l'UE¹¹⁰³, les *bénéficiaires de la protection internationale* ont les *mêmes* droits que les nationaux en matière d'emploi et de logement¹¹⁰⁴, ainsi que relativement aux prestations d'aide sociale¹¹⁰⁵. L'octroi de droits sociaux à égalité avec les nationaux résulte du fait qu'ils disposent d'un droit au séjour définitif ou semi-définitif, ce qui implique la nécessité de leur intégration. Cela change dans le cas des *demandeurs d'asile* qui disposent d'un droit *provisoire* au séjour. En vertu de la directive « Accueil » n° 2013/33¹¹⁰⁶, les Etats membres sont obligés de leur garantir certains droits sociaux qui leur assurent un « minimum » de conditions matérielles d'*accueil*. Il n'en résulte pourtant pas que les demandeurs d'asile auront les mêmes droits que les nationaux, constat qui se confirme au regard de la législation nationale.

688. Dans les deux Etats étudiés, seuls les *réfugiés* peuvent justifier d'un *séjour permanent* qui ouvre le droit au bénéfice de l'intégralité des prestations fournies aux nationaux tandis que les *demandeurs d'asile* jouissent de prestations minimales et spécifiques. En France, qui a transposé la directive en 2015¹¹⁰⁷, le législateur prévoit des restrictions au *droit à l'emploi* des

¹¹⁰² En France, les *bénéficiaires de la protection internationale* et les *demandeurs d'asile* ont accès à la *couverture maladie universelle de base* (CMU) selon l'article R. 380-1 du Code de la sécurité sociale. En Grèce, la loi n° 4368/2016 établit l'accès aux soins gratuits pour toute personne privée du droit à la sécurité sociale, y compris les *réfugiés* et les *demandeurs d'asile*.

¹¹⁰³ Ainsi, la directive n° 2011/95 du 13 décembre 2011 comprend plusieurs articles intéressants : article 26 sur l'accès à l'emploi, article 27 sur l'accès à l'éducation, article 29 sur l'accès à la protection sociale, article 30 sur l'accès aux soins de santé, article 32 sur l'accès au logement.

¹¹⁰⁴ Dans l'ordre juridique français, d'après l'article L. 751-1 CESEDA, l'étranger qui a obtenu le statut de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire « bénéficie d'un accompagnement personnalisé pour l'accès à l'emploi et au logement ». Par ailleurs, la loi n° 4387/2016 en Grèce permet aux réfugiés de travailler. La loi hellénique n'est pas explicite en matière de droit des réfugiés au logement qui relève de la responsabilité des municipalités.

¹¹⁰⁵ La majorité des prestations d'aide sociale désignent comme bénéficiaires les réfugiés, voir par exemple l'article L. 262-4, al. 2 du Code de l'action sociale et de la famille qui énonce le droit au RSA à leur bénéfice. Voir également en Grèce les conditions de détermination des bénéficiaires des aides aux familles nombreuses selon l'article 3 de la décision ministérielle commune GPD22/11/2705/58/2018 (JO B/57/18/1/2018).

¹¹⁰⁶ Directive n° 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (JO L 180 du 29/6/2013 p. 96 abrogeant la directive européenne n° 2003/9 du 27 janvier 2003 (JO L 31 du 6/2/2003, p. 18). Sur les droits sociaux auxquels ils ont droit, voir précisément ces articles : article 14, « Scolarisation et éducation des mineurs » ; article 15 « Emploi » ; article 17 « Règles générales relatives aux conditions matérielles d'accueil et aux soins de santé » ; article 18 « Modalités des conditions matérielles d'accueil ». D'après ladite directive, « les conditions d'accueil comprenant le logement, la nourriture et l'habillement, fournis en nature ou sous forme d'allocation financière ou de bons, ou en combinant ces trois formules, ainsi qu'une allocation journalière ».

¹¹⁰⁷ La transposition de cette directive en France a été réalisée par le décret n° 2015-1166 du 21 septembre 2015 pris en application de la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015. Désormais, l'article L. 744-1 CESEDA dispose que : « Les conditions matérielles d'accueil du demandeur d'asile, au sens de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la

demandeurs d'asile¹¹⁰⁸. Contrairement aux bénéficiaires de la protection internationale, ils sont exclus des *prestations sociales non contributives* tel que le RSA¹¹⁰⁹, ainsi que de la permission d'accéder au *droit au logement opposable*¹¹¹⁰. Les demandeurs d'asile ont seulement droit à un *minimum* d'accueil qui consiste en une *allocation pécuniaire spéciale* qui leur permet de couvrir leurs dépenses quotidiennes¹¹¹¹, ainsi qu'un *droit à l'hébergement*¹¹¹².

689. En raison des *droits sociaux limités à certains bénéficiaires* créés par le législateur en Grèce, plus restreints en comparaison de la France¹¹¹³, la différence d'accès aux prestations entre les deux bénéficiaires du droit d'asile est ici moins claire. Dans l'ordre juridique hellénique, il n'existe pas, par exemple, un *droit au logement opposable* dont on peut exclure les demandeurs d'asile, ni d'*allocations d'aide sociale*. La différence est toutefois toujours constatable puisque les *droits sociaux limités* qui existent ne sont pas donnés en principe aux demandeurs d'asile¹¹¹⁴. Afin de répondre à l'obligation d'*accueil minimum*¹¹¹⁵, le législateur

protection internationale, sont proposées à chaque demandeur d'asile par l'Office français de l'immigration et de l'intégration après l'enregistrement de la demande d'asile par l'autorité administrative compétente, en application du présent chapitre. Les conditions matérielles d'accueil comprennent les prestations et l'allocation prévues au présent chapitre ».

¹¹⁰⁸ Pendant longtemps, l'accès à l'emploi était interdit en France aux demandeurs d'asile (voir sur ce sujet la question écrite n° 36161 de M. Christian Franqueville devant l'Assemblée nationale). Cependant, depuis la nouvelle loi de 2015, son article L. 744-11 dispose désormais que : « L'accès au marché du travail peut être autorisé au demandeur d'asile lorsque l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, pour des raisons qui ne sont pas imputables au demandeur, n'a pas statué sur la demande d'asile dans un délai de neuf mois à compter de l'introduction de la demande. Dans ce cas, le demandeur d'asile est soumis aux règles de droit commun applicables aux travailleurs étrangers pour la délivrance d'une autorisation de travail ».

¹¹⁰⁹ Voir l'article L. 262-4, al. 2 du Code de l'action sociale et de la famille.

¹¹¹⁰ En France, la loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable énonce : « Le droit à un logement décent et indépendant, mentionné à l'article 1er de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, est garanti par l'Etat à toute personne qui, résidant sur le territoire français de façon régulière et dans des conditions de *permanence* définies par décret en Conseil d'Etat, n'est pas en mesure d'y accéder par ses propres moyens ou de s'y maintenir ».

¹¹¹¹ L'allocation pour demandeur d'asile (ADA) a été créée par la loi du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile. Elle a remplacé, à compter du 1^{er} novembre 2015, l'allocation temporaire d'attente (ATA) et l'allocation mensuelle de subsistance (AMS). Voir précisément le décret n° 2015-1329 du 21 octobre 2015 relatif à l'allocation pour demandeur d'asile (JORF n°0246 du 23 octobre 2015, p. 19717).

¹¹¹² L'article L. 7444- 3 CESEDA dispose que : « Les décisions d'admission dans un lieu d'*hébergement* pour demandeurs d'asile, de sortie de ce lieu et de changement de lieu sont prises par l'Office français de l'immigration et de l'intégration, après consultation du directeur du lieu d'hébergement, sur la base du schéma national d'accueil des demandeurs d'asile et, le cas échéant, du schéma régional prévus à l'article L. 744-2 et en tenant compte de la situation du demandeur ».

¹¹¹³ Voir *supra*, p. 107, p. 108.

¹¹¹⁴ Voir leur absence parmi les bénéficiaires des aides aux familles nombreuses selon l'article 3 de la décision ministérielle commune GPD22/11/2705/58/2018 (JO B/57/18 janvier 2018). D'autre part, la loi récente concernant l'octroi d'une allocation de loyer (décision ministérielle commune Δ13/οικ.33474/1934, JO B/2282/15 juin 2018) exige la condition d'un *séjour régulier et stable depuis cinq ans* ; une condition que clairement seuls les *réfugiés* pourraient remplir.

¹¹¹⁵ Transposition de la directive « Accueil » de 2003 par le décret présidentiel n° 220/2007 (JO A-251-13.11.2007). La Grèce n'a pas pour le moment transposé la directive de 2013.

leur octroie le droit à l'hébergement¹¹¹⁶ ainsi qu'une allocation pécuniaire, mais en faveur seulement des demandeurs d'asile handicapés¹¹¹⁷. Devant la difficulté de couvrir leurs dépenses quotidiennes à défaut d'allocation spéciale comme en France, le législateur permet aux demandeurs d'asile l'accès au *droit à l'emploi*¹¹¹⁸.

Les disparités dans l'attribution de *droits sociaux limités* entre les deux catégories de bénéficiaires du droit d'asile s'expliquent par la *différence de fondement* utilisé par le législateur selon le cas.

ii - La différence de fondement de la démarche inclusive

690. Les bénéficiaires de la protection internationale séjournent *définitivement* dans l'Etat d'accueil, par opposition aux demandeurs d'asile qui y séjournent *provisoirement*. Par le biais de la législation précitée¹¹¹⁹, dans le premier cas, les législateurs français et grec engagent une démarche inclusive qui tend à leur *intégration*, alors que dans le second cas, ils garantissent simplement leur *accueil*. La nuance des obligations posées à l'Administration témoigne d'une différence dans la norme supra-législative qui fonde l'attribution de droits sociaux aux bénéficiaires du droit d'asile selon les cas. Il est en effet question ici de constater que la démarche inclusive se fonde sur le *principe d'égalité* pour les *bénéficiaires de la protection internationale* et sur le *principe de dignité de la personne humaine* pour les *demandeurs d'asile*.

691. La différence dans les fondements de chaque démarche inclusive résulte directement des dispositions supranationales qui règlent les deux statuts. Dans le cas des *bénéficiaires de protection internationale*, tant la Convention de Genève à propos des *réfugiés*¹¹²⁰, que la directive n° 2011/95 à propos des *bénéficiaires de la protection subsidiaire* leur octroient des droits sociaux d'une *manière non discriminatoire* vis-à-vis des nationaux¹¹²¹. Au contraire, la directive « Accueil » ne garantit pas aux *demandeurs d'asile* l'égalité dans l'accès aux

¹¹¹⁶ D'après ce décret, le service d'accueil transmet la demande d'hébergement du demandeur d'asile au Centre de solidarité sociale, département du Ministère du Travail. L'attribution d'un hébergement se fait en fonction des places disponibles.

¹¹¹⁷ C'est le décret présidentiel n° 220/2007 (JO A/251/13-11-2007) transposant la directive « Accueil » de 2003 qui attribue aux demandeurs d'asile handicapés une aide pécuniaire.

¹¹¹⁸ C'était le décret présidentiel n° 189/1998 (JO A/140/25-6-1998) qui a initialement autorisé à travailler, d'une part, les bénéficiaires de la protection internationale et, d'autre part, les demandeurs d'asile. Cette autorisation a été maintenue par la loi n° 4375/2016, (JO A/51/3-4-2016).

¹¹¹⁹ Voir *supra*, p. 276, p. 277.

¹¹²⁰ Article 3 de la Convention pour les droits des personnes handicapées : « Les Etats contractants appliqueront les dispositions de cette Convention aux réfugiés *sans discrimination* quant à la race, la religion ou le pays d'origine. Articles 17- 24, Consécration en leur faveur des droits sociaux ».

¹¹²¹ La directive n° 2011/95 du 13 décembre 2011 énonce dans son considérant n° 17 que : « Concernant le traitement des personnes relevant du champ d'application de la présente directive, les États membres sont liés par les obligations qui découlent des instruments de droit international auxquels ils sont parties, notamment ceux qui interdisent la discrimination ».

prestations, mais impose l'octroi d'un *minimum* de conditions matérielles garantissant ainsi le respect de la *dignité de la personne humaine*¹¹²².

692. Il s'ensuit que le principe de dignité de la personne humaine désigne comme bénéficiaires des droits sociaux les étrangers qui sont exclus du droit à l'égalité ; élément qui nous permet de constater son *rôle subsidiaire* quant au dernier concernant les *droits sociaux des étrangers*. Le principe de dignité de la personne humaine, en raison de son caractère absolu¹¹²³, est toujours une *limite ultime* dans la détermination des bénéficiaires de prestations par le législateur dont personne ne peut être exclu¹¹²⁴. Le *rôle subsidiaire* mentionné devient plus clair à l'égard de cas particuliers d'*étrangers au statut indéterminé*, lorsqu'aucune disposition supranationale ne trouve *a priori* application. Tel est, par exemple, le cas des camps de migrants qui regroupent des étrangers qui ne demandent pas le droit d'asile afin de ne pas être obligés de rester dans l'Etat d'accueil, comme l'impose le règlement de Dublin II¹¹²⁵. Dans ce cas de figure, le principe de dignité de la personne humaine oblige l'Administration à agir, à la condition bien évidemment qu'il existe déjà un dispositif législatif prenant en compte la précarité extrême¹¹²⁶. Tel a été l'apport originaire d'une ordonnance du Conseil d'Etat français¹¹²⁷ qui a engagé la responsabilité de l'Etat pour carence qui a provoqué un *traitement inhumain et dégradant* d'étrangers regroupés dans des bidonvilles.

693. La *différence de fondement* de chaque démarche inclusive constatée ci-dessus s'affirme notamment lors du *contrôle* des juridictions sur l'attribution des droits sociaux aux bénéficiaires

¹¹²² La directive n° 2013/33 du 26 juin 2013 énonce dans son considérant n° 35 : « La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus, notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, la présente directive vise à garantir le plein respect de la dignité humaine et à favoriser l'application des articles 1^{er}, 4, 6, 7, 18, 21, 24 et 47 de la charte et doit être mise en œuvre en conséquence »

¹¹²³ Voir *supra*, p. 237.

¹¹²⁴ Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, « Constitution et droits sociaux - Grèce », *op.cit.*

¹¹²⁵ Voir en ce sens Diane ROMAIN, Serge SALMA, « 'La loi de la jungle' : protection de la dignité et obligation des pouvoirs publics dans le camp de Calais », *RDSS*, n° 1, 2016, p. 90. Panos LAZARATOS, « La responsabilité juridique de la Grèce pour Idomeni », publié sur le site kathimerini.gr le 30 mars 2016 (en grec). Lire également sur ce sujet « Exilés et droits fondamentaux : la situation sur le territoire de Calais », rapport publié en octobre 2015 ; disponible sur le site : defenseurdesdroits.fr

¹¹²⁶ En combinaison avec l'article L .345 -2 du Code de l'action sociale et des familles instaurant dans chaque département « un dispositif de veille sociale chargé d'accueillir les personnes sans abri ou en détresse ».

¹¹²⁷ CE, ord., 23 novembre 2015, n° 394540, n° 394568, *Ministre de l'intérieur commune de Calais*. Considérant n° 9 : « Considérant, en troisième lieu, qu'en l'absence de texte particulier, il appartient en tout état de cause aux autorités titulaires du pouvoir de police générale, garantes du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la *dignité humaine*, de veiller, notamment, à ce que le droit de toute personne à ne pas être soumise à des traitements inhumains ou dégradants soit garanti ; que, lorsque la carence des autorités publiques expose des personnes à être soumises, de manière caractérisée, à un traitement inhumain ou dégradant, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2 précité, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser la situation résultant de cette carence ».

du droit d'asile. Pour les *bénéficiaires d'une protection internationale*, l'attribution de prestations est contrôlée sur le *fondement d'égalité*. En ce qui concerne précisément les *réfugiés*, le Conseil d'Etat français¹¹²⁸ admet *l'effet direct* de l'article 24 de la Convention de Genève aux termes duquel les Etats signataires leur accordent le même traitement qu'aux nationaux en matière de sécurité sociale. Il en va de même, d'une manière générale, pour les juridictions administratives helléniques¹¹²⁹. Cependant, dans le passé, les juges du Conseil d'Etat hellénique avaient admis l'exclusion des réfugiés des aides aux familles nombreuses raisonnant autour de l'objectif nataliste poursuivi par le législateur¹¹³⁰. Après deux condamnations de la Grèce par la Cour européenne en la matière¹¹³¹, le législateur s'est finalement aligné sur les exigences issues du principe d'égalité¹¹³². Il s'ensuit que les législateurs français et grec ne peuvent refuser aux *bénéficiaires de la protection internationale* l'accès aux droits sociaux dérivés, sauf à violer le principe de non-discrimination¹¹³³.

694. En ce qui concerne les *demandeurs d'asile*, leur attribution de *droits sociaux dérivés* est contrôlée sur le fondement du *principe de dignité de la personne humaine*, élément qui résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice et de la Cour européenne. A l'occasion de son arrêt *Saciri*, la Cour de Justice s'est fondée sur le *principe de dignité de la personne humaine* pour énoncer que tous les demandeurs d'asile – y compris ceux qui relèvent de l'application du Règlement de Dublin¹¹³⁴ – sont des *bénéficiaires de droits sociaux* attribués par la directive « Accueil »¹¹³⁵. Sur son fondement, il contrôle particulièrement dans quelle mesure le montant alloué aux demandeurs d'asile est suffisant pour répondre à leurs *besoins matériels de première nécessité*.

¹¹²⁸ CE, 6 novembre 2000, n° 204784. Selon cet arrêt, les stipulations de l'article 24 de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés aux termes desquelles les Etats contractants accorderont aux réfugiés résidant régulièrement sur leur territoire le même traitement qu'aux nationaux sont *directement applicables* en droit interne.

¹¹²⁹ Le Conseil d'Etat hellénique admet également l'effet direct de la Convention de Genève, voir par exemple CdE, 5 février 2008, n° 441/2008. Voir également l'arrêt du Tribunal administratif de première instance, n° 12231/2003 sur l'exonération des réfugiés de taxe de la résidence principale en vertu de la Convention de Genève.

¹¹³⁰ CdE, n° 771/2007. Le refus de la part des organes étatiques grecs d'octroyer cette aide sociale également aux familles de réfugiés résultait en l'espèce d'un objectif prévu par le législateur. Celui-ci tendait à faire face au problème démographique du pays et non à améliorer le niveau matériel de vie des familles nombreuses. Voir *supra*, p. 220.

¹¹³¹ Cour EDH, 28 janvier 2011, n° 40080/07, *Fawsie contre Grèce*. Violation dans le chef de la requérante des droits garantis par les articles 8 et 14 de la Convention. Voir également Cour EDH, 28 octobre 2010, n° 40083/07, *Saidoun contre Grèce*.

¹¹³² Loi n° 4141/2013 (JO 81/A/5-4-2013).

¹¹³³ Sur une exception particulière admise sur ce sujet par la Cour de Justice, voir *infra*, p. 293.

¹¹³⁴ Règlement n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil (JO L n° 180/31, 29/6/2013, p. 96) établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride.

¹¹³⁵ CJUE, 27 septembre 2012, C-179/11, *Cimade et GISTI*. CJCE, 27 février 2014, n° C-79/13, *Saciri*.

695. L'arrêt en question doit être lu dans la continuité de l'affaire *Budina*¹¹³⁶ à l'occasion duquel la Cour européenne a concrétisé le droit à un niveau de vie suffisant sur le fondement du principe de dignité de la personne humaine. Dans la même optique, il convient par ailleurs de citer les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme *M.S.S. contre Grèce et Belgique* du 21 janvier 2011¹¹³⁷ et *Rahimi contre Grèce*¹¹³⁸. Par ces deux arrêts, la Cour énonce que le non-octroi de conditions matérielles d'accueil pour les mineurs *demandeurs d'asile* constitue un *traitement inhumain ou dégradant* au regard de l'article 3 de la Convention de la part de l'Etat d'accueil, soit la Grèce¹¹³⁹. En outre, la Cour européenne condamne aussi l'Etat qui renvoie les demandeurs d'asile à l'Etat d'accueil en les exposant ainsi à un risque de conditions dégradantes¹¹⁴⁰.

696. Une fois qu'on a pu constater le *différent fondement* de la démarche inclusive de chaque catégorie de bénéficiaires, reste la question de savoir comment l'Administration répond à ses obligations imposées par le législateur national, précisément vis-à-vis des *demandeurs d'asile*. Ceux-ci, n'étant pas des bénéficiaires du droit à l'égalité avec les nationaux, il s'ensuit qu'il y aura une plus grande complexité quant à l'alignement des organes administratifs sur leur obligation d'accueil décent. Sur ce sujet, la situation diffère significativement entre les deux ordres juridiques nationaux.

697. En France, le Conseil d'Etat a largement contribué au respect par les organes administratifs de l'exécution de leurs *obligations d'accueil* vis-à-vis des demandeurs d'asile. Même avant son

¹¹³⁶ Cour EDH, 18 juin 2009, n°45603/05, *Budina contre Russie*. Voir *supra*, p. 249.

¹¹³⁷ Cour EDH, 21 janvier 2011, n° 30696/09, *M.S.S. contre Belgique et Grèce*. En l'espèce, un demandeur d'asile afghan mineur avait introduit une demande d'asile en Belgique, mais en application du règlement Dublin II européenne, il a été renvoyé de la Belgique vers la Grèce – par où il était entré sur le territoire de l'Union européenne - pour que sa demande y soit examinée. Après une détention de quelques jours, M.S.S. est remis en liberté et laissé tout seul à Athènes sans aucune aide matérielle de la part de l'Administration.

¹¹³⁸ Cour EDH, 7 avril 2011, n° 8687/08, *Rahimi contre Grèce*. La Grèce a été condamnée tant au sujet de la rétention de l'étranger qu'au regard de sa carence dans la fourniture de conditions matérielles d'accueil. Violation des articles 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants), 13 (droit à un recours effectif) et 5 §§ 1 et 4 (droit à la liberté et à la sûreté) de la Convention européenne des droits de l'Homme.

¹¹³⁹ Les *conditions d'accueil insuffisantes* faisaient partie des nombreux problèmes du système d'accueil des demandeurs d'asile en Grèce, tels que les difficultés à accéder à la procédure d'asile, le risque de détention arbitraire, le manque d'identification et de soutien pour les personnes ayant des besoins spécifiques. Ainsi, la Grèce a été plusieurs fois condamnées par la Cour européenne, précisément en ce qui concerne l'enfermement des demandeurs d'asile et les conditions de leur détention. Le nombre d'affaires qui se sont conclues par une condamnation de la Grèce par la Cour européenne est au total de cinquante-trois. A titre indicatif : Cour EDH, 26 novembre 2009, n° 8256/07, *Tabesh contre Grèce* ; Cour EDH, 11 juin 2009, n° 53541/07, *S.D. contre Grèce*.

¹¹⁴⁰ Tel est le cas des Etats qui, au regard du règlement Dublin II, les repoussent vers les pays de premier accueil, comme ce fût le cas dans l'affaire *MSS contre Grèce*, en ce qui concerne le Belgique. Tel a été plus récemment le cas de la Suisse repoussant des demandeurs d'asile en Italie : Cour EDH, 4 novembre 2014, n° 29217/12, *Tarachel contre Suisse*. Dans la même perspective, violerait aussi l'article 3 un Etat qui renverrait une famille vers un pays, en l'occurrence l'Italie, « en l'absence d'informations détaillées et fiables quant à la structure précise de destination, aux conditions matérielles d'hébergement et à la préservation de l'unité familiale » notamment en présence d'enfants.

énoncé direct au niveau supranational et l'adoption consécutive de la loi de 2015, la haute juridiction administrative s'est fondée sur le Code de l'action sociale et des familles transposant la première directive « Accueil » de 2003 pour contrôler le respect du *droit à l'hébergement d'urgence*¹¹⁴¹. Le Conseil d'Etat français a d'ailleurs qualifié de « liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative le droit des demandeurs d'asile à des *conditions matérielles de vie décentes*¹¹⁴². A travers une jurisprudence constante¹¹⁴³, le Conseil d'Etat sanctionne la *carence* de l'Administration française dans l'octroi de conditions d'accueil dignes aux demandeurs d'asile. Les arrêts mentionnés ci-dessus ont renforcé le droit des demandeurs d'asile à *un niveau de vie matériel minimum* dans l'ordre juridique français en affirmant sa justiciabilité.

698. En revanche, tel n'est pas le cas dans l'ordre juridique hellénique où le droit à des conditions matérielles d'accueil n'est pas pour le moment *justiciable* devant les juridictions administratives. Certes, le Conseil d'Etat hellénique intervient pour protéger certains droits des demandeurs d'asile, comme, par exemple, leur liberté de circulation¹¹⁴⁴. Il n'est toutefois jusqu'à présent pas intervenu en matière de *carence de l'Administration* au regard de ses obligations positives en matière sociale. A l'instar de l'injusticiabilité constatée antérieurement en matière d'*enseignement* et d'*emploi* des personnes handicapées en Grèce, le manquement ici décrit est dû à un défaut de saisine des tribunaux administratifs et aux nombreux malentendus autour de l'exigibilité des droits sociaux¹¹⁴⁵.

699. Au-delà de ce dernier facteur, il est certain qu'on ne peut vraiment comparer les deux Etats en matière d'accueil des demandeurs d'asile. La France est historiquement un Etat d'accueil des étrangers qui dispose depuis longtemps d'une politique d'immigration, ce qui n'est pas évident en Grèce qui est devenu un Etat d'accueil plus récemment. À la suite de plusieurs condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'Homme à son encontre, la Grèce s'est finalement dotée d'un système d'asile plus achevé dont l'étude détaillée dépasserait,

¹¹⁴¹ CE, 16 juin 2008, n° 300636. « Il résulte clairement de ces dispositions [directive n° 2003/9/CE du 27 janvier 2003] que les demandeurs d'asile ont droit, dès le dépôt de leur demande et aussi longtemps qu'ils sont admis à se maintenir sur le territoire d'un État membre, à bénéficier de conditions matérielles d'accueil comprenant le logement, la nourriture et l'habillement ainsi qu'une allocation journalière, quelle que soit la procédure d'examen de leur demande ».

¹¹⁴² CE, 23 mars 2009, n° 325884, *époux G*. « La privation des conditions matérielles d'accueil décentes peut constituer une atteinte manifestement illégale au droit d'asile, qui constitue, dans le cadre de la procédure de référé-liberté ».

¹¹⁴³ CE, ord., 23 mars 2009, n° 325884, *Gaghiev*. CE, ord., 6 août 2009, n° 330536, *M et Mme Qerimi*. CE, réf., 19 novembre 2010, n° 344286, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/P*.

¹¹⁴⁴ CdE, n° 805/ 2018 sur la liberté de circulation des demandeurs d'asile.

¹¹⁴⁵ Voir *supra*, p. 66 et s.

toutefois, notre sujet¹¹⁴⁶. Sa transposition de la directive « Accueil » de 2013 renforcera certainement la démarche inclusive en faveur des demandeurs d'asile.

Conclusion du § 2 :

700. L'attribution du *droit d'asile* peut être envisagée comme une *démarche inclusive* à destination des étrangers impliquant l'octroi de droits sociaux dérivés. Il s'agit, cependant, d'une démarche inclusive dont le fondement exact diffère selon la catégorie exacte de bénéficiaires du droit d'asile concernée. Les *bénéficiaires de la protection internationale* acquièrent des droits sociaux dérivés sur le fondement *du principe d'égalité*, alors que les *demandeurs d'asile* y accèdent sur le fondement du *principe de dignité de la personne humaine*. Le constat révèle un nouvel aspect du principe de dignité de la personne humaine en tant que fondement complémentaire des droits sociaux législatifs : son *rôle subsidiaire* par rapport au principe d'égalité dans le contrôle de l'attribution de prestations aux étrangers.

Conclusion de la 1^{re} section :

701. L'étude qui précède avait pour objet d'examiner l'attribution de *droits sociaux dérivés* sur le fondement de *principes complémentaires*. Par le biais de *distinctions positives* au bénéfice des personnes handicapées, ainsi que par *l'attribution du droit d'asile*, le législateur cible des catégories d'individus au bénéfice desquels il crée de nouvelles prestations. Les bénéficiaires des distinctions positives et du droit d'asile sont désormais *inclus parmi les bénéficiaires* de droits sociaux déjà existants en France et en Grèce.

702. Il s'agit d'une concrétisation des *principes complémentaires* conforme à l'*universalité* des droits sociaux fondamentaux qui désignent comme possibles bénéficiaires tous les destinataires de l'ordre juridique. Cependant, tel n'est pas forcément le cas lorsque le législateur procède à une *démarche exclusive* de droits sociaux dérivés au détriment de certains individus.

¹¹⁴⁶ Décret présidentiel n° 102/2012 mettant en œuvre le service du premier accueil (JO A 169, 3-9-2012). Loi n° 3907/2011 précitée créant le service d'asile, voir *supra* note de bas de page n° 1085.

Section 2 - La potentielle divergence entre les deux fondements dans le cas d'une démarche exclusive de bénéficiaires

703. Le législateur s'appuie sur les principes complémentaires non seulement pour *inclure* mais aussi pour *exclure* les étrangers de l'octroi de droits sociaux dérivés. L'exclusion a lieu sur le fondement du *principe d'égalité*, mais d'une certaine manière elle concerne également le *principe de dignité de la personne humaine*. La raison tient à ce que l'exclusion des étrangers s'accompagne souvent d'un accès à des prestations minimales en vertu du principe de dignité de la personne humaine. L'exclusion du bénéfice de prestations porte sur les *étrangers en situation irrégulière*, puisque ce sont les seuls à être dépourvus du droit à l'égalité de traitement.

704. Une double question se pose quant à l'exclusion des *étrangers en situation irrégulière* de prestations. Premièrement, quels sont ces droits sociaux dont sont exclus les étrangers ? Deuxièmement, dans quelle mesure les *droits sociaux fondamentaux* autorisent l'exclusion ? Du point de vue de notre étude, il s'agira d'une *exclusion problématique* seulement en l'absence de coïncidence entre le principe d'égalité et les droits sociaux fondamentaux. Autrement dit, tous les droits sociaux concrétisés d'une *manière excluant* les étrangers ne sont pas nécessairement des droits sociaux attribués de façon *problématique*. Tel est seulement le cas des *droits sociaux généralisés*, c'est-à-dire des droits sociaux qui ne permettent *aucune distinction* parmi les individus¹¹⁴⁷.

705. Il convient alors d'examiner en général l'attribution de prestations par exclusion des étrangers du principe d'égalité (1), puis de traiter en particulier l'exclusion problématique des étrangers au regard des droits sociaux fondamentaux (2).

§ 1 - L'attribution de prestations par exclusion des étrangers du principe d'égalité en général

706. Le droit de l'Union européenne, à travers la consécration de la *citoyenneté européenne*, a imposé dans le passé l'abandon du critère de *nationalité* comme motif de distinction des étrangers et son remplacement par la *régularité du séjour*¹¹⁴⁸. Il s'agit de démontrer ici que le

¹¹⁴⁷ Voir *supra*, p. 262.

¹¹⁴⁸ Voir *supra*, p. 206.

même ordre juridique, qui a ainsi élargit le cercle des bénéficiaires du principe d'égalité, a déterminé également ses « frontières extérieures » vis-à-vis des *ressortissants des pays tiers*¹¹⁴⁹.

707. Cela ne signifie pas, cependant, que les Etats membres excluent nécessairement les étrangers des pays tiers de prestations sur les critères issus du droit de l'Union européenne. Même si une telle exclusion est conforme à ce dernier, la France et la Grèce les excluent seulement d'une partie des prestations. Il convient donc, d'une part, d'identifier les *ressortissants des pays tiers* en situation irrégulière au regard du droit de l'Union européenne (A), puis, d'autre part, de constater leur exclusion partielle de certaines prestations en France et en Grèce (B).

A - L'identification des étrangers en situation irrégulière au regard du droit de l'Union européenne

708. Tous les *ressortissants des pays tiers* ne sont pas considérés comme des étrangers en situation irrégulière sur le fondement du droit de l'Union européenne. Une démarche inclusive à leur égard est engagée d'une manière exceptionnelle (i) ; elle est toutefois conçue dans un sens très restreint (ii).

i - La démarche inclusive exceptionnelle à l'égard des ressortissants des pays tiers

709. Par opposition aux citoyens de l'Union européenne qui jouissent du *droit à l'égalité* sans autre condition, les *ressortissants des pays tiers* bénéficient d'un traitement équitable seulement lorsqu'ils *résident régulièrement* sur le territoire des Etats membres¹¹⁵⁰. Le séjour régulier n'est pas dans leur cas présumé, mais doit être prouvé sur la base des critères spéciaux établis par le droit de l'Union européenne. Il convient donc ici d'identifier les ressortissants qui deviennent exceptionnellement bénéficiaires du droit à l'égalité, s'ils remplissent les conditions particulières.

710. Initialement, l'Union européenne a favorisé une catégorie précise d'étrangers : les *travailleurs ressortissants de pays tiers*¹¹⁵¹. La catégorie privilégiée comprenait précisément les

¹¹⁴⁹ Voir sur cette approche du sujet, Sandrine MAILLOT, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

¹¹⁵⁰ Selon l'article 79, par. 1 TFUE, l'Union européenne « développe une politique commune de l'immigration » qui assure « un traitement équitable des ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans les États membres, ainsi qu'une prévention de l'immigration illégale et de la traite des êtres humains et une lutte (...) contre celles-ci. »

¹¹⁵¹ Article 217, TFUE : « L'Union peut conclure avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales des accords créant une association caractérisée par des droits et obligations réciproques, des actions en commun et des procédures particulières ». Ainsi de l'article 39 de l'Accord Algérie/UE de 1976, de l'article 68 de celui de 2001, de l'article 41 de l'Accord Maroc/UE de 1976, de l'article 65 de celui de 1996, de l'article 40 de l'Accord

travailleurs ressortissants des Etats ayant signé un *accord* de coopération ou d'association avec l'Union européenne. Il s'agissait notamment de conventions bilatérales qui comportaient des *clauses de non-discrimination* quant aux droits des citoyens de l'Union européenne, notamment concernant le droit à la protection sociale. Dans son arrêt *Kziber* de 1991¹¹⁵², la Cour de Justice a, par exemple, reconnu *l'effet direct* des dispositions issues d'un accord conclu entre l'Union européenne et le Maroc à la condition qu'il s'agisse d'une disposition « claire, précise et inconditionnelle ». Par ailleurs, à l'occasion de son arrêt *Krid contre CNAVTS*¹¹⁵³, elle a admis le bénéfice de prestations sociales non contributives en faveur de la même catégorie de travailleurs¹¹⁵⁴.

711. Pendant longtemps, les travailleurs privilégiés mentionnés ci-dessus semblaient être l'exception principale de l'exclusion générale des ressortissants de pays tiers par des prestations. Elle était seulement enrichie par une autre exception concernant les membres de famille des citoyens européens. Même dans le cas où ils ne disposaient pas eux-mêmes de la nationalité d'un Etat membre, il leur était permis d'entrer régulièrement sur le territoire de l'Union européenne¹¹⁵⁵. Plus tard, les deux exceptions ont été élargies par de *nouvelles directives* réglant de façon détaillée les possibilités d'entrée et de séjour sur le territoire des Etats membres¹¹⁵⁶. En vertu de celles-ci, des *étudiants* ou des ressortissants étrangers disposant d'un *permis du travail* acquièrent un droit au séjour *provisoire*. Pendant une courte période de

Tunisie/UE de 1976 ou encore de l'article 65 de celui de 1995 consacrent *l'égalité de traitement* en faveur des ressortissants de ces pays.

¹¹⁵² CJCE, 31 janvier 1991, C-18/90, *Kziber* concernant un accord de coopération entre la CEE et le Maroc.

¹¹⁵³ CJCE, 5 avril 1995, C 103/94, concernant un accord de coopération CEE-Algérie.

¹¹⁵⁴ Prodromos MAVRIDIS, « Regards. Union européenne : un prix Nobel de protection sociale des ressortissants des pays tiers ? », *Rev. trav.*, n° 12, 2012, p. 719 et la suite dans *Rev. trav.*, n° 1, 2013, p. 57.

¹¹⁵⁵ Directive n° 2004/38 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (JO L° 158/77 du 30/4/2004, p. 46). Considérant n° 8 : « Afin de faciliter leur libre circulation, les *membres de la famille* qui n'ont pas la nationalité d'un État membre et qui ont déjà obtenu une carte de séjour devraient être exemptés de l'obligation d'obtenir un visa d'entrée ».

¹¹⁵⁶ Directive n° 2005/71 du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique (JO 289/15 du 3/11/2005, p. 15). Directive n° 2009/50/CE du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié (JOUE L 155 du 18.06.2009, p. 17). Directive n° 2014/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi en tant que travailleur saisonnier (JO L 94 du 28/03/2014, p. 375). Directive n° 2014/66/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers dans le cadre d'un transfert temporaire intragroupe (JOUE 157 du 27/05/2014, p.1). Directive n° 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre (JO L° 343 du 23.12.2011, p.1). Directive n° 2016/801 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'études, de formation, de volontariat et de programmes d'échange d'élèves ou de projets éducatifs et de travail au pair (JOUE L °132 du 21/05/2016, p. 21).

temps, les ressortissants tiers mentionnés disposent d'un *droit à l'égalité* de traitement par rapport aux nationaux et aux citoyens de l'Union européenne et accèdent aux mêmes prestations.

712. La question qui se pose ensuite est dans quelle mesure les étrangers en question acquièrent le droit de séjourner d'une *manière définitive* dans les Etats membres. Deux évolutions notables sur l'exclusion des *ressortissants des pays tiers* ont pu être observées au sein du droit de l'Union européenne en 2003. Premièrement, la directive n° 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 a donné à tout étranger résidant d'une manière *régulière et interrompue depuis cinq ans* le statut de « résident long »¹¹⁵⁷. En vertu de la directive, le *résident long* bénéficie désormais du *droit à l'égalité* de traitement dans les mêmes conditions que les nationaux et les citoyens européens. Deuxièmement, la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 a accordé à tout ressortissant d'un pays tiers le droit d'entrer et de séjourner d'une manière définitive dans les Etats membres *via* la procédure du « regroupement familial »¹¹⁵⁸. Il s'agit d'une directive qui concernait notamment les *membres de familles de bénéficiaires de la protection internationale* qui, à l'instar des derniers¹¹⁵⁹, sont désormais également bénéficiaires du droit à l'égalité.

ii - La démarche inclusive restreinte des ressortissants des pays tiers

713. Même si les deux directives précitées de 2003 marquent un processus d'*égalisation* entre les *ressortissants de pays tiers* et les citoyens européens, une condition particulière le limite. Selon les règlements relatifs à la matière¹¹⁶⁰, tout ressortissant provenant de pays tiers a le droit

¹¹⁵⁷ Il s'agit de la directive n° 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (JOUE L 016 du 23/01/2004, p.44). Considérant n° 12 : « Afin de constituer un véritable instrument d'intégration dans la société dans laquelle le résident de longue durée s'est établi, le résident de longue durée devrait jouir de *l'égalité de traitement* avec les citoyens de l'État membre dans un large éventail de domaines économiques et sociaux, selon les conditions pertinentes définies par la présente directive ». Article 4, par. 1. « Les États membres accordent le statut de résident de longue durée aux ressortissants de pays tiers qui ont résidé de manière légale et ininterrompue sur leur territoire pendant les cinq années qui ont immédiatement précédé l'introduction de la demande en cause ».

¹¹⁵⁸ Directive n° 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (JO L 251 du 03/10/2003, p. 0012).

¹¹⁵⁹ Voir *supra*, p. 280 et s.

¹¹⁶⁰ Règlement n° 859/2003 du Conseil du 14 mai 2003 visant à étendre les dispositions du règlement n° 1408/71 et du règlement n° 574/72 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité. Article 1^{er}: « Sous réserve des dispositions de l'annexe du présent règlement, les dispositions du règlement n° 1408/71 et du règlement n° 574/72 s'appliquent aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants, dès lors qu'ils se trouvent en situation de résidence légale dans un État membre et dans des situations dont tous les éléments ne se cantonnent pas à l'intérieur d'un seul État membre ». Règlement n° 1231/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 visant à étendre le règlement n°883/2004 et le règlement n° 987/2009 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces règlements uniquement en raison de leur nationalité.

d'exiger l'égalité de traitement avec les nationaux en matière de protection sociale, à la condition que « tous les éléments ne se cantonnent pas à l'intérieur d'un seul Etat membre ».

714. Ce n'est pas la première fois qu'on constate la présence d'une telle *condition restrictive* au sein du droit de l'Union, puisqu'elle a été déjà employée par la Cour de Justice lors du contrôle du droit à la protection sociale des *réfugiés*. A l'occasion de l'arrêt *Khalil*¹¹⁶¹, les juges de l'Union européenne ont décidé que les *réfugiés* peuvent subir une restriction du droit à l'égalité en matière de protection sociale en s'appuyant sur le même critère¹¹⁶². Il en résulte qu'un étranger, avant de demander l'accès au système de protection sociale d'un Etat membre, doit avoir été arrivé d'un autre Etat membre et *avoir circulé* ainsi à l'intérieur de l'Union européenne. Dès lors, un étranger *directement installé* dans un Etat membre risque d'être exclu d'une position de pleine égalité avec les nationaux en matière de protection sociale.

715. Il s'agit d'une condition qui repose sur le lien normatif entre la *liberté de circulation des travailleurs* et le *principe de non-discrimination*. Pour les *citoyens européens*, la liberté de circulation implique le déplacement de leur Etat membre vers un autre Etat membre, alors que pour les *ressortissants de pays tiers* elle implique leur déplacement entre différents Etats membres. Conçu dans ce contexte, le *statut des résidents longs* reste « inachevé » au regard du droit de l'Union européenne¹¹⁶³. La raison en est que la majorité des *ressortissants de pays tiers* ne seront en position de prouver de lien de rattachement qu'avec un seul Etat membre de l'Union européenne. La démarche inclusive en faveur des ressortissants des pays tiers doit être comprise, dès lors, dans un sens très restreint¹¹⁶⁴.

716. Il convient, ensuite, de nous demander quelles sont les conséquences d'une telle démarche inclusive *limitée* à l'égard des ressortissants des Etats tiers. Il s'ensuit précisément que ceux qui ne remplissent pas les conditions exigées relèvent d'un *statut irrégulier* et qu'au regard des

¹¹⁶¹ CJCE, 11 octobre 2001, C-95/99 à n° C-98/99 et n° C-180/99, *Khalil, Mohamed Nasser, Meriem Addou*. Privés du bénéfice des allocations familiales, les requérants soutenaient qu'ils devaient être considérés, de même que leurs conjoints, comme des apatrides et dès lors devaient bénéficier de *prestations familiales* en vertu du droit communautaire qui leur permettrait d'être assimilés aux ressortissants allemands et aux autres ressortissants de l'Union. La Cour énonce que l'*égalité* ne s'applique pas aux situations qui ne présentent aucun facteur de rattachement au droit communautaire. Les avantages tirés de la *qualité de travailleur migrant* à l'intérieur de l'Union européenne ne peuvent pas être attribués à des *apatrides ou réfugiés* résidant dans un Etat membre lorsqu'ils se trouvent dans une situation dont « tous les éléments se cantonnent à l'intérieur de ce seul Etat membre ».

¹¹⁶² Au regard du règlement n° 1408/71 sur la convergence des systèmes de la protection sociale des Etats membres. Voir *supra*, p. 167, p. 285.

¹¹⁶³ Prodromos MAVRIDIS, « Regards. Union européenne : un prix Nobel de protection sociale des ressortissants des pays tiers ? », *op.cit.*

¹¹⁶⁴ Voir les arrêts : CJCE, 23 novembre 1976, C- 40/76, *Kermaschek*. CJCE, 14 novembre 1984, C-105/89, *Buhari Haji / INASTI*.

normes de l'Union européenne, n'ont aucun droit social¹¹⁶⁵. En effet, aucune directive n'octroie de prestations aux étrangers en situation irrégulière, ni règle en général leur présence au sein de l'Union européenne. Le droit secondaire se limite à régler les conditions de leur expulsion à travers la directive « Retour »¹¹⁶⁶. L'absence de droits sociaux en faveur des étrangers en situation irrégulière a été clairement affirmée à l'occasion de l'arrêt *Moussa Abdida* de la Cour de Justice¹¹⁶⁷. Sur le fondement de la directive « Retour »¹¹⁶⁸, la Cour de Justice a affirmé que parmi les étrangers en question ont accès aux soins seuls ceux qui sont malades et qui font déjà l'objet d'une décision d'éloignement.

717. A noter, d'ailleurs, que le dispositif de l'arrêt est allé à l'encontre des conclusions de l'avocat général de l'affaire. Le dernier avait insisté sur le caractère problématique d'une disposition selon laquelle des étrangers confrontés à une mesure d'éloignement soient mieux traités en termes de *soins de santé* que des étrangers qui résident d'une manière illégale sur le territoire des Etats membres. Tout en reconnaissant que le droit de l'Union ne confère pas de *droit à l'égalité* aux derniers, l'avocat général de l'affaire a fait appel au *principe de dignité de la personne humaine* pour défendre leur accès aux soins¹¹⁶⁹. Il s'agit ici d'une interprétation qui affirme à nouveau le *rôle subsidiaire* du dernier par rapport au *principe d'égalité* en matière d'attribution de *droits sociaux aux étrangers*¹¹⁷⁰.

718. Enfin, notons que d'une manière générale la France et la Grèce, en tant qu'Etats membres, alignent leur législation respective sur celle de l'Union européenne en matière de contrôle de l'immigration¹¹⁷¹. Cela signifie que l'expulsion des ressortissants des pays tiers non

¹¹⁶⁵ Samir BEN HADID, *Le statut des étrangers dans le droit de l'Union européenne*, Thèse, Université Nice Sophia Antipolis, 2014, disponible sur le site tel. archives-ouvertes.fr.

¹¹⁶⁶ Directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (JO L 348, 24/ 12/2008, p. 9).

¹¹⁶⁷ CJUE, 18 décembre 2014, C- 562/13, *Moussa Abdida*.

¹¹⁶⁸ Selon la directive n° 2008/115/CE, le traitement des maladies et l'octroi de soins médicaux font partie des « garanties dans l'attente du retour ».

¹¹⁶⁹ Conclusions de l'avocat général Yves Bot, présentées le 4 septembre 2014. Considérant n° 105, 106 : « La finalité de l'article 13 de la directive 2008/115 se déduit clairement du principe directeur exprimé par le législateur de l'Union à l'article 1er de cette directive, lequel tend à garantir, dans le respect des droits fondamentaux des personnes concernées, une protection efficace de leurs intérêts et en particulier un rapatriement dans des conditions humaines et digne ». « La finalité de cette disposition ne peut donc se comprendre qu'en conformité et en cohérence avec les droits garantis aux articles 1er à 4 de la Charte qui garantissent le respect de la dignité humaine ainsi que le droit à la vie et à l'intégrité de la personne et interdisent les traitements inhumains et dégradants ».

¹¹⁷⁰ Voir *supra*, p. 284.

¹¹⁷¹ La France a aligné sa législation nationale comme l'étude du Code d'entrée et du séjour le démontre. Voir précisément le titre II du CESEDA sur l'« entrée et séjour des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne ou parties à l'accord sur l'espace économique européen et des ressortissants suisses ainsi que séjour des membres de leur famille ». En Grèce, c'est notamment la loi précitée n° 4251/2014 intitulée « Code d'immigration » qui transpose la législation de l'Union européenne.

accomplissant les conditions exigées par le droit secondaire est permise, à l'exception de mineurs¹¹⁷². Il signifie également que les législateurs français et grec pourraient en théorie exclure les étrangers en situation irrégulière de toute prestation conformément au droit de l'Union. Le fait qu'ils aient adopté les critères issus du droit de l'Union européenne quant à la régularité du séjour des étrangers ne signifie cependant pas qu'ils ont ainsi conditionné l'octroi de tous les *droits sociaux dérivés*.

B - L'exclusion partielle des étrangers de prestations en France et en Grèce

719. Les deux ordres juridiques nationaux examinés octroient aux étrangers en situation irrégulière les droits sociaux à l'enseignement et à la santé (i) mais les excluent du reste des droits sociaux d'une manière qui pose interrogation (ii).

i - L'accès des étrangers en situation irrégulière aux droits à l'enseignement et à la santé

720. De manière générale, les législateurs français et grec font dépendre l'attribution de *droits sociaux dérivés* à la condition de la régularité de séjour. Cependant, d'autres droits sociaux ne sont pas limités de cette manière. Tel est le cas, premièrement, du *droit à l'enseignement* qui est attribué en faveur des étrangers même en *situation irrégulière*¹¹⁷³. Il en va de même, deuxièmement, du *droit à la santé*, entendu au sens strict comme l'accès aux *soins urgents* de santé¹¹⁷⁴. En effet, le législateur en France et en Grèce n'exclut aucun individu de l'accès aux soins de santé d'urgence¹¹⁷⁵.

721. Le contraste avec l'absence totale de droits sociaux pour les étrangers ayant un statut irrégulier en droit de l'Union européenne est particulièrement manifeste quant au *droit à la*

¹¹⁷² Article L. 521-4, CESEDA : « L'étranger mineur de dix-huit ans ne peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion ». En Grèce l'expulsion des mineurs est interdite depuis la loi précitée n° 3386/2005.

¹¹⁷³ Circulaire n° 84-246 du 16 juillet 1984 du Ministre de l'Education nationale. Ce document précise : « Pour l'admission dans les classes maternelles, les règles en vigueur pour les enfants français doivent être appliquées sans restriction aux enfants étrangers... ». Cette obligation est également consacrée par la circulaire n° 191-124 du 6 juin 1991. Dans l'ordre juridique hellénique, l'article 21, par. 7, 8 de la loi précitée n° 4251/2014 énonce que même à défaut de justificatifs du séjour régulier des parents, les enfants s'inscrivent normalement dans les écoles. Lire sur le sujet le compte-rendu du Défenseur des droits grec intitulé « Aucun obstacle à l'accès des mineurs étrangers à l'enseignement », 7 octobre 2005 ; disponible sur le site synigoros.gr.

¹¹⁷⁴ Voir *supra*, p. 103.

¹¹⁷⁵ Article L. 254-1, CASF : « Les soins urgents dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître et qui sont dispensés par les établissements de santé à ceux des étrangers résidant en France sans remplir la condition de régularité mentionnée à l'article L. 160-1 du code de la sécurité sociale et qui ne sont pas bénéficiaires de l'aide médicale de l'Etat en application de l'article L. 251-1 sont pris en charge dans les conditions prévues à l'article L. 251-2. Une dotation forfaitaire est versée à ce titre par l'Etat à la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés ». En Grèce, la loi n° 4368/2016 (JO A/21/21-2-2016), particulièrement son article 33, par. 2 énonce parmi les bénéficiaires de ce droit les mineurs, les femmes en situation de grossesse, les personnes handicapées, les individus vivant dans des cliniques psychiatriques et dans des hôpitaux, les détenus des prisons.

santé. Les législations française et hellénique octroient un droit au séjour aux étrangers qui se trouvent dans un mauvais état de santé, à la condition qu'ils ne puissent pas accéder à des soins adéquats dans leur Etat d'origine¹¹⁷⁶. Il s'agit, en l'espèce, d'une permission spéciale de séjourner sur le territoire pour des raisons « humanitaires ». Contrairement à ce qui a été constaté lors de l'arrêt *Moussa Abdida*¹¹⁷⁷, dans le cadre national le droit à la santé n'est pas *conditionné* au droit de séjourner régulièrement ; en revanche, la reconnaissance du premier entraîne celle du second.

722. La législation nationale qui permet aux étrangers malades de séjourner régulièrement au sein des Etats ne trouve pas appui sur le droit de l'Union, mais sur la Convention européenne. En effet, la Cour européenne a interdit dans le passé aux Etats signataires d'expulser des étrangers en situation irrégulière étant dans un mauvais état de santé en vertu de l'article 3 de la Convention européenne¹¹⁷⁸. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne, une interdiction de procéder à une expulsion susceptible de provoquer des souffrances à l'étranger malade pèse sur les Etats. Il s'agit ici encore d'une manifestation supplémentaire du *rôle subsidiaire* du principe de dignité de la personne humaine par rapport au principe d'égalité quant à l'octroi de droits sociaux aux étrangers¹¹⁷⁹.

723. En ce qui concerne, enfin, les conditions exactes d'attribution du droit au séjour de l'étranger malade le cas français témoigne d'un certain durcissement. Le Conseil d'Etat français avait affirmé le droit en question à l'égard des étrangers malades même dans le cas où le traitement qui existait dans l'Etat d'origine n'était pas véritablement accessible à l'ensemble de la population, eu égard notamment à son coût¹¹⁸⁰. Par une loi de 2011¹¹⁸¹, le législateur français a limité le droit au séjour pour des raisons de santé. Désormais, il est subordonné à la condition d'une absence totale de traitement dans l'Etat de l'origine. La constitutionnalité de la réforme

¹¹⁷⁶ Article L. 521-3 CESEDA, al. 5 : « L'étranger résidant habituellement en France si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé du pays de renvoi, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié ». Dans l'ordre juridique hellénique, l'article 19 A de la loi 4332/2015 (JO A/ 76/9.7.2015) inclut l'état grave de santé parmi les raisons qui justifient un permis du séjour pour des raisons humanitaires.

¹¹⁷⁷ Voir *supra*, p. 294.

¹¹⁷⁸ Cour EDH, 2 mai 1997, n° 30240/96, *D. contre RU* sur l'interdiction d'éloigner du territoire national un étranger gravement malade. Cour EDH, 27 mai 2008, n° 26565/05, *N. contre Royaume-Uni*. Cour EDH, 19 mars 2015, n° 70055/10, *S.J contre Belgique*.

¹¹⁷⁹ Voir *supra*, p. 284, p. 294.

¹¹⁸⁰ CE, 7 avril 2010, n° 301640, *Ministre de l'Intérieur contre Jabnoun* et n° 316625, *Miistren de l'immigration contre Diallo épouse Bialy*.

¹¹⁸¹ Ainsi, la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, a introduit une restriction avec la disparition de l'adverbe « effectivement » du texte applicable.

a été validée par le Conseil constitutionnel au regard de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946¹¹⁸².

ii - L'exclusion paradoxale des étrangers du bénéfice du reste des droits sociaux dérivés

724. Contrairement aux droits à l'enseignement et à la santé, le législateur en France¹¹⁸³ et en Grèce¹¹⁸⁴ exclut les *étrangers en situation irrégulière* du reste des *droits sociaux dérivés* ; soit du droit à la sécurité sociale, du droit à l'aide sociale¹¹⁸⁵, du droit à l'emploi, ainsi que du droit au logement. En théorie, les étrangers en question ne peuvent être couverts contre les *risques liés au travail* et bénéficier de prestations visant à les faire sortir de la *précarité* de la part de l'Administration française et hellénique, telle qu'une aide à la recherche d'un *travail* ou d'un *logement*. Cette situation est *a priori* la conséquence du fait que leur *séjour* et leur *travail* au sein des Etats en question sont eux-mêmes illégaux. Il n'en demeure pas moins que l'exclusion qui en résulte donne lieu à une difficulté juridique particulièrement complexe.

725. Ce problème n'est cependant pas toujours visible puisque les hautes juridictions valident en général la démarche exclusive. En Grèce, à défaut de juridiction constitutionnelle centralisée, le problème de la constitutionnalité de l'exclusion des étrangers en situation irrégulière des droits sociaux n'a pas été tranché en tant que tel. En France, le cas particulier de l'exclusion des étrangers en situation irrégulière du *droit à la protection sociale* a été validé par le Conseil

¹¹⁸² Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*. Désormais, « sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé », l'octroi d'un titre de séjour pour raison médicale est subordonné à « l'absence d'un traitement approprié dans le pays d'origine ».

¹¹⁸³ A propos du droit à la sécurité sociale, l'article L. 115-6 du Code de la sécurité sociale dispose que : « Les personnes de nationalité étrangère ne peuvent être affiliées à un régime obligatoire de sécurité sociale que si elles remplissent la condition de régularité du séjour prévue à l'article L. 111-2-3 ». A propos du droit à l'aide sociale, l'article L. 111-1 CASF énonce que : « Sous réserve des dispositions des articles L. 111-2 et L. 111-3, toute personne résidant en France bénéficie, si elle remplit les conditions légales d'attribution, des formes de l'aide sociale telles qu'elles sont définies par le présent code ». Relativement au droit au logement, l'article L. 300-1 du Code de la construction et de l'habitation dispose que : « Le droit à un logement décent et indépendant, mentionné à l'article 1er de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, est garanti par l'Etat à toute personne qui, résidant sur le territoire français de façon régulière et dans des conditions de permanence définies par décret en Conseil d'Etat, n'est pas en mesure d'y accéder par ses propres moyens ou de s'y maintenir ». Quant au droit à l'emploi, l'article L. 5411-4 du Code du travail dispose que : « Lors de l'inscription d'une personne étrangère sur la liste des demandeurs d'emplois, l'institution mentionnée à l'article L. 5312-1 vérifie la validité de ses titres de séjour et de travail ». Par ailleurs, l'article L. 8211-1 du Code du travail, par. 4 : « Sont constitutives de travail illégal, dans les conditions prévues par le présent livre, les infractions suivantes (...) 4° Emploi d'étranger non autorisé à travailler », en combinaison avec l'article R. 5221-3 Code du travail qui énumère les titres valant autorisations de travailler.

¹¹⁸⁴ Article 1, par. 2 de la loi n° 4387/16 (JO A/85 12-05-2016) sur le droit à la sécurité sociale. L'exclusion du droit à l'aide sociale résulte de la décision ministérielle n° 494/577 B'/9-4-2015 qui exige que ses bénéficiaires séjournent régulièrement sur le territoire. L'exclusion des travailleurs en situation irrégulière du droit à l'emploi ressort de l'article 86, par. 1 de la loi n° 3886/2005 (JO A/212/23-08-2005) qui interdit aux employeurs le recrutement des étrangers dépourvus de permis de séjour régulier.

¹¹⁸⁵ Pour certaines « exceptions aux exceptions », voir toutefois *infra*, p. 305.

constitutionnel français dans sa décision *Maitrise de l'immigration*¹¹⁸⁶. La régularité du séjour a été vue par le juge constitutionnel français en tant que *critère objectif* autorisant une différence de traitement et étant en rapport avec les finalités de la loi. La même condition restrictive a été validée par des décisions ultérieures en ce qui concerne également le droit à l'assurance-maladie¹¹⁸⁷ et le droit à l'aide sociale¹¹⁸⁸.

726. Dans la continuité de la jurisprudence constitutionnelle française, le Conseil d'Etat¹¹⁸⁹ et la Cour de Cassation¹¹⁹⁰ ont également jugé que la *condition de régularité* des étrangers pour l'octroi de prestations sociales ne méconnaissait pas le *principe d'égalité* issu de la Convention européenne. Pour sa part, la Cour européenne a raisonné en fonction de la *marge nationale* des Etats signataires ; il ne lui incombait pas de contrôler les distinctions effectuées par les Etats en matière de protection sociale en fonction de la régularité du séjour¹¹⁹¹.

727. Cependant, en dépit de la validation de l'exclusion *a priori* des étrangers en situation irrégulière du bénéfice des prestations, une difficulté persiste, car cela représente en réalité une *exclusion partielle du droit à la sécurité sociale*. Les deux Etats ont en effet signé et ratifié la Convention n° 19 de l'OIT¹¹⁹² en vertu de laquelle les *travailleurs en situation irrégulière* ont

¹¹⁸⁶ Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Maitrise de l'immigration*. Le juge constitutionnel en l'espèce a approuvé le critère d'une « résidence stable et régulière sur le territoire français » comme condition du bénéfice du droit à la protection sociale. Voir Louis FAVOREU et alii, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 498. Voir également Jean-Jacques DUPEYROUX, Xavier PRETOT, « Le droit de l'étranger à la protection sociale », *Droit social*, n° 1, 1994, p. 69.

¹¹⁸⁷ Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*.

¹¹⁸⁸ En matière de droit à l'aide sociale, le Conseil constitutionnel a à nouveau jugé que le conditionnement de l'allocation sociale du RSA à l'antériorité de résidence était conforme à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Dans la décision n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, le Conseil constitutionnel estime que l'exigence d'un titre de séjour depuis cinq ans pour obtenir l'autorisation de travailler n'est pas une mesure disproportionnée portant atteinte au principe constitutionnel d'égalité au motif que « la stabilité de la présence sur le territoire est une des conditions essentielles à l'insertion professionnelle ».

¹¹⁸⁹ CE, 20 mars 2000, n° 205266, *Gisti*. CE, 12 décembre 2003, n° 235234, *Ammouche*.

¹¹⁹⁰ Cour de Cassation, 19 décembre 2002, n° 3951, *M. Brahim Gagou contre CPAM du Val de Marne et autres*. Voir sur ce sujet, Xavier PRETOT, « La Convention européenne des droits de l'Homme implique-t-elle l'accès aux prestations sociales de l'étranger en situation irrégulière ? », *Droit social*, 2003, p. 420.

¹¹⁹¹ Cour EDH, 25 octobre 2005, n° 59140/00, *Niedzwiecki contre Allemagne* et n° 59140/00, *Okpysz contre Allemagne*. « La Cour n'est pas appelée à décider d'une manière générale dans quelle mesure il est justifié de distinguer, en matière de prestations sociales, entre les titulaires de différentes catégories de permis de séjour ; elle doit se limiter à la question de savoir si la législation allemande en matière d'allocations familiales telle qu'elle s'est appliquée dans les affaires des requérants a violé les droits des intéressés garantis par la Convention. Comme la Cour constitutionnelle fédérale, la Cour ne discerne pas de motifs propres à justifier la différence établie, pour la reconnaissance du droit à percevoir des allocations familiales, entre, d'une part, les étrangers titulaires d'un permis de séjour permanent et d'autre part les étrangers non titulaires de pareil permis de séjour ».

¹¹⁹² Convention n° 19 sur l'égalité de traitement (accidents du travail), 1925. Ratifiée par la France le 5 avril 1928 et par la Grèce le 31 octobre 1935. En France, l'article L. 411-1 Code de la sécurité sociale dispose : « Est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise ». La Cour de Cassation hellénique, dès son arrêt n° 192/1962, a admis l'indemnisation pour des accidents du travail même à défaut d'un permis du travail. Lire, VRELLIS Spiridonas, *Droits des étrangers*, Nomiki vivliothiki, 1999, p. 60, p. 61 (en grec).

droit à une indemnisation en cas d'*accident du travail*. Un aspect spécial du droit à la sécurité sociale leur est reconnu, même s'ils ne sont généralement pas bénéficiaires du droit à égalité avec les ressortissants du pays. La Cour de Cassation hellénique pose d'ailleurs l'obligation pour l'employeur d'indemniser un accident du travail précisément sur le fondement du principe de dignité de la personne humaine¹¹⁹³ qui joue encore ici un rôle subsidiaire par rapport à celui d'égalité dans l'attribution des prestations¹¹⁹⁴.

728. Le législateur en France et en Grèce ne se borne pas seulement à prévoir une indemnisation des accidents de travail pour les étrangers en situation irrégulière ; il leur attribue également certains autres droits dont le point commun est d'être rattachés au *droit du travail*. Tel est le cas, par exemple, du droit du travailleur irrégulier à exiger le versement du salaire impayé en se fondant sur une directive européenne. Il s'agit du seul droit reconnu au bénéfice des travailleurs en situation irrégulière par l'Union européenne¹¹⁹⁵. En vertu de la jurisprudence civile française et hellénique, nonobstant la nullité du contrat de travail des étrangers en situation irrégulière, le travailleur bénéficie du droit de demander un salaire sur le fondement de *l'enrichissement sans cause* de l'employeur¹¹⁹⁶.

729. La mention des exceptions précitées nous conduit à constater que les législations française et hellénique protègent le travailleur en situation irrégulière de façon *incohérente*. Elles prennent effectivement en compte *certaines risques*, comme le risque d'accident, sans néanmoins considérer d'autres risques tout aussi importants comme la maladie, la vieillesse, le chômage, la maternité. Or, il s'agit d'une sélection qui ne repose sur aucun critère rationnel de distinction, car la *qualité de travailleur* est parfois prise en compte et parfois ignorée par le

¹¹⁹³ C'est dans cette perspective que la Cour de Cassation hellénique, par son arrêt n° 3/2004, énonce que le refus d'indemniser la famille d'un travailleur en situation irrégulière en raison de sa mort accidentelle pendant son travail était contraire à l'article 2 de la Constitution grecque consacrant le principe de dignité de la personne humaine.

¹¹⁹⁴ Voir *supra*, p. 284, p. 294.

¹¹⁹⁵ Directive n° 2009/52/CE (2009) du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (JO 2009 L 168/30/6/2009, p. 133). Point 16 : « Les États membres devraient veiller à ce que des demandes soient ou puissent être introduites et que des mécanismes soient en place pour garantir que les montants recouverts des salaires impayés puissent être versés aux ressortissants de pays tiers auxquels ils sont dus. Les États membres ne devraient pas être tenus d'associer à ces mécanismes leurs missions ou représentations dans les pays tiers. Dans le cadre de l'établissement effectif de mécanismes visant à faciliter les plaintes, et dans le cas où cela n'est pas déjà prévu par la législation nationale, les États membres devraient envisager la possibilité de permettre à une autorité compétente d'intenter une action contre un employeur en vue de recouvrer des rémunérations impayées, et la valeur ajoutée d'une telle permission ». Transposée en France par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité en France (JORF n° 0139 du 17 juin 2011, p.10290) et en Grèce par l'article 80 de la loi n° 4052/2012 (JO A' 41/01-03-2012).

¹¹⁹⁶ En France, voir l'arrêt de la Cour de Cassation, 2 février 1961, n° 57-12 323 1961. En l'espèce, la Cour de cassation a décidé que les employeurs d'un étranger sans carte de travail étaient « tenus envers [cet étranger] à des obligations analogues à celles résultant d'un contrat de travail ». Voir également Cour de Cassation hellénique n° 677/1991, n° 252/1972, n° 539/1979.

législateur. Il est question, par ailleurs, d'une législation qui est *contradictoire*, puisqu'elle admet la qualité de travailleur comme condition d'attribution de certains droits et la refuse pour d'autres. A cet égard, une *interprétation constitutionnelle* des droits sociaux fondamentaux s'impose afin de clarifier quels sont les cas problématiques d'exclusion des étrangers sur la base de critères cohérents.

Conclusion du § 1 :

730. Nous avons pu constater l'exclusion des étrangers de certains droits sociaux dérivés. Au regard du droit de l'Union européenne, peuvent en effet en être exclus les *ressortissants de pays tiers* qui ne remplissent pas les conditions restreintes d'accès au séjour régulier dans les Etats membres. Les ordres juridiques nationaux n'excluent pas les étrangers au statut irrégulier de l'ensemble des droits sociaux ; ils le font quant au logement, l'emploi, l'aide sociale et la sécurité sociale. L'exclusion des étrangers du droit à la sécurité sociale s'appuie sur des critères incohérents, car certains de ses aspects leur sont quand même reconnus. On parle dès lors d'une *exclusion partielle* des droits sociaux dérivés dont la pertinence nécessite d'être examinée au regard des droits sociaux fondamentaux.

§ 2 - L'exclusion problématique au regard des droits sociaux fondamentaux en particulier

731. L'analyse qui suit vise à démontrer que l'exclusion des étrangers en situation irrégulière de prestations est inconstitutionnelle en ce qui concerne précisément le *droit à la sécurité sociale*. Il convient de déterminer le *critère* qui permet de confirmer la position selon laquelle parmi les droits attribués en excluant les étrangers, seul celui de la sécurité sociale pose difficulté.

732. On a pu relever que là où le législateur exclut les étrangers du droit à l'égalité, il accorde parfois des prestations minimales sur le fondement du principe de dignité de la personne humaine. Suivant le même schéma, le législateur français prive alors les travailleurs au statut irrégulier du *droit à la sécurité sociale* mais en leur donnant exceptionnellement accès au bénéfice d'un *droit à l'aide sociale*. Or, du point de vue de notre étude, si l'exclusion des étrangers du droit à la sécurité sociale est problématique, il en ira de même quant à leur accès à une aide sociale élémentaire.

733. Après avoir argumenté en faveur de l'inconstitutionnalité de l'exclusion des travailleurs étrangers en situation irrégulière du droit à la sécurité sociale (A), il conviendra de relever les

difficultés engendrées par la substitution de l'aide sociale à la sécurité sociale à travers l'exemple français (B).

A - L'interdiction d'exclure les travailleurs en situation irrégulière du droit à la sécurité sociale

734. Afin que l'exclusion d'une catégorie d'individus puisse être considérée comme inconstitutionnelle, le droit concerné doit avoir un *caractère général* et ne pas être limité à certains bénéficiaires (i). Parmi les droits sociaux attribués en excluant les étrangers, seul le *droit à la sécurité sociale* peut répondre au critère ici proposé (ii).

i - L'impossibilité de contrôler l'exclusion des étrangers de droits sociaux limités à certains bénéficiaires

735. Les étrangers sont exclus de plusieurs *droits sociaux dérivés*, mais leur exclusion n'est pas toujours contrôlable. Le critère proposé pour déterminer si elle l'est est le caractère *général* ou *limité à certains bénéficiaires* du droit en cause.

736. Il a été démontré qu'en France et en Grèce certains droits sociaux sont octroyés par le législateur à l'ensemble des individus (*généraux*) alors que d'autres sont attribués seulement à une partie ciblée de ces derniers (*limités*)¹¹⁹⁷. S'agissant des premiers, soit le logement, l'emploi et l'aide sociale, le législateur n'est jamais intervenu pour attribuer des prestations à tous les destinataires des normes de l'ordre juridique, ni en France ni en Grèce. En revanche, l'octroi des seconds a toujours été *conditionné* à des critères stricts, notamment celui du revenu, dans le but de *cibler* une catégorie défavorisée de la population. A l'opposé, s'agissant des *droits sociaux généraux* à l'enseignement, à la santé et à la sécurité sociale, non seulement les prestations sont attribuées à tous les individus, mais en plus l'exclusion de certains individus est interdite¹¹⁹⁸.

737. Du point de vue de la présente analyse, il est impossible de contrôler l'exclusion des étrangers du bénéfice de *droits sociaux limités à certains bénéficiaires*. La raison est qu'un tel contrôle s'assimilerait en réalité à un contrôle de *carence législative*. Comme les *droits sociaux limités* n'ont jamais été *créés* en faveur de *tous*, le contrôle de l'exclusion de *certaines* individus porterait de fait sur une *omission législative*. Or, la présente étude est partie du principe selon

¹¹⁹⁷ Voir *supra*, p. 99 et s.

¹¹⁹⁸ Il s'agit des droits « obligatoires ». Voir *supra*, p. 96.

lequel le législateur n'a pas d'*obligations positives* au regard du principe de l'Etat social susceptibles de fonder un tel contrôle.

738. Même si, à première vue, le critère proposé du caractère *limité* ou *général* d'un droit social dérivé n'a pas un rapport direct avec le sens des *droits sociaux constitutionnels* - mais plutôt avec la législation qui les concrétise - il est le seul moyen approprié pour en faire une *interprétation pertinente*. La raison en est qu'en France et en Grèce, les droits sociaux ont été consacrés par la *loi avant* de l'avoir été au niveau constitutionnel¹¹⁹⁹. Afin donc de saisir le *sens originaire* des droits sociaux constitutionnels, il convient de recourir au contexte historique de leur consécration. L'étude de la législation sociale fait la preuve des *conditions objectives* de leur attribution qui marquent le sens des droits sociaux constitutionnels.

739. Dans ce contexte, l'absence d'un droit général à l'emploi, au logement ou à l'aide sociale *au niveau de la loi* a déterminé la signification des mêmes droits *au niveau constitutionnel*. Les *droits limités* au regard de la loi ne peuvent, dès lors, que se fonder sur des *droits limitables* au niveau des normes supra-législatives. Plus simplement, parce que jamais la législation n'a octroyé l'emploi, le logement et l'aide sociale à tous les individus - soit aux chômeurs, aux mal-logés, aux personnes en situation de précarité - une telle garantie n'a été consacrée par une norme supérieure. Cela ne signifie nullement qu'il est interdit au législateur de les attribuer un jour à l'ensemble des individus ou que leur octroi aux étrangers en situation irrégulière est interdit ; cela signifie seulement que les *droits limitables* ne donnent lieu ni à une obligation positive de satisfaire tous les individus ni à une interdiction d'exclure les étrangers en situation irrégulière.

740. Tel n'est cependant pas le cas du droit à la sécurité sociale qui a été *conçu dès l'origine* en tant que droit en faveur de tous les individus ayant la qualité de *travailleurs*¹²⁰⁰. Il s'agissait d'un droit qui couvrait en effet *toute la population active*. Comme le droit à la sécurité sociale est en France et en Grèce un *droit général*, le contrôle de l'exclusion des étrangers en situation irrégulière ne se heurte pas, cette fois, à l'omission législative.

ii - La possibilité de contrôler l'exclusion des étrangers du droit à la sécurité sociale

741. Consacré en France et en Grèce¹²⁰¹, le droit constitutionnel à la sécurité sociale désigne comme *bénéficiaires* tous ceux qui disposent de la qualité de *travailleur*. Parce qu'un droit

¹¹⁹⁹ Voir *supra*, p. 83.

¹²⁰⁰ Voir *supra*, p. 103.

¹²⁰¹ En 1971, par la décision *Liberté d'association* en France ; en 1975, par la Constitution en Grèce.

général pour tous les travailleurs existait dans la législation avant sa consécration au niveau supra-législatif, il convient d'interpréter le droit constitutionnel à la sécurité sociale comme un droit *généralisé*. Ainsi, l'exclusion par le législateur des travailleurs en situation irrégulière de la prestation d'assurance, nous paraît méconnaître le *sens originaire* du droit à la sécurité sociale qui ne permet aucune distinction parmi les travailleurs. L'exclusion des travailleurs en situation irrégulière de la sécurité sociale est aussi *inconstitutionnelle* d'après une grande partie de la doctrine française¹²⁰² et hellénique¹²⁰³.

742. Pour reprendre la terminologie de la théorie juridique allemande des droits fondamentaux et l'adapter au sujet traité, ce qui n'est pas respecté en l'espèce est le « domaine protégé » du droit constitutionnel à la sécurité sociale. L'expression désigne le « domaine matériel au sein duquel le droit fondamental peut être invoqué en tant que norme de contrôle », voire son champ d'application¹²⁰⁴. Le *sens* du droit à la sécurité sociale est de protéger tout travailleur à l'encontre des différents risques susceptibles d'apparaître au cours et à la fin de sa vie active. Le fait d'exercer une activité professionnelle, *même de manière illégale*, expose le travailleur étranger aux mêmes risques liés au travail que les travailleurs nationaux. L'absence de protection de certains travailleurs ne peut donc être tolérée au regard du droit constitutionnel à la sécurité sociale.

743. Dès lors, ce n'est pas une surprise que leur exclusion paraît souvent ambiguë. Plus précisément, en Grèce, pendant longtemps, la condition restrictive tenant à la *régularité du séjour* pour bénéficier du droit à la sécurité sociale ne résultait pas directement de la législation. Les premières lois en la matière se bornaient à rattacher la légalité de l'emploi à l'existence d'un permis du séjour, sans se prononcer sur l'exclusion éventuelle de l'étranger du droit à la

¹²⁰² Voir Elie ALFANDARI, Françoise MONEGER, Xavier PRETOT, *Immigration et protection sociale*, Sirey, 1990. Voir également Lola ISIDRO, *L'étranger et la protection sociale*, Dalloz, 2017.

¹²⁰³ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, in Spiros VLACHOPOULOS *et alii*, *Droits fondamentaux*, Nomiki Vivliothiki, 2017, p. 525. Angelos STERGIU, « Les droits sociaux des ressortissants des pays tiers », *EDD*, n° 5, 2010, p. 688 (en grec). Akritas KAIDATZIS « Les droits sociaux, la citoyenneté et les immigrants », *op. cit.*

¹²⁰⁴ David CAPITANT, *Les droits fondamentaux en Allemagne*, *op.cit.*, p. 109. Prodromos DAGTOGLOU, *Droits individuels*, *op.cit.*, p. 119. Il est question ici de ce que la doctrine allemande appelle les « limites immanentes » aux droits constitutionnels.

sécurité sociale¹²⁰⁵. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat hellénique¹²⁰⁶ a dans le passé admis normalement l'accès du travailleur en situation irrégulière au droit à la sécurité sociale.

744. L'exclusion des travailleurs en situation irrégulière du droit à la sécurité sociale a été plus clairement énoncée par le législateur grec assez récemment¹²⁰⁷, même si elle s'est progressivement appliquée dès le début des années 1990. Concernant la France, en 1993, l'adoption de la loi « Pasqua » a exclu les travailleurs en situation irrégulière du droit à la sécurité sociale¹²⁰⁸. Il est utile de nous demander quelle était la *justification* de la démarche exclusive à l'encontre des étrangers dans le contexte particulier des années 1990. En réalité, ce qui a changé à ce moment, c'est que les deux Etats ont lié pour la première fois le droit à la sécurité sociale à leur politique de lutte contre l'immigration illégale. Il s'agissait, en particulier, de rendre l'immigration « moins attirante » aux yeux des futurs migrants sachant que la possibilité d'accéder à des prestations sociales était vue par les parlementaires comme un facteur susceptible de la faire augmenter¹²⁰⁹.

745. Un examen plus détaillé de la pertinence du lien avec la politique d'immigration risquerait de dépasser le cadre de la présente étude et de donner lieu à des commentaires extra-juridiques. On se bornera alors à signaler que la restriction du droit à la sécurité sociale employée comme un moyen de combattre l'immigration illégale est interdite par le principe de l'Etat social. Cela est vrai même si le principe d'égalité permet *a priori* l'exclusion des étrangers en situation irrégulière du droit à la sécurité sociale. Du point de vue de notre étude, c'est le *droit constitutionnel à la sécurité sociale*, norme constitutive du principe de l'Etat social, qui

¹²⁰⁵ En Grèce, la loi n° 1902/1990 (JO B/138/17-10-1990) énonçait que la sécurité sociale est obligatoire pour tous les travailleurs, y compris les immigrants sans aucune référence à la régularité de leur séjour. Même la loi n° 975/1991 (JO A/184/4-12-1991) à propos de la maîtrise de l'immigration n'a pas explicitement conditionné le droit à la sécurité sociale à la régularité du séjour. Il en va de même pour la loi n° 2910/2001 (JO A/91, 2-5-2001).

¹²⁰⁶ CdE n° 1318/1990. CdE n° 449/1995. L'absence de permis du travail n'a pas des conséquences sur la validité du droit à la sécurité sociale.

¹²⁰⁷ En Grèce le conditionnement s'est produit avec la loi n° 4144/2013 (JO A/88/18-04-2013) intitulée « Lutte contre l'illégalité dans la sécurité sociale et le marché du travail ».

¹²⁰⁸ Ainsi, en France, l'ancienne loi n° 84-622 du 17 juillet 1984 (JORF du 19 juillet 1984, p. 2324) portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 et du code du travail concerne tous les étrangers séjournant en France et aux titres uniques de séjour et de travail. Il en va de même pour la loi n° 86-1307 du 29 décembre 1986 (JORF du 30 décembre 1986, p. 15771) relative à la famille à propos des prestations familiales ainsi que de la loi n° 88-1088 du 1^{er} décembre 1988 (JORF du 3 décembre 1988, p. 15119) relative au revenu minimum d'insertion.

¹²⁰⁹ Sénat, n° 398, Seconde session ordinaire de 1992-1993, Avis présenté au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, Hélène Missoffe, p. 17-18 : « Il n'est pas souhaitable que de nouveaux flux d'immigrants viennent désormais grossir les rangs des demandeurs d'emploi étrangers, ni que la perspective de l'octroi de prestations sociales élevées malgré le caractère irrégulier de leur séjour en France ne viennent compenser de trop moroses perspectives en termes d'emploi. En posant le principe selon lequel l'affiliation à un régime légal obligatoire de sécurité sociale est subordonnée à la régularité du séjour en France, le projet de loi va à l'encontre d'une telle évolution ».

détermine qui seront les bénéficiaires finaux de la prestation et non le principe d'égalité. Ce dernier ne fonde les prestations sociales que dans les limites imposées par les droits sociaux fondamentaux dont il ne peut méconnaître le sens. L'exclusion des travailleurs ayant un statut irrégulier n'est pas une solution possible au regard du principe de l'Etat social, ce qui circonscrit également le sens du principe d'égalité comme fondement social complémentaire.

Si la privation des travailleurs en situation irrégulière n'est pas permise par le droit constitutionnel à la sécurité sociale, son remplacement par le droit à l'aide sociale ne le sera pas non plus.

B - Le problème de la substitution de l'aide sociale à la sécurité sociale, l'exemple français

746. L'ordre juridique français octroie de l'aide sociale aux étrangers en situation irrégulière à la place de la sécurité sociale (i). Il n'est pas possible de critiquer la démarche sans défendre une dissociation totale entre les deux prestations (ii).

i - L'octroi de l'aide sociale à la place de la sécurité sociale dans l'ordre juridique français

747. Il se peut que le législateur exclue les travailleurs en situation irrégulière du droit à la sécurité sociale sur le fondement du *principe d'égalité*, mais qu'il leur donne accès à des prestations minimales sur le fondement du *principe de dignité de la personne humaine*. L'étude de cette question se concentrera sur l'ordre juridique français où les droits dérivés de l'aide sociale sont plus nombreux que dans l'ordre juridique hellénique où il s'agit d'un domaine qui n'a été « développé » que récemment¹²¹⁰.

748. En France, la substitution de droits sociaux *minima* au droit à la sécurité sociale est manifeste à travers l'exemple de l'assurance-maladie. Bien que l'accès des travailleurs en situation irrégulière à l'assurance-maladie leur soit interdit, il leur est reconnu le droit d'accéder à des soins gratuits par le biais de l'aide sociale. Le législateur français permet ainsi aux étrangers en situation irrégulière d'accéder au dispositif d'« aide médicale de l'Etat » pour

¹²¹⁰ Voir *supra*, p. 108, p. 109.

financer leur accès aux soins¹²¹¹. La loi de 2003, validée par le Conseil constitutionnel¹²¹², a limité l'accès à ce dispositif en requérant la réunion de la double condition d'une résidence antérieure de trois mois et d'un certain niveau de ressources des bénéficiaires. Le Conseil d'Etat français a toutefois interdit toute condition préalable à l'égard des *mineurs*¹²¹³ en invoquant l'« intérêt supérieur de l'enfant » consacré par la Convention internationale des droits de l'enfant¹²¹⁴.

749. L'octroi d'une aide sociale à la place de la sécurité sociale se manifeste plus clairement encore à travers un autre exemple. Le législateur octroie des *prestations sociales non contributives* en faveur des mineurs dont les parents se trouvent en situation irrégulière¹²¹⁵. Néanmoins, il interdit aux travailleurs en situation *régulière* d'accéder aux *allocations familiales* au bénéfice de leurs enfants, dans les cas où ces derniers seraient entrés sur le territoire français d'une manière irrégulière, c'est-à-dire en dehors du regroupement familial¹²¹⁶. La Cour de Cassation conditionne aujourd'hui le droit en question au respect de la régularité de l'entrée sur le territoire¹²¹⁷. Cela n'a pas toujours été le cas.

¹²¹¹ Article L. 111-2, CASF : « Les personnes de nationalité étrangère bénéficient dans les conditions propres à chacune de ces prestations : 3° De l'aide médicale de l'Etat ». L'aide médicale de l'Etat a été créé par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle (JORF n° 0172 du 28 juillet 1999, p. 11229). La loi de finances rectificative pour 2003 n° 2003-1312 du 30 décembre 2003 a imposé la condition d'une résidence antérieure de trois mois et celle de ressources. Cette loi a été validée par la décision n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003. La condition du paiement de trente euros pour y accéder (introduite par la loi de finances rectificatives pour 2002, Loi n° 2002-1576, JORF n°0304 du 31 décembre 2002, p. 22070) a été supprimée par la loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012 (JORF n°0190 du 17 août 2012, p. 13479).

¹²¹² Décision n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003.

¹²¹³ CE, 7 juin 2006, n° 285576, *Aides et Gisti*. Voir aussi la critique exposée sur ce sujet par le Comité EDS à l'occasion de la réclamation collective *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme contre France* n° 14/2003. Voir sur ce sujet Laurence GAY, « L'affirmation d'un droit aux soins du mineur étranger », *RDSS*, n° 6, 2006, p. 1047. Le législateur en Grèce ne donne pas un droit aux soins aux adultes en situation irrégulière. Les derniers disposent que leur droit aux soins urgents. Il enlève, toutefois, la condition d'urgence quant aux mineurs. Voir, la loi précitée n° 4368/2016, article 33, par. 2, al. 3.

¹²¹⁴ Article 3, par. 1 de la CIDE : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Le Conseil d'Etat hellénique contrôle également le respect de *l'intérêt supérieur de l'enfant* en interdisant l'expulsion des mineurs.

¹²¹⁵ Article L. 111-2, CASF : « Les personnes de nationalité étrangère bénéficient dans les conditions propres à chacune de ces prestations : 1° Des prestations d'aide sociale à l'enfance ; 2° De l'aide sociale en cas d'admission dans un centre d'hébergement et de réinsertion sociale ». Article L113-1, CASF : « Toute personne âgée de soixante-cinq ans privée de ressources suffisantes peut bénéficier, soit d'une aide à domicile, soit d'un accueil chez des particuliers ou dans un établissement. Les personnes âgées de plus de soixante ans peuvent obtenir les mêmes avantages lorsqu'elles sont reconnues inaptes au travail ».

¹²¹⁶ La loi n° 86-1307 du 29 décembre 1986 (JORF du 30 décembre 1986, p.15771) relative à la famille dite loi « Barzach », a introduit une condition restrictive en matière d'accès aux prestations familiales pour les étrangers ressortissants d'États tiers. Il y est prévu que la présence d'enfants mineurs ouvre droit aux allocations familiales seulement dans le cas où ils sont nés en France ou dans le cas où ils sont nés à l'étranger et qu'ils y sont entrés dans le cadre d'un regroupement familial.

¹²¹⁷ Cour de Cassation, 3 juin 2011, n° 09-713452 et n° 09-69052.

750. En ce qui concerne le refus d'accorder des allocations familiales aux enfants entrés irrégulièrement sur le territoire français, il s'agit d'une interdiction qui a donné lieu à plusieurs polémiques. Par le passé, la Cour de Cassation a jugé que la même condition était contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne¹²¹⁸. A cette occasion, elle a affirmé que des parents habitant régulièrement sur le territoire français ont droit aux prestations familiales, sans devoir justifier de la régularité du séjour de leurs enfants. Or, comme la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) de 2006 a ensuite maintenu comme condition l'entrée des enfants à travers la procédure du regroupement familial, condition validée par le Conseil constitutionnel¹²¹⁹, le débat lancé autour du sujet semble pour le moment clos¹²²⁰.

751. Priver les travailleurs de leurs droits sociaux pour leur donner accès à des substituts est une démarche paradoxale. Le droit à l'aide sociale est normalement un droit *subsidaire* à celui de la sécurité sociale dans le sens de permettre l'accès à des prestations à des individus qui n'ont pas droit à la sécurité sociale parce qu'ils n'ont pas la qualité de travailleur¹²²¹. Il n'est pas censé se substituer aux droits sociaux des travailleurs. Pour dépasser ce paradoxe, une dissociation des deux types de prestations paraît nécessaire.

ii - La dissociation nécessaire entre les deux types de prestation

752. Lorsqu'elle attribue une aide sociale à la place de la sécurité sociale, la législation sociale relative aux droits sociaux des étrangers devient incohérente. Elle ne s'accompagne plus de critères objectifs sur la base desquels *l'inclusion* ou *l'exclusion* des étrangers est justifiée, mais d'une appréciation casuistique de leurs besoins matériels.

¹²¹⁸ Cour de Cassation, 16 avril 2004, n° 02-30157. Selon cet arrêt, les étrangers résidant régulièrement en France avec leurs enfants mineurs bénéficient de plein droit des prestations familiales, sans qu'il faille justifier de façon autonome la régularité du séjour des enfants. Cela est conforme à l'« intérêt supérieur de l'enfant » consacré par la CIDE. Voir également, Cour de Cassation, 6 décembre 2006, n° 05-12.666.

¹²¹⁹ Loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005. Décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005. Considérant 16 : « Considérant, en deuxième lieu, qu'en adoptant la disposition contestée, le législateur a entendu éviter que l'attribution de prestations familiales au titre d'enfants entrés en France en méconnaissance des règles du regroupement familial ne prive celles-ci d'effectivité et n'incite un ressortissant étranger à faire venir ses enfants sans que soit vérifiée sa capacité à leur offrir des conditions de vie et de logement décentes, qui sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil ; qu'en portant une telle appréciation, le législateur n'a pas opéré, entre les exigences constitutionnelles en cause, une conciliation manifestement déséquilibrée ».

¹²²⁰ Cour EDH, 1^{er} octobre 2015, n° 76860/11 et n° 51354/13, *Okitaloshima*. Les requérants étant dans l'impossibilité de produire un certificat de contrôle médical, exigé par le Code de la sécurité sociale et délivré, pour chaque enfant au terme de la procédure de regroupement familial par l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), se virent refuser le bénéfice des prestations familiales. La Cour juge que le refus d'attribuer les allocations familiales aux requérants était dû, non pas à leur seule nationalité ou à tout autre critère couvert par l'article 14 (interdiction de la discrimination) de la Convention européenne des droits de l'Homme, mais au non-respect par eux des règles applicables au regroupement familial, ces dernières constituant une différence de traitement reposant sur une justification objective et raisonnable.

¹²²¹ Voir *supra*, p. 107.

753. Le problème qui sera exposé consiste précisément dans le remplacement de *prestations contributives* par des *prestations non contributives*. En même temps que le législateur empêche les travailleurs étrangers de cotiser, élément qui serait bénéfique aux organismes de sécurité sociale, il « charge » le budget public avec des *prestations non contributives* dont la mission est normalement de combler les lacunes des premières. Il est donc question ici d'une confusion entre les deux types prestations qui nourrit une conception erronée selon laquelle *l'inclusion des étrangers* parmi les bénéficiaires de prestations sociales « coûte » à l'Etat¹²²².

754. Il s'agit, en réalité, d'une méconnaissance des caractéristiques essentielles des prestations concernées puisque chacune implique des démarches inclusives des étrangers *de nature différente*. Parce que la *sécurité sociale* est une prestation contributive, son attribution peut donner lieu à une vraie démarche inclusive, par opposition à l'octroi de l'aide sociale qui vise seulement à éliminer la souffrance des individus causée par des privations.

755. Contrairement à la *sécurité sociale*, *l'assistance sociale* cible une partie limitée de la population et elle est difficilement applicable aux travailleurs en situation irrégulière¹²²³. Les bornes de l'aide sociale quant à l'étendue de potentiels bénéficiaires sont importantes par rapport à celles de la sécurité sociale qui est, en revanche, un droit enclin à s'élargir à de nouveaux bénéficiaires. Ainsi, bien que l'« universalité » des prestations est souvent liée à l'aide sociale¹²²⁴, du point de vue de notre étude, c'est la sécurité sociale qui y répond le mieux.

756. Il s'ensuit qu'il n'est pas possible d'examiner *l'inclusion* des étrangers parmi les bénéficiaires de prestations sans tenir compte de leur caractère *contributif ou non*. Le critère de la *contributivité* des prestations liées à la protection sociale est le seul qui permet de déterminer objectivement l'étendue de leurs bénéficiaires. Bien qu'on évoque de plus en plus aujourd'hui

¹²²² Sur cette conception, lire : Michèle BONNECHERE, « La protection sociale de l'immigré en situation irrégulière », in Elie ALFANDARI, Françoise MONEGER, Xavier PRETOT, *Immigration et protection sociale*, *op. cit.*, p. 157.

¹²²³ Paul SCHOUKENS, Danny PIETERS, « L'accès des travailleurs migrants irréguliers à la protection sociale », *RDSS*, n° 4, 2005, p. 529.

¹²²⁴ Il est, à cet égard, paradoxal que le système de type anglo-saxon soit qualifié d'universel alors que celui de type continental n'est réputé couvrir que les travailleurs. Cette conception de l'universalité de l'assistance sociale repose sur l'idée selon laquelle toute personne, indépendamment de sa mauvaise situation économique, peut accéder aux prestations sociales non contributives. Sur cette question, voir Michel BORGETTO, « Universalité et droit de la protection sociale », in Geneviève KOUBI, Olivier JOUANJAN, *Objets et sujets universels*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, p. 13.

le *caractère mixte* des systèmes de protection sociale français et hellénique, il importe donc de recourir à une conception stricte de *la qualité de travailleur* et de dissocier les deux droits¹²²⁵.

757. A cet égard, l'*exclusion* d'un étranger d'une prestation *non contributive* doit se fonder sur le même critère selon lequel son *inclusion* au bénéfice de prestations *contributives* est permise. Dans cette perspective, la prise de conscience du sens exact du droit à *l'aide sociale* et de ses limites vis-à-vis des étrangers, même de ceux qui vivent *régulièrement* sur le territoire est vue ici sous un angle positif. La raison en est qu'elle contribue à sa dissociation définitive du droit à la sécurité sociale à travers le critère objectif de contributivité.

758. Tel est, par exemple, la logique du mouvement relativement récent initié par les *directives européennes* qui encadrent l'accès des étrangers au *droit à la protection sociale* au sein des Etats membres. Pour qu'ils acquièrent les différents statuts prévus par le droit dérivé, celui de *résident long* ou de *citoyen européen*, les étrangers doivent avoir des ressources suffisantes et ne pas devenir une « charge » pour le budget de l'Etat d'accueil¹²²⁶. Désormais, selon ce critère, la Cour de Justice limite l'accès aux prestations sociales *non contributives* pour les ressortissants des pays tiers¹²²⁷ et même pour les ressortissants des Etats membres¹²²⁸.

¹²²⁵ *Contra* : Lola ISIDRO, *L'étranger et la protection sociale*, *op. cit.*, p. 110. Lorsqu'il est travailleur, l'étranger est perçu comme légitime à bénéficier d'une protection, ce qui n'est plus le cas lorsque les prestations ne sont pas octroyées eu égard précisément à cette qualité. La distinction entre une solidarité nationale et une solidarité professionnelle tendrait dès lors à classer les étrangers entre « bons » et « mauvais ».

¹²²⁶ Cela ressort de la condition exigée pour l'octroi du *statut de résident long* aux ressortissants des pays tiers par la directive n° 2003/109, al. 7 du Préambule : « Afin d'acquérir le statut de résident de longue durée, le ressortissant de pays tiers devrait prouver qu'il dispose de ressources suffisantes et d'une assurance maladie, pour éviter de devenir une *charge* pour l'Etat membre. Les Etats membres, lorsqu'ils évaluent la possession de ressources stables et régulières, peuvent prendre en considération des facteurs tels que les cotisations à un régime de pension ou l'acquittement d'obligations fiscales ». Il en va de même pour la directive n° 2004/38/C sur le statut des citoyens de l'Union européenne qui dans son alinéa 10 énonce : « Il convient cependant d'éviter que les personnes exerçant leur droit de séjour ne deviennent une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil pendant une première période de séjour. L'exercice du droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille, pour des périodes supérieures à trois mois, devrait, dès lors, rester soumis à certaines conditions ». Voir également son article 7 sur le droit de séjour de plus de trois mois. Voir enfin l'article L. 121-1n CESEDA en France et l'article 7 du décret présidentiel n° 106/2007 en Grèce.

¹²²⁷ CJUE, 24 avril 2012, C-571/10, *Kamberaj*. En l'espèce, était refusée à un ressortissant albanais résident de longue durée en Italie une *aide au logement*, soit une aide sociale, au motif que le budget alloué au niveau de la province pour l'attribution d'une telle aide aux ressortissants d'Etats tiers, moins important que celui prévu pour les citoyens de l'Union, était épuisé. Au regard de la formulation du principe d'égalité de traitement dans la directive n° 2003/109, la question se posait de savoir si l'aide en question constituait une « prestation essentielle ». Pour la Cour de justice, cela est bien le cas, car la liste des prestations essentielles prévue par la directive n'est pas exhaustive. Les prestations essentielles sont celles qui, octroyées par les autorités publiques, au niveau national, régional ou local, « contribuent à permettre à l'individu de faire face à ses besoins élémentaires tels que la nourriture, le logement et la santé ».

¹²²⁸ Depuis l'arrêt CJCE, 15 mars 2005, C-209/03, *Bidar*, la Cour de Justice exige la présence d'un « lien réel de rattachement [du demandeur] avec cet Etat » qui octroie les aides sociales. La Cour a confirmé cette condition dans les arrêts CJCE, 18 juillet 2006, C-406/04, *De Cuyper* et CJCE, 18 novembre 2008, C-158/07, *Forster*. Depuis l'entrée en vigueur de la directive n° 2004/38, la Cour de Justice permet aussi la restriction des allocations sociales aux ressortissants de l'Union européenne. Voir : CJUE 19 septembre 2012, C-140/12, *Brey* ; CJUE, 11 novembre

759. Il s'agit d'une jurisprudence, qui a provoqué de fortes critiques doctrinales¹²²⁹. Elle peut cependant à long terme avoir des conséquences positives quant à l'*exclusion des travailleurs en situation irrégulière* du droit à la sécurité sociale. La première étape vers une telle direction porte sur la détermination de la *nature non contributive* de la prestation comme critère de conformité de l'exclusion.

Conclusion du § 2 :

760. L'exclusion des travailleurs en situation irrégulière du droit à la sécurité sociale est problématique. A partir du moment où le droit à la sécurité sociale était dès le début, en France et en Grèce, un *droit général*, c'est-à-dire créé pour l'ensemble des travailleurs, le droit constitutionnel à la sécurité sociale doit être également interprété comme un *droit généralisé*. Il n'est alors pas permis au législateur français et grec de faire du critère de la régularité du séjour du travailleur une condition ; une telle restriction méconnaîtrait le *sens originaire* du droit à la sécurité sociale.

761. Le problème se complique davantage en France où le législateur « contrebalance » la privation du droit à la sécurité sociale avec l'octroi du droit à l'aide sociale. Il confond ainsi deux prestations de nature différente. Du point de vue de notre analyse, seule la *sécurité sociale*, qui est *contributive*, favorise une démarche inclusive. Le recours à la *contributivité* de la prestation est un critère objectif qui fonde l'*inclusion* des étrangers parmi les bénéficiaires de la *sécurité sociale* indépendamment de leur statut régulier ou irrégulier. En revanche, l'*aide sociale* est exclusive non seulement des étrangers, mais également de la plus grande partie des nationaux.

Conclusion de la 2^e section :

762. Le droit de l'Union européenne ne reconnaît aucun droit social aux ressortissants des pays tiers qui ne réussissent pas à acquérir le droit de séjourner régulièrement au sein des Etats membres. Toutefois, les ordres juridiques français et hellénique garantissent le droit à l'enseignement et le droit à la santé entendu au sens strict (soins urgents) aux étrangers en

2014, *Dano*, C-333/13 ; CJUE, 15 septembre 2015, C-67/14, *Alimanovic* ; CJUE, 25 février 2016, C-299/14, *García-Nieto e.a.*. *Contra* : CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, C-456/02.

¹²²⁹ Emmanuel AUBIN, « L'arrêt Dano de la CJUE : quand sonne le glas de la citoyenneté sociale européenne ? », *AJDA*, 2015, n° 14, p. 821. Antoine MATH, « Roms et autres : la protection sociale des ressortissants communautaires », *Droit social*, n° 11, 2010, p.1037. Claire MARZO, « Aux frontières de l'Europe : comparaison de la situation des résidents, ressortissants de différents États tiers, à celle des citoyens de l'Union européenne », *RMCUE*, n° 538, 2010, p. 286.

situation irrégulière. Dans le même temps, le législateur, en France et en Grèce, exclut les *étrangers en situation irrégulière*, d'une part, des droits sociaux de l'emploi, du logement et de l'aide sociale ; d'autre part, du droit à la sécurité sociale.

763. Parmi les droits sociaux mentionnés, seule leur exclusion du droit à la sécurité sociale est problématique. Le reste des droits sociaux étant des *droits limités aux certains bénéficiaires*- c'est-à-dire qui n'ont pas été créés dès le début en faveur de *tous* les individus - le contrôle de l'exclusion de certains individus heurte l'omission législative. En revanche, en raison de la législation préexistante, le droit constitutionnel à la sécurité sociale doit être interprété comme un droit qui concerne tous les travailleurs, indépendamment de la régularité de leur séjour.

Conclusion du 2^e chapitre :

764. Lorsqu'il crée des droits sociaux dérivés, le législateur peut *inclure ou exclure* des bénéficiaires sur le fondement des principes d'égalité et de dignité de la personne humaine. Certes, il n'exclut pas vraiment certains individus mais le fait de les reconnaître bénéficiaires de prestations minimales n'équivaut pas à un accès égal aux droits sociaux dérivés.

765. Les *distinctions positives* et l'attribution du *droit d'asile* sont des *démarches inclusives* de nouveaux bénéficiaires de la part du législateur en France et en Grèce. En revanche, l'octroi de certains droits sociaux à des étrangers à la condition de la régularité de leur séjour est une *démarche exclusive*. Dans le cas d'une démarche inclusive des prestations, il y a toujours une *convergence* entre les bénéficiaires permis par les droits sociaux fondamentaux et ceux désignés finalement sur les principes complémentaires.

766. En revanche, dans le cas d'une exclusion des *étrangers*, le risque existe d'une *divergence* entre bénéficiaires permis par les droits sociaux fondamentaux et bénéficiaires concrétisés au regard de l'égalité. Tel est le cas, précisément, du droit à la sécurité sociale en France et en Grèce qui, même s'il est consacré par les dispositions constitutionnelles en faveur de tous les « travailleurs », n'est pas attribué aux travailleurs en situation irrégulière. Il s'agit ici d'une méconnaissance par le législateur du sens circonscrit du principe d'égalité comme fondement complémentaire du principe social.

Conclusion du deuxième titre :

767. Le deuxième titre de notre étude avait pour objet de présenter les *fondements complémentaires* du principe de l'Etat social et, plus précisément, la manière exacte dont les

principes d'égalité et de dignité de la personne humaine lui servent de fondement. Lorsque les organes étatiques y prennent appui pour attribuer des prestations aux individus, leur sens n'est pas illimité. En revanche, il est circonscrit par les droits sociaux fondamentaux dans un double sens.

768. Les droits sociaux fondamentaux limitent, premièrement, le *type du contrôle possible* d'attribution des prestations. Si les *fondements complémentaires* n'étaient pas limités de la sorte, le *juge* serait en mesure de contrôler le législateur jusqu'à l'obliger à *créer* de nouveaux droits sociaux dérivés. Dans cette hypothèse, les juridictions seraient le principal organe de *création* des droits sociaux, ce qui contredirait l'interprétation proposée dans le premier titre de notre étude selon laquelle il n'y a pas d'*obligations positives* pour le législateur. Du point de vue de notre étude, c'est parce que le sens des principes complémentaires est limité par les fondements spécifiques du principe social que le juge ne peut qu'effectuer un *contrôle strict* d'attribution des prestations sur leur fondement. Dès lors, la *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social continue être valable.

769. Les droits sociaux fondamentaux limitent, deuxièmement, les *solutions possibles* quant à la détermination des bénéficiaires des prestations. Cela signifie que le *législateur* n'est pas complètement libre quant à l'attribution de droits sociaux dérivés sur le fondement des principes complémentaires. L'aménagement de prestations au regard de ces derniers est réglé par les droits sociaux fondamentaux qui déterminent les *bénéficiaires* finaux des prestations. Dans le cas d'une *divergence* entre les principes complémentaires et les droits sociaux fondamentaux, les derniers prévalent en tant que fondements spécifiques du principe de l'Etat social. Pour cette raison, l'exclusion des travailleurs en situation irrégulière du droit à la sécurité sociale en France et en Grèce est inconstitutionnelle.

Conclusion de la 1^{re} partie :

770. L'analyse entreprise au sein de la première partie de la thèse se focalise sur la *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social en France et en Grèce, soit l'élément qui conditionne la *concrétisation positive* du principe. Il est question précisément de la répartition constitutionnelle des compétences entre le législateur et le juge de la constitutionnalité ou, autrement, de la *réserve de la loi*. En France et en Grèce, la Constitution habilite le *premier* comme l'organe auquel revient l'*initiative* d'une *concrétisation positive* dans le domaine social et le second comme l'organe qui contrôle l'initiative *déjà* prise. L'analyse a voulu démontrer

que le sens du principe de l'Etat social est toujours circonscrit par sa *limite intrinsèque* à travers l'étude distincte de ses différents fondements.

771. Premièrement, dans le cas des *fondements spécifiques*, soit des *objectifs-fondements* et des *droits sociaux fondamentaux*, on est en présence de normes constitutives du principe de l'Etat social. En ce qui concerne, d'une part, les fondements spécifiques *constitutionnels*, il a été question d'écarter la conception selon laquelle ils impliquent des obligations positives pour le législateur. L'accent a été mis sur la présentation du débat autour de la *justiciabilité* des normes sociales en tant que « faux dilemme ». A cet égard, on a distingué la *création* de l'*aménagement* des prestations matérielles et souligné que seulement le second peut faire l'objet d'un contrôle par le juge. Concernant, d'autre part, les fondements spécifiques *conventionnels* du principe de l'Etat social, même s'ils pourraient *indirectement* forcer le législateur national à agir, on a démontré que tel n'est pas finalement le cas. Ni la Convention européenne ni la Charte des droits fondamentaux de l'Union ne consacrent pour le moment les droits sociaux d'une manière qui permette un contrôle systématique de la politique sociale nationale. Contrairement aux ordres juridiques nationaux, le caractère obligatoire des *droits sociaux conventionnels* est contesté.

772. Concernant, deuxièmement, les *fondements complémentaires* du principe social, soit le principe d'égalité et le principe de dignité de la personne humaine, ils peuvent être conçus comme des fondements sociaux seulement en combinaison avec les fondements spécifiques. Ils ne disposent pas *à eux seuls* d'un sens tendant à la garantie de prestations matérielles pour les individus. Pour cette raison, dans leur fonction de *fondements sociaux*, ils sont circonscrits par les fondements spécifiques. L'application des principes complémentaires dans le domaine des prestations ne peut pas dépasser le sens des droits sociaux fondamentaux. Puisque le contrôle de l'omission législative n'est pas permis sur les fondements spécifiques, il ne sera pas permis non plus sur leur fondement. Par ailleurs, lorsque le législateur s'appuie sur le principe d'égalité pour exclure des individus parmi les bénéficiaires des droits sociaux dérivés, il ne peut méconnaître que certains droits sociaux fondamentaux ne permettent aucune distinction. En particulier, le droit à la santé, à l'enseignement et à la sécurité sociale ne sont pas seulement *universels* ; ils sont aussi *généralisés*.

773. Pour conclure, l'étude de la *limite intrinsèque* du principe social nous a permis de définir son sens d'une manière positive. A l'aune de cet examen, c'est le *maximum* du principe qui est clarifié, soit l'étendue de l'habilitation du législateur à *améliorer* la liberté matérielle des

individus. A présent, il convient de procéder à l'étude des *contre-limites* du principe social qui nous permettra de saisir son *minimum*, donc l'étendue de l'habilitation du législateur à *restreindre* la liberté matérielle des individus.

PARTIE 2

LES CONTRE-LIMITES DU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL

774. La seconde partie de la thèse se concentrera sur la question des *contre-limites du principe de l'Etat social*, entendues comme les éléments qui conditionnent sa *concrétisation négative* par le législateur¹²³⁰. Parce que le principe de l'Etat social en France et en Grèce a un caractère supra-législatif, la restriction de leur législation sociale est possible mais jusqu'à un certain point. La question centrale qui se pose alors est de déterminer quels sont les éléments présents au sein des ordres juridiques français et hellénique dont le *maintien* par le législateur est indispensable, afin de ne pas perdre leur qualification de « sociaux ».

775. Précisément, il s'agira d'analyser l'obligation de maintenir telle ou telle norme législative concrétisant le principe de l'Etat social ; norme disposant alors d'un *caractère inabrogeable*. Afin de traiter la question de l'identification de ces normes sociales non abrogeables, il convient de prendre en compte les différents types possibles d'abrogation législative. Selon une distinction proposée par Hans Kelsen, celle-ci peut être « totale » ou « partielle » : l'abolition totale d'une norme implique la suppression de son existence, alors que son abolition partielle implique une modification de son contenu¹²³¹. On déterminera alors quelles sont les normes sociales inabrogeables au regard de chaque type d'abrogation possible.

776. Si on applique la typologie à la législation qui concrétise le principe de l'Etat social, il convient d'identifier les garanties législatives dont la suppression *élimine* le principe et celles dont la suppression *méconnaît* simplement son sens. On se retrouve donc face à une *double interdiction* de suppression. D'une part, l'interdiction de supprimer les structures publiques prestataires, à défaut desquelles la fourniture des prestations n'est pas possible de la part de l'Administration. D'autre part, l'interdiction de priver les individus de la jouissance des prestations en tant que telle.

777. On retrouve ici la distinction réalisée antérieurement entre *structure* et *substance* du principe de l'Etat social ; la première désignant la garantie du caractère public des prestations

¹²³⁰ Voir *intro*, p. 44.

¹²³¹ Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, p. 146.

issues des objectifs-fondements et la seconde signifiant la jouissance de prestations issues des droits sociaux fondamentaux¹²³². Au niveau de la législation, la structure se concrétise à travers la création des *services publics sociaux* et la substance à travers l'octroi des *droits sociaux dérivés*. Si la *structure* du principe de l'Etat social n'est plus maintenue, l'octroi des prestations *par le biais des organes étatiques* ne sera pas possible. Dans cette hypothèse, les besoins matériels des individus ne seront plus satisfaits de la part de l'Etat. Il s'agira, dès lors, d'une *abrogation totale* du principe de l'Etat social tel qu'interprété dans le cadre de la présente étude. Si la *substance* du principe de l'Etat social n'est plus garantie, l'Etat sera toujours social mais sans vraiment accomplir son rôle dans la mesure où la garantie de la liberté matérielle des individus sera méconnue. L'essence du principe ne sera dès lors pas respectée. On serait ainsi devant une *abrogation partielle* du principe de l'Etat social.

778. De ce point de vue, le principe de l'Etat social, en France comme en Grèce, est caractérisé par une *structure* mais aussi une *substance*. Chacun de ces concepts s'accompagne de *contre-limites* différentes. Le respect de la première implique que le législateur s'abstienne de supprimer entièrement le principe, tandis que le respect de la seconde signifie qu'il ne procède pas à sa suppression partielle. Par conséquent, on analysera en détails, dans un premier temps, les contre-limites relevant de la *structure* du principe de l'Etat social (Titre I), avant, dans un second temps, d'étudier les contre-limites relevant de sa *substance* (Titre II).

¹²³² Voir *intro*, p. 42.

TITRE 1

LES CONTRE-LIMITES RELEVANT DE LA STRUCTURE DU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL

779. L'examen de la *structure* du principe de l'Etat social requiert l'étude des éléments dont la suppression entraîne l'*abrogation totale* du principe. Il s'agit des *services publics sociaux* dont l'existence conditionne la jouissance de droits sociaux accordés par l'Administration et qui constituent en ce sens l'élément structurel du principe de l'Etat social. Définis précédemment comme des *structures publiques à travers lesquelles l'octroi des prestations matérielles devient possible de la part de l'Etat*, ils permettent qu'une prestation matérielle soit octroyée *directement ou indirectement* par l'Administration¹²³³.

780. D'une manière générale, les services publics sociaux disparaissent lorsque la tâche de la fourniture des prestations n'incombe plus aux *organes étatiques*. Dans cette hypothèse, les services publics sociaux sont supprimés ou transférés à des personnes privées (*privatisation*)¹²³⁴. Il se peut aussi que les services publics sociaux ne soient pas éliminés en tant que tels mais qu'ils « perdent » progressivement leur caractère public au point de ne plus être distingués du privé (*libéralisation* ou *privatisation partielle*). Certes, dans ce dernier cas, le plus intéressant au regard de notre étude, ce sont en réalité les *caractéristiques essentielles* des services publics qui disparaissent et non leurs *éléments constitutifs* en tant que tels¹²³⁵. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une certaine *suppression* des services publics sociaux.

781. Au regard de toutes ces configurations, il convient de préciser dans quelle mesure le *caractère public* de l'octroi des prestations, tel qu'on le connaît, ne peut pas être supprimé ou excessivement affaibli. Etant donné la pluralité des tâches assurées par l'Administration dans le domaine social, la question cruciale ici est celle de savoir quelles sont précisément les *missions sociales* dont ses organes ne peuvent se décharger conformément au principe de l'Etat

¹²³³ Voir *supra*, p. 121 et s.

¹²³⁴ Voir *supra*, p. 125, p. 126.

¹²³⁵ Sur cette distinction voir *supra*, p. 119, p. 123.

social. L'identification de tels services publics sociaux *inabrogeables*, constitutifs de la structure de l'Etat social, relève d'une interprétation du principe supra-législatif de l'Etat social.

782. Si une telle interprétation est nécessaire pour déterminer quels sont les *services publics sociaux obligatoires*, elle ne peut porter sur le principe de l'Etat social tel que consacré au sein des *ordres juridiques supranationaux*. La raison en est, d'une part, que l'ordre juridique international et européen ne consacrent pas des objectifs-fondements du principe de l'Etat social et que les droits sociaux consacrés sont dans la plupart de cas non susceptibles du contrôle¹²³⁶. Il n'y a pas lieu, dès lors, d'étudier la protection des services publics sociaux au regard des conventions internationales.

783. D'autre part, le droit de l'Union européenne consacre *a priori* les services publics sociaux, mais leur sens diffère de deux ordres juridiques nationaux. Le droit de l'Union étant le fondement principal du *principe de la concurrence* entendu comme *l'exigence que tous les opérateurs agissent à égalité sur le marché*¹²³⁷, il exige son application aux services publics sociaux nationaux. Or, l'application du droit de la concurrence implique la suppression des prérogatives publiques attachées aux services publics sociaux et, dès lors, conduit à un *affaiblissement continu* de leur lien avec l'Administration. Elle véhicule dès lors une *libéralisation* des services publics sociaux et, partant, leur suppression.

784. Il s'ensuit que le *principe de la concurrence* entre en conflit avec le *principe de l'Etat social* et que seules les dispositions *constitutionnelles* en France et en Grèce peuvent poser des limites à son extension. Autrement dit, ce sont les fondements constitutionnels du principe de l'Etat social qui assurent le respect de sa *structure*. Afin de démontrer ce postulat, il convient, en premier lieu, d'examiner les services publics sociaux à l'épreuve du principe de la concurrence (Chapitre 1), puis d'étudier les services publics sociaux constitutionnels (Chapitre 2).

¹²³⁶ Voir *supra*, Chapitre 2, Titre 1, Partie 1.

¹²³⁷ Voir *supra*, p. 173, p. 174.

Chapitre 1

Les services publics sociaux à l'épreuve du principe de la concurrence

785. L'étude des services publics sociaux à l'épreuve du principe de la concurrence de l'Union européenne vise à éclairer les répercussions de ce dernier sur le caractère public des premiers. A cet égard, on étudiera la *suppression* des services publics sociaux en tant que dernière étape de l'application de plus en plus étendue de la concurrence au sein des Etats membres.

786. Accentuer la nature inconciliable des deux principes, celui de l'*Etat social* et celui de la *concurrence*, va à l'encontre de la conception promue par le droit de l'Union selon laquelle ce principe n'influence pas le caractère public des services publics sociaux, mais vise seulement à garantir une égalité entre opérateurs publics et opérateurs privés¹²³⁸. Afin de démontrer que le principe de la concurrence affaiblit les services publics sociaux au point *in fine* de les abroger, il convient de révéler l'indétermination qui persiste s'agissant des *limites* à l'application de la concurrence. Ainsi, il importe de relever un décalage entre les limites indéterminées de la concurrence au regard du droit de l'Union et la présence explicite de celles-ci au sein des ordres juridiques nationaux français et hellénique.

787. Le constat d'une différente approche entre le droit de l'Union et les droits nationaux ne vise pas à ressusciter un débat doctrinal déjà éculé sur l'antagonisme entre le principe de la concurrence et les services publics nationaux¹²³⁹, ni de stigmatiser le droit de l'Union en tant que droit purement « libéral ». Il s'agit simplement d'écarter ce dernier comme *fondement* des contre-limites à l'abrogation totale du principe de l'Etat social. Dans cette perspective, il conviendra de relever l'indétermination des limites au principe de la concurrence dans le droit de l'Union (Section 1), puis d'envisager la suppression des services publics nationaux en tant que conséquence finale d'une application illimitée de celui-ci (Section 2).

¹²³⁸ Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2016, p. 857. Gabriel ECKERT, *Droit public des affaires*, L.G.D.J., 2013, p. 110-111.

¹²³⁹ Robert KOVART, Denys SIMON, *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, actes du colloque de Strasbourg, 17-19 octobre 1996, *Introduction et approche sectorielle*, Tome I, La Documentation française, 1998.

Section 1 - L'indétermination des limites au principe de la concurrence dans le droit de l'Union européenne

788. Afin que le principe de la concurrence s'applique à une activité de service public, il est nécessaire que celle-ci puisse être qualifiée d'*économique* (« entreprise ») ; tel est le critère principal de l'application de la concurrence ainsi qu'il l'a été consacré par la Cour de Justice dans son fameux arrêt *Hofner*¹²⁴⁰. Une *activité non économique* n'a pas pour objet, au regard de la jurisprudence communautaire, de fournir des biens ou services sur un marché donné¹²⁴¹. Quant à la question de la délimitation de l'application du principe de la concurrence, tout l'enjeu porte sur la distinction entre *activités économiques*, qui justifient une perte de privilèges étatiques, et *activités non économiques*, qui impliquent, en revanche, leur maintien.

789. A défaut de limites déterminées de la concurrence au sein du droit de l'Union, la jurisprudence communautaire considère que les *services publics sociaux* nationaux sont des activités économiques. Ce fait contraste avec leur consécration au sein des ordres juridiques français et hellénique où ils sont exemptés du principe de la concurrence. L'étude de l'indétermination des limites du principe de la concurrence au regard du droit de l'Union implique ainsi l'opposition d'une approche nationale et d'une approche communautaire de l'« activité économique » : la première aborde les services publics sociaux comme des activités non économiques (1) alors que la seconde les conçoit comme des activités économiques (2).

§ 1 - L'approche nationale : les services publics sociaux en tant qu'activités non économiques

790. Les deux ordres juridiques nationaux connaissent depuis longtemps la distinction entre *activité économique* et *activité non économique*, sans toutefois que celle-ci serve nécessairement comme critère de dérogation au principe de la concurrence. Le caractère exact de l'activité de service public est plutôt au sein des ordres juridiques nationaux un critère général qui permet la perte des privilèges à leur égard. En France et en Grèce, la prise en compte de l'activité économique du *service public* rapproche les structures publiques et les personnes privées à double égard : premièrement, en contestant l'application du droit public aux

¹²⁴⁰ CJCE, 23 avril 1991, C - 41/90, *Höfner et Elser*.

¹²⁴¹ CJCE, 19 janvier 1994, C-364/92, *Eurocontrol*, considérant n° 30 : « Les activités d' Eurocontrol, y compris la perception des redevances de route opérée pour le compte des États, se rattachent, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, à l' exercice de prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l' espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique et ne présentent pas un caractère économique justifiant l' application des règles de concurrence du traité ».

premières ; deuxièmement, en imposant la fin du financement et des monopoles publics à leur bénéfice pour respecter le principe de la concurrence.

791. L'étude qui suit vise à démontrer qu'en ce qui concerne précisément les *services publics sociaux*, aucun des privilèges mentionnés n'est vraiment contesté. Il convient, toutefois, de faire une différenciation quant au maintien des *monopoles publics organiques*, soit l'interdiction de la participation des personnes privées à l'exercice des services publics. Les services publics sociaux peuvent être rendus par des personnes privées à la condition qu'elles agissent comme des organes de l'Administration¹²⁴². La *définition matérielle* des services publics sociaux est le seul élément qui témoigne d'une perte des privilèges publics *très limitée*, qui reste tout à fait compatible avec leur caractère public.

792. Plus simplement, les services publics sociaux en France et en Grèce présentent la spécificité de ne pas toujours être *directement* rendus par l'Administration sans toutefois que les caractéristiques essentielles de leur caractère public soient contestées. A cet égard, les services publics sociaux tels que consacrés dans les ordres juridiques nationaux impliquent, d'une part, une dérogation générale quant à la perte de privilèges des organes étatiques (A) et, d'autre part, une ouverture minimale aux personnes privées (B).

A - La dérogation générale des organes étatiques à la perte de privilèges

793. Il convient, en premier lieu, d'étudier l'origine de la distinction entre services publics économiques et services publics non économiques dans les ordres juridiques nationaux (i), avant de démontrer, ensuite, la place des services publics sociaux dans ces derniers (ii).

i - L'origine de la distinction entre services publics économiques et services publics non économiques

794. On abordera ici la distinction entre activité *économique* et activité *non économique* sachant qu'au moment où les ordres juridiques nationaux ont connu la problématique générale de la *perte des privilèges* des organes de l'Administration, le principe de la concurrence n'était pas encore très répandu. Dans un premier temps, il a été simplement question de réaliser une répartition du contentieux applicable selon les cas et de différencier celui relevant du droit privé de celui attaché au droit public. Le principal privilège affecté par la distinction est celui, pour

¹²⁴² Voir *infra*, p. 329 et s.

les services publics, de faire l'objet de règles de droit public souvent exorbitantes de celles du droit civil.

795. En France, la distinction entre services publics *économiques* et services publics *non économiques* trouve son origine dans l'arrêt *Bac d'Eloka* rendu par le Tribunal des conflits en 1921¹²⁴³. Il y est jugé, pour la première fois, que les juridictions civiles sont compétentes, lorsqu'il s'agit de « services publics industriels et commerciaux » (« SPIC »). L'arrêt a ainsi donné naissance à un nouveau concept jusqu'alors inexistant dans l'ordre juridique français¹²⁴⁴. En exigeant que l'exercice d'activités industrielles par l'Administration se réalise dans les mêmes conditions que pour les personnes privées, les juges ont redéfini les rapports entre les organes administratifs et ces dernières. Dans la continuité de la jurisprudence *Bac d'Eloka*, il est aujourd'hui admis que lorsqu'un organe intervient sur un marché concurrentiel, il perd ses privilèges en application du principe de la concurrence¹²⁴⁵.

796. Dans le prolongement de l'arrêt précité, la jurisprudence a précisé la distinction entre les SPIC et une autre catégorie de services publics impliquant des activités non marchandes qualifiés de « services publics administratifs » (« SPA »). Déterminer quand un service public dispose d'un caractère *marchand* n'est pas toujours aisé et a fait émerger d'importantes difficultés juridiques par le passé¹²⁴⁶. Néanmoins, traiter la question de la *qualification exacte* des services publics en fonction des concepts en question, risque de renouveler une analyse déjà réalisée sur l'identification d'un service public en général¹²⁴⁷. En effet, comme dans le cas de la détermination générale d'un *service public*, c'est ici la qualification législative qui compte¹²⁴⁸. A défaut, le Conseil d'Etat français considère un faisceau d'indices à partir desquels il se prononce sur la qualification exacte du service public en question¹²⁴⁹. Notre étude

¹²⁴³ Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, n°00706, *Société commerciale de l'Ouest africain*.

¹²⁴⁴ Marceau LONG et alii, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2015, p. 212. D'après l'ancien rapporteur public : « Certains services sont de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'administration publique ; il est nécessaire que le principe de la séparation des pouvoirs en garantisse le plein exercice, et leur contentieux sera de la compétence administrative. D'autres services, au contraire, sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'État, ce n'est qu'occasionnellement accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général ; les contestations que soulève leur exploitation ressortissent naturellement de la juridiction de droit commun ».

¹²⁴⁵ CE, 3 novembre 1997, n° 169907, *Société Million et Marais*.

¹²⁴⁶ Gilles J. GUGLIELMI, Géneviève KOUBI, Martine LONG, *Droit du service public*, L.G.D.J., 2016, p. 115.

¹²⁴⁷ Voir *supra*, p. 116.

¹²⁴⁸ Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Claudie BOITEAU, Clotilde DEFFIGIER, *Droit des services publics*, LexisNexis, 2015, p. 73. « Un critère simple d'identification n'existe pas si la qualification législative est absente ».

¹²⁴⁹ Marceau LONG et alii, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 209.

appréhende les services publics comme des structures concrétisant les garanties constitutionnelles et c'est, dès lors, à cet égard que le caractère marchand est retenu ou écarté.

797. Quoiqu'il en soit, ce qu'il est ici essentiel de constater est que l'ordre juridique français connaît depuis 1921 la distinction SPI/SPAC qui recoupe aujourd'hui celle entre activités marchandes et activités non marchandes¹²⁵⁰. Au-delà d'un simple outil de répartition du contentieux entre juridictions civiles et juridictions administratives¹²⁵¹, la distinction entre SPIC et SPA signifie davantage au niveau théorique. L'émergence du concept des SPIC répond au défi intellectuel de saisir la controverse reposant sur le fait pour l'Administration d'exercer une activité économique¹²⁵². Derrière une telle distinction émerge la conception selon laquelle certains services publics appartiennent « naturellement » à l'Etat¹²⁵³, alors que d'autres sont pris en charge de manière « accidentelle »¹²⁵⁴. Il s'agit d'une conception qui marque non seulement l'origine de la discussion autour des dérogations nécessaires à la concurrence, mais davantage celle portant sur les *services publics constitutionnels* telle qu'on la connaît aujourd'hui¹²⁵⁵. En effet, si certains services publics appartiennent *par excellence* à l'Etat, non seulement leurs privilèges doivent être maintenus, mais aussi leur suppression est interdite.

798. En ce qui concerne la Grèce, la doctrine raisonne davantage en termes de *personnes morales de droit public* et moins en termes de *services publics*¹²⁵⁶. Cependant, les expressions différentes n'influencent pas la problématique de leur dérogation à la concurrence qui reste identique à celle présentée dans le cas français. Lorsque des *personnes morales de droit public* exercent une activité économique, une telle dérogation n'est plus justifiée¹²⁵⁷. La question qui se pose alors est celle de savoir dans quelle mesure la distinction entre activité *marchande* et

¹²⁵⁰ Pierre LE MASNE, *Les services publics. Approches économiques et enjeux sociaux*, Presses Universitaires de Rennes, 2007, p. 11.

¹²⁵¹ Gilles J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI, Martine LONG, *Droit du service public, op.cit.*, p. 118,119.

¹²⁵² Pierre SANDEVOIR, « Les vicissitudes de la notion de service public industriel et commercial », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., Revue du droit public, 1974, p. 317. « La notion même du service public est contradictoire et de longue date cette contradiction a entraîné une série de difficultés dans la définition de cette notion », p. 320.

¹²⁵³ Le rapporteur public Matter de l'arrêt Bac d'Eloka est à l'origine de la thèse du « service public par nature ». Cette formule a donné lieu à plusieurs analyses de la part de la doctrine française. Voir Sabine BOUSSARD, « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du "service public par nature" », *RFDA*, n° 1, 2008, p. 43.

¹²⁵⁴ Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Claudie BOITEAU, Clotilde DEFFIGIER, *Droit des services publics, op. cit.*, p. 69.

¹²⁵⁵ Voir *infra*, p. 374.

¹²⁵⁶ Voir *supra*, p. 119.

¹²⁵⁷ CdE, n° 150/2015, CdE n° 703/1977 : « le statut public d'une organisation professionnelle n'empêche pas l'application de l'article 85 du traité communautaire ».

activité *non-marchande* des organes étatiques est systématisée au sein de l'ordre juridique hellénique à l'instar de l'ordre juridique français.

799. La distinction française entre SPIC et SPA ne trouve pas de correspondance exacte au sein de l'ordre juridique hellénique. Deux autres distinctions reposent, toutefois, sur une logique semblable à celle qui a cours dans le droit français. Il s'agit, en premier lieu, de la conception de l'Administration en tant que *fiscus* qui se distingue de celle de l'Administration en tant qu'*imperium*, impliquant une différenciation entre les activités étatiques de *gestion* et les activités étatiques d'*autorité*¹²⁵⁸. La distinction, qui ressort d'une jurisprudence constante du Conseil d'Etat hellénique¹²⁵⁹, sert d'outil de répartition des contentieux entre les juridictions civiles et les juridictions administratives. Se rapprochant des notions de SPIC et de SPA reconnues dans l'ordre juridique français, elle est par ailleurs liée à la problématique du maintien des privilèges publics. C'est le cas, par exemple, lorsque le Conseil d'Etat hellénique¹²⁶⁰ interdit que la propriété publique soit encadrée par des règles de droit privé¹²⁶¹.

800. Le droit administratif hellénique connaît, en deuxième lieu, une autre distinction entre *personnes morales de droit public* et *personnes morales publiques régies par le droit privé*¹²⁶². Les secondes doivent être entendues comme des personnes morales créées en vue de poursuivre une *activité de production ou d'entreprise* auxquelles s'appliquent les règles du droit privé¹²⁶³. La notion de *personnes morales publiques régies par le droit privé* rappelle la notion française de SPIC en impliquant la soumission d'organes étatiques aux règles du droit privé.

¹²⁵⁸ Lire sur cette distinction : Constantin YANNAKOPOULOS, « L'approche institutionnelle de la compétence des organes administratifs », *To S.*, n° 6, 2003, p. 1011 (en grec). Epaminondas SPILIOTOPOULOS, *Droit administratif hellénique*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2004, p. 354-356. S'agissant de la détermination de la nature de l'acte attaqué en tant que critère de la recevabilité du recours en annulation, l'auteur signale que ne sont pas susceptibles d'en faire l'objet les actes juridiques des organes d'Etat édictés dans le cadre de relations contractuelles ou autres régies par le droit privé par opposition aux actes de *puissance publique*.

¹²⁵⁹ CdE, n° 3385/00 : l'organisme des établissements scolaires, même s'il a la nature d'entreprise anonyme, fonctionne comme une personne morale de droit public lorsqu'il accorde un permis de construire. CdE 801/1978 : les actes de concession de biens appartenant à l'Etat sont des actes d'autorité et non des actes conventionnels. Ils relèvent d'une politique étatique économique et sociale. Il s'agit d'actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation. CdE, n° 3071/1973 : lorsque l'Administration prend des mesures pour garantir la propriété de l'Etat sur ses champs, il ne s'agit pas d'actes d'autorité susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation.

¹²⁶⁰ CdE, n° 891/2008 : la gestion des biens communs appartenant à la propriété publique, comme les plages, se différencie de la gestion de sa propriété privée et constitue un exercice d'autorité publique. Même si les actes en l'espèce proviennent de la société anonyme « Biens touristiques helléniques », ce sont des actes administratifs appartenant au « noyau de l'autorité publique ».

¹²⁶¹ Akritas KAIDATZIS, « Contrôle des mesures de politique économique. Tendances juridictionnelles et adaptations à l'environnement financier et politique », *to S.*, n°4, 2010, p. 499 (en grec).

¹²⁶² Loi n° 3429/2005, « Entreprises publiques et Organismes », JO A/314/ publié le 27-12-2005.

¹²⁶³ Epaminondas SPILIOTOPOULOS, *Droit administratif hellénique, op.cit.*, p. 269. Akritas KAIDATZIS, *Les limites constitutionnelles aux privatisations*, Ed. Sakkoulas Athènes-Thessalonique, 2006, p. 284. (en grec).

801. Il est ainsi possible de constater que les deux distinctions prévues dans l'ordre juridique hellénique relèvent bien de la problématique de la perte des privilèges des organes étatiques. La référence aux activités de *gestion ou d'autorité* renvoie aussi à la *cause* de la contestation des prérogatives publiques, élément qui est seulement sous-entendu dans toutes les autres distinctions similaires, y compris celle entre SPIC et SPA en France¹²⁶⁴ qui implique simplement que l'Administration puisse exceptionnellement exercer une activité économique. La jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique, en employant notamment comme critère la *nature* de l'activité en question, offre une justification plus développée de la solution apportée au problème ici examiné. Etant donné la typologie présentée ci-dessus, il convient à présent de déterminer où classer les services publics sociaux en France et en Grèce.

ii - La place des services publics sociaux parmi les services publics non économiques

802. Comme on a pu le rappeler précédemment, les *services publics sociaux* qui nous intéressent ici ne sont pas consacrés par la jurisprudence administrative en tant que tels, ni en France ni en Grèce¹²⁶⁵. Il convient toutefois d'employer ici cette qualification qui permet d'accentuer le fait que le droit de la concurrence s'applique à eux d'une manière spécifique par rapport aux autres services publics. Aux catégories classiques des *services publics régaliens* et des *services publics en réseaux*, s'ajoute alors celle des *services publics sociaux*. La question qui se pose, par conséquent, consiste à se demander dans quelle mesure la *mission* de chaque type de service public est considérée comme une activité économique assujettie à la concurrence. Il est, ensuite, possible de constater *trois degrés différents* de contestation des privilèges en fonction des trois types de service public mentionnés. La densité du caractère public des services se présentera, en l'espèce, comme un spectre.

803. En premier lieu, les *services publics régaliens* font preuve d'un caractère public très fort en France et en Grèce également. Ils sont conçus comme des *services non économiques par excellence* impliquant l'absence totale de concurrence. Tel est l'apport, d'une part, de la jurisprudence du Conseil d'Etat français¹²⁶⁶ et, d'autre part, du Conseil d'Etat hellénique¹²⁶⁷ qui

¹²⁶⁴ Le Conseil d'Etat français, par opposition au Conseil d'Etat hellénique, ne retient pas dans ce cas de figure la distinction entre actes de gestion et actes d'autorité qui est toutefois présente dans le droit administratif français depuis l'arrêt *Blanco* du Tribunal des conflits. Voir, *supra*, p. 116.

¹²⁶⁵ Voir *supra*, p. 121.

¹²⁶⁶ CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, n° 12045 : « que le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration ; qu'en confiant la charge de ce service à une fédération de propriétaires privés, le conseil municipal de Castelnaudary a excédé ses pouvoirs ». CE, 11 janvier 1961, n° 23677, 41893, *Barbaro et de la Marnière*. CE, 20 juin 1973, n° 83316, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*.

¹²⁶⁷ CdE, n° 1934/1998. Dans cette affaire dite des « parcètres », le Conseil d'Etat hellénique énonce que les services de police sont des services régaliens appartenant au « noyau » de l'Etat dont la concession à des personnes privées est interdite.

soulignent tout deux le lien très fort de ces types de services avec l'Administration. La doctrine française¹²⁶⁸ les classe sans aucun doute parmi les *SPA* et la doctrine hellénique¹²⁶⁹ les appréhende en tant qu'expressions certaines de l'*impérium*.

804. Il s'ensuit que non seulement les services publics régaliens dérogent nécessairement à la concurrence, mais qu'ils justifient en plus le maintien de *monopoles publics*¹²⁷⁰. L'intervention de personnes privées est en l'espèce totalement exclue ; aussi bien leur action parallèle à celle des organes étatiques que leur participation directe au service public¹²⁷¹. Les services publics régaliens ne sont jamais définis au sens matériel, mais toujours au sens organique du terme. Aucune démarche de privatisation ou de libéralisation n'a donc jamais été entreprise à leur égard par le législateur, ni en France ni en Grèce.

805. Les services publics régaliens s'opposent, en second lieu, aux *services publics en réseaux*. Ces derniers correspondent, selon la doctrine française¹²⁷² et hellénique¹²⁷³, à une activité économique qui ne justifie nullement le maintien de privilèges. On est ici en présence du degré le plus fort de l'application du principe de la concurrence à des services publics qui peut aller jusqu'à la justification de leur *libéralisation*. En réalité, la plupart des services publics en réseaux en France et en Grèce sont d'anciens monopoles publics qui ont dû être *libéralisés* à la suite de l'intervention des organes communautaires¹²⁷⁴. En maintenant exceptionnellement les privilèges relatifs à l'exercice nécessaire du *service universel*, ils impliquent un lien plus distendu avec l'Etat. On parle dans ce cas de figure d'une *suppression* du caractère public des activités en réseaux.

806. La plupart des services publics en réseaux sont aujourd'hui gérés par des *entreprises publiques* qui maintiennent leur caractère public tant que l'Administration reste l'actionnaire majoritaire de leur capital. Les services publics en réseaux sont encadrés par le droit privé selon

¹²⁶⁸ Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Claudie BOITEAU, Clotilde DEFFIGIER, *Droit des services publics*, p. 97. Ils bénéficient d'une « présomption d'administrativité ».

¹²⁶⁹ Apostolos GERONTAS, *Droit public économique*, Ed. Sakkoulas Athènes-Thessalonique, 2011, p. 610.

¹²⁷⁰ Spiros VLACHOPOULOS, « La privatisation des compétences rattachées au noyau de la puissance publique », *DtA*, n° 22, 2004, p. 455.

¹²⁷¹ Voir, toutefois, la décision du Conseil constitutionnel 90-285 DC du 28 décembre 1990, considérant n° 46 : « Considérant que l'article 131 de la loi n'est pas contraire à ces exigences, dans la mesure où les différents organismes chargés du recouvrement de la contribution instituée par l'article 127 exercent une mission de service public et sont placés sous la tutelle de l'État ou sous son contrôle ».

¹²⁷² Jean – François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Claudie BOITEAU, Clotilde DEFFIGIER, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 92.

¹²⁷³ Georges DELLIS, *Intérêt général et marché*, Tome I, Ed. Ant. N. Sakkoulas, 2008, p. 212, 213.

¹²⁷⁴ Voir *supra*, p. 114, p. 125.

la jurisprudence française¹²⁷⁵ et hellénique¹²⁷⁶. Il s'agit de l'exemple le plus classique de SPIC, tels que définis par le droit français, ou de services relevant d'activités de *fiscus*, dans le cas grec. Ils se trouvent aujourd'hui de plus en plus exposés à une tendance visant leur totale privatisation¹²⁷⁷.

807. Il est alors possible de constater que dans les ordres juridiques nationaux, les services publics *en réseaux* contrastent avec les services publics *régaliens* ; les deux étant les pendants de la distinction entre activités économiques et activités non économiques. La question essentielle qui se pose alors est de se demander où exactement situer, à côté de ces deux types de services, les *services publics sociaux*. La jurisprudence administrative française et hellénique est assez claire à ce sujet : le Conseil d'Etat français les place au sein de la catégorie des SPA¹²⁷⁸ et le Conseil d'Etat hellénique les consacre comme des activités d'*imperium*¹²⁷⁹. Il s'agit d'une jurisprudence administrative qui confirme la législation dans les deux Etats. En effet, les législations sociales française¹²⁸⁰ et hellénique¹²⁸¹ soulignent le caractère non économique des activités qui relèvent des services publics sociaux ; élément qui ne laisse pas de doute quant au maintien, les concernant, de prérogatives publiques.

808. Le fait de situer les services publics sociaux parmi les services publics relevant du droit public présente des avantages, mais aussi des inconvénients. L'avantage principal est qu'en soulignant le caractère public des services publics en question, la *nature non économique* des activités est accentuée. Dans cette perspective, les services publics sociaux relèvent de ces services qui appartiennent « naturellement » à l'Administration et qui entretiennent, par conséquent, un lien très fort avec celui-ci à l'instar des services régaliens ; un « terrain » favorable à une approche, mieux fondée, en termes de *services publics constitutionnels*¹²⁸². Le désavantage essentiel de leur classification au sein de la catégorie *SPA / activités d'impérium*

¹²⁷⁵ Voir en France l'arrêt du Tribunal des Conflits, 21 mars 2005, Alberti-scott à propos de la qualification du service de l'eau en tant que SPIC.

¹²⁷⁶ En Grèce, voir la jurisprudence du CdE, n° 2643/1967 et n° 1457/1969 à propos de l'entreprise publique d'électricité.

¹²⁷⁷ Voir *infra*, p. 366 et s.

¹²⁷⁸ CE, 13 mai 1938, n° 57302, *Caisse primaire « Aide et Protection »*. D'après cet arrêt, la sécurité sociale repose sur des établissements publics nationaux à caractère administratif, mais aussi des « organismes privés chargés de la gestion d'un service public ». Lire notamment sur l'extension de la « présomption de l'administrativité » aux services publics en question : Jean-Paul VALETTE, *Le service public à la française*, Ellipses, 2000, p. 57.

¹²⁷⁹ CdE, n° 5024/1987, n° 2690, n° 2692/1993, n° 3096, n° 3101/2001, mais aussi AED, n° 87 /1997. Jurisprudence constante selon laquelle la sécurité sociale relève de l'exercice exclusif des personnes morales de droit public.

¹²⁸⁰ Article L. 6141-1 du Code de la santé publique : « Les établissements publics de santé sont des personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière. Ils sont soumis au contrôle de l'Etat dans les conditions prévues par le présent titre. Leur objet principal n'est ni industriel ni commercial ».

¹²⁸¹ Loi n° 3370/2005, JO A/176/ 11-7-2005. Article 1 : « La politique de la santé est avant tout l'exercice d'une politique publique et repose sur la responsabilité de l'Etat ».

¹²⁸² Voir *infra*, p. 374 et s.

est toutefois de négliger certaines de leurs particularités par rapport aux services publics régaliens. Une telle spécificité repose sur le fait de partager certaines caractéristiques également avec les services publics en réseaux. Précisément, bien que les activités relevant des services publics sociaux aient un caractère non économique et appartiennent « naturellement » à l'Etat, souvent l'application à ceux-ci de règles de *droit privé* est jugée nécessaire.

809. Le statut des *SPA / activités d'imperium* qui recouvre aujourd'hui les *services publics sociaux* en droits français et hellénique paraît ainsi mal adapté à une vision plus « moderne » des services en question qui permet également d'*habiliter* des personnes privées à les exercer sous la tutelle de l'Administration¹²⁸³. Le recours au statut d'*autorité publique* renvoie à une conception très restrictive du service public qui tend à pérenniser les monopoles publics et créer une confusion¹²⁸⁴. Il devient ainsi peu compréhensible qu'un service public puisse être régi par le droit privé mais être exonéré du droit à la concurrence comme c'est le cas des services publics sociaux.

810. A cet égard, les auteurs français¹²⁸⁵ soulignent, quant au logement par exemple, que le recours au statut d'« EPIC »¹²⁸⁶ peut être nécessaire dans la mesure où il rend la gestion des services publics plus facile. Dans ce cas, les organismes de droit privé bénéficient d'un régime juridique souple et mieux adapté à une organisation plus flexible que celle résultant du droit administratif et du statut de la fonction publique. Cependant, la qualification législative ne signifie nullement que le service public du logement social en France est conçu comme un *service économique* puisque sont maintenues des prérogatives de puissance publique nécessaires en considération de l'aspect social de cette activité¹²⁸⁷. Le Conseil d'Etat français l'a d'ailleurs par le passé plusieurs fois qualifié de service public administratif¹²⁸⁸. D'après la

¹²⁸³ Voir *infra*, p. 329 et s..

¹²⁸⁴ Or, aujourd'hui presque aucun service public social ne s'exerce en tant que monopole public au sens organique, mais les organes étatiques partagent avec les personnes privées des monopoles au sens fonctionnel à la seule exception de l'enseignement universitaire en Grèce consacré comme monopole public par l'article 16, par.8 de la Constitution hellénique al. 2 énonçant que « La fondation d'écoles d'enseignement supérieur par des particuliers est interdite ».

¹²⁸⁵ Yves JEGOUZO, « Le logement social entre solidarité, décentralisation, service public et concurrence », *AJDA*, n° , 2008, p. 500.

¹²⁸⁶ Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, Article 49 : « Le Gouvernement est autorisé à modifier le chapitre I^{er} du titre II du livre IV du code de la construction et de l'habitation pour définir les missions de ces établissements publics locaux à caractère industriel et commercial ».

¹²⁸⁷ En effet, parmi les avantages dont disposent les offices publics de l'habitat, mentionnons la possibilité d'acquérir des biens par voie d'expropriation, l'insaisissabilité de leurs biens, ou encore leur non-soumission aux procédures de liquidation et de règlement judiciaire. Seul leur personnel est régi par des règles de droit privé. Etienne FATOME, « Office public de l'habitat, entreprise sociale ? », *AJDA*, n° 2, 2013, p. 100. Yves JEGOUZO, « Le logement social entre solidarité, décentralisation, service public et concurrence », *AJDA*, n° 10, 2008, p. 500.

¹²⁸⁸ CE, 24 avril 1992, n° 116489, *Union nationale des fédérations d'organismes d'habitations à loyer modéré*. CE, 8 octobre 2010, n° 316723 selon lequel une convention ayant pour objet un logement d'étudiants conclue entre

doctrine française¹²⁸⁹, il s'agirait simplement d'un « camouflé » de l'Administration derrière des services publics à statut privé. Les auteurs grecs¹²⁹⁰ notent également que le recours à la notion d'*imperium* conduit à une situation inadaptée à l'environnement économique contemporain.

811. Le fait que les *services publics sociaux* ne soient pas reconnus comme formant une catégorie spécifique de services publics complique leur compréhension. Bien qu'il s'agisse d'*activités publiques non économiques*, la participation de personnes privées à leur exercice nécessite parfois le recours au droit privé. Or, il n'existe à ce jour aucun concept admis par le juge administratif français ou grec pour décrire le fait que les services publics sociaux se situent au juste milieu entre les services publics régaliens et les services publics en réseaux. Quoiqu'il en soit, le cas des services publics sociaux nous enseigne que la nature de leur activité peut être *non économique*, mais partiellement relever du droit privé. C'est dans cette perspective qu'il convient d'étudier leur ouverture aux personnes privées.

B - La non-exclusion des personnes privées

812. Dans les deux ordres juridiques examinés, les services publics sociaux sont exercés non seulement par des organes étatiques, mais également par des personnes privées. Si la définition matérielle des services publics sociaux est déjà très répandue dans l'ordre juridique français (i), il s'agit, dans l'ordre juridique hellénique d'une conception en émergence (ii).

i - La définition répandue des services publics sociaux au sens matériel : le cas français

813. L'ordre juridique français implique une conception matérielle du service public social en prévoyant les différentes manières d'« habilité » des personnes privées à son exercice. Une permission de l'Administration donnée aux personnes privées d'exercer *sous son contrôle et à son bénéfice* une mission de service public est nécessaire. Une fois habilitées, les personnes privées deviennent elles-mêmes des *organes* réalisant une activité de service public et ont, par conséquent, droit à un statut dérogatoire au principe de la concurrence, donc au maintien des monopoles et privilèges publics (*sens matériel de service public*).

un centre régional des œuvres universitaires (CROUS) et une société d'habitation à loyer modéré (HLM) revêt le caractère de contrat administratif

¹²⁸⁹ Gilles J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI, Martine LONG, *Droit du service public, op.cit.*, p. 113.

¹²⁹⁰ Ioannis SIMEONIDIS, *La nature des actes des personnes morales publiques du droit privé*, Sakkoulas Athènes-Thessalonique, 1991, p. 46.

814. A défaut d'une telle habilitation, les personnes privées restent exclues du service public et agissent *parallèlement* aux organes de l'Administration sans bénéficier de privilèges. Dans le cas où même une telle activité indépendante était interdite, on parlerait d'un *monopole au sens organique* qui n'existe pas dans le domaine social en France. Cela ne signifie pas, cependant, qu'il n'y ait pas de *monopoles au sens matériel*, comme par exemple le monopole des grades et des titres universitaires : bien que des personnes privées puissent délivrer des services d'un enseignement supérieur, seule l'Administration française peut les reconnaître¹²⁹¹.

815. La question qui se pose est celle du fondement d'une telle habilitation. Dans la plupart des cas, l'habilitation des personnes privées est accordée par le *législateur*. Ainsi, en France, la loi est directe en ce qui concerne la mission de l'enseignement scolaire et universitaire¹²⁹², la santé¹²⁹³, la sécurité sociale¹²⁹⁴, l'emploi¹²⁹⁵ et le logement social¹²⁹⁶. Si la qualification législative de service public matériel simplifie la tâche de déterminer quand les personnes privées sont habilitées à l'exercer, tel n'est pas toujours le cas. Si une telle qualification n'existe pas, la jurisprudence du Conseil d'Etat donne la solution au problème. Dans ce cas de figure, la doctrine¹²⁹⁷ distingue *l'investiture explicite* de *l'investiture implicite* des personnes privées. Le

¹²⁹¹ Voir cependant *infra*, p. 342.

¹²⁹² Code de l'éducation, Article L. 442-5 sur l'enseignement scolaire : « Les établissements d'enseignement privés du premier et du second degré peuvent demander à passer avec l'Etat un contrat d'association à l'enseignement public, s'ils répondent à un besoin scolaire reconnu qui doit être apprécié en fonction des principes énoncés aux articles ». Article L. 31-1 sur l'enseignement universitaire : « Tout Français ou tout ressortissant d'un autre Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'espace économique européen, âgé de vingt-cinq ans, n'ayant encouru aucune des incapacités prévues par l'article L. 731-7, ainsi que les associations formées légalement dans un dessein d'enseignement supérieur, peuvent ouvrir librement des cours et des établissements d'enseignement supérieur, aux seules conditions prescrites par le présent titre ».

¹²⁹³ Article L. 6112-3 du Code de la santé publique : « Le service public hospitalier est assuré par : Les établissements de santé privés habilités à assurer le service public hospitalier et qualifiés d'établissements de santé privés d'intérêt collectif en application de l'article L. 6161-5 ».

¹²⁹⁴ Article R. 861-19 du Code de la sécurité sociale : « La déclaration prévue à l'article L. 861-7 est adressée au fonds mentionné au premier alinéa de l'article L. 862-1. L'organisme qui la souscrit s'engage à accueillir et à renseigner les personnes mentionnées à l'article L. 861-1 dans toutes ses implantations compétentes en matière d'assurance complémentaire de santé ».

¹²⁹⁵ Article L. 5312-3 du Code du travail : « Après concertation au sein du Conseil national de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelles, une convention pluriannuelle conclue entre l'Etat, l'organisme gestionnaire du régime d'assurance chômage mentionné à l'article L. 5427-1 et l'institution publique mentionnée à l'article L. 5312-1 définit les objectifs assignés à celle-ci au regard de la situation de l'emploi et au vu des moyens prévisionnels qui lui sont alloués par l'organisme gestionnaire du régime d'assurance chômage et l'Etat. Elle précise notamment : (4) Les conditions de recours aux organismes privés exerçant une activité de placement mentionnés à l'article L. 5311-4 ».

¹²⁹⁶ Article L. 422-1 du Code de la construction et de l'habitation : « L'activité des fondations d'habitations à loyer modéré est définie par le décret qui les déclare d'utilité publique ».

¹²⁹⁷ Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, p. 836, 837. L'investiture implicite correspond à l'hypothèse dans laquelle, dans le silence des textes ou des actes, il n'est pas certain qu'un organisme privé accomplissant une activité d'utilité publique ait été réellement investi d'une mission de service public.

premier cas implique une habilitation contractuelle connue sous le nom de « concession »¹²⁹⁸ ; dans le second, une habilitation unilatérale qualifiée de « délégation » se présume.

816. En particulier, c'est en 1938, à l'occasion du fameux arrêt *Caisse primaire Aide et protection*, que le Conseil d'Etat français a jugé pour la première fois que des personnes privées pouvaient être habilitées à exercer la mission d'assurance-maladie, *même en dehors de tout contrat*¹²⁹⁹. L'arrêt est l'exemple par excellence de la consécration d'une conception *matérielle* du service public. Certainement, la possibilité d'une habilitation *implicite* de personnes privées augmente-t-elle la confusion de la définition du service public, cependant le Conseil d'Etat français, à travers sa jurisprudence, a permis de systématiser une solution au problème par le biais de la méthode connue du *faisceau d'indices*¹³⁰⁰.

817. En tout état de cause, il est important de retenir que dans l'ordre juridique français les possibilités de *concession* et de *délégation* du service public sont largement admises et que les deux actes ne se confondent en aucun cas avec la *privatisation*. La délégation n'est pas une *privatisation* car le service continue d'être public¹³⁰¹, avec un maintien des prérogatives liées à l'Administration. Pour cette raison, il n'est pas ici question de rechercher les « limites à l'habilitation de personnes privées à exercer un service public »¹³⁰², mais seulement celles à la *privatisation/suppression* des services publics sociaux¹³⁰³.

¹²⁹⁸ Gilles J. GUGLIELMI, Géneviève KOUBI, *Droit du service public, op. cit.*, p.20. La concession est un contrat par lequel est confiée à une personne privée agissant sous le contrôle de l'administration la construction d'un ouvrage public ou l'exploitation d'un service public. Elle fut largement utilisée au XIX^e et au début du XX^e siècle.

¹²⁹⁹ CE, 13 mai 1938, n° 57302, *Caisse primaire « Aide et Protection »*. La sécurité sociale peut être assurée par des organismes privés. Avant cette affirmation explicite, le Conseil d'Etat avait admis qu'une personne privée, en l'espèce une caisse primaire, pouvait réaliser des opérations d'intérêt public dans l'arrêt CE, 20 décembre 1935, n° 39234, *Etablissement Vézia*. Voir également, CE, 22 février 2007, n° 264541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*.

¹³⁰⁰ A propos de l'analyse de l'arrêt *Narcy*, voir *supra*, p. 122. Parmi les trois critères du service public mentionnés ici par le juge administratif, les prérogatives de puissance publique tiennent une place essentielle.

¹³⁰¹ Voir en France, CE, 27 septembre 2006, n° 290716, *Bayrou et Association des usagers des autoroutes publiques de France et autres* sur la constitutionnalité de la privatisation des sociétés concessionnaires des autoroutes. Voir en Grèce, CdE, n° 3818 /1997 sur la constitutionnalité de la fin de la concession du service public du transport.

¹³⁰² Benoît PLESSIX, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 828-829. « Dès lors qu'une activité publique ne porte pas sur une mission régaliennne de l'Etat, rien, ni aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à la possibilité légale d'habiliter des personnes privées à gérer un service public aux lieu et place des collectivités publiques ».

¹³⁰³ Cela ne signifie nullement que les deux concepts, celui de *délégation* et celui de *privatisation* ne relèvent pas du tout de la même problématique. En revanche, de nombreuses difficultés peuvent se présenter lorsque l'Administration charge des *personnes privées* de remplir ses propres missions, un risque qui explique que cela ne soit pas permis dans le cas des *services publics régaliens*. L'examen de ces problèmes dépasse notre étude qui vise à établir les frontières entre l'activité *publique* et l'activité *privée*. Dans l'hypothèse d'une délégation, les personnes privées agissent également en tant qu'*organes de l'Administration* et leur action est conçue en tant qu'activité publique au sens large du terme.

ii - La définition émergente des services publics sociaux au sens matériel : le cas hellénique

818. Dans l'ordre juridique hellénique, la définition *matérielle* du service public n'est pas aussi répandue qu'en France¹³⁰⁴. En effet, les services publics de l'enseignement¹³⁰⁵, de l'emploi¹³⁰⁶ et du logement¹³⁰⁷ sont définis par la loi *dans un sens organique* dans la mesure où celle-ci *habilite* seulement des *personnes morales de droit public* à les fournir. En ce qui concerne précisément l'*enseignement universitaire*, il s'agit en plus d'un *monopole au sens organique* consacré comme tel par la Constitution. Son article 16 énonce que l'enseignement universitaire est exercé par des personnes morales de droit public en interdisant en même temps l'activité parallèle des personnes privées¹³⁰⁸.

819. Dans le peu de cas où le législateur donne une habilitation explicite à des personnes privées pour exercer une mission sociale, les problèmes qui l'accompagnent sont nombreux. S'agissant, par exemple, du service public hospitalier, le législateur a dans le passé intégré des cliniques privées au service public hospitalier¹³⁰⁹ ; une démarche qui a par ailleurs été validée par le Conseil d'Etat hellénique à travers son arrêt n° 400/1986¹³¹⁰. Toutefois, dans la mesure où la loi a énoncé, en plus, le changement du statut privé des cliniques à un *statut public*, on ne peut vraiment parler d'un service public *au sens matériel*. Il s'agirait d'un tel service seulement si les cliniques privées partageaient avec les hôpitaux publics leurs prérogatives et leurs obligations particulières. Il est question ici d'une restriction de l'initiative privée de la part de l'Etat à travers la modification forcée du statut privé des cliniques.

820. Le Conseil d'Etat hellénique, dans l'arrêt précité, permet la *définition organique* du service public de la santé et valide ainsi une politique législative « interventionniste » qui s'éloigne du

¹³⁰⁴ Epaminondas SPILIOTOPOULOS, « La notion de service public en droit hellénique », in Gerard MARCOU, Frank MODERNE, *L'idée du service public dans le droit des Etats de l'UE*, L'Harmattan, 2005, p. 217, p. 219.

¹³⁰⁵ C'était initialement la loi n° 682/1977, JO A/244/1^{er} -9- 977 qui encadrait la création des écoles par des personnes privées. Jusqu'à aujourd'hui, la législation a peu évolué puisque la loi n° 415/2016, JO A/159/ 6 -9- 2016 se limite à encadrer le recrutement des enseignants dans les écoles privées. Sur l'absence de collaboration entre les domaines privé et public de l'enseignement, on peut par exemple se reporter à la loi n° 2009/92 et son article 92 qui interdit l'usage des établissements appartenant aux écoles publiques au bénéfice des personnes privées. Par ailleurs, le contrôle de l'Etat sur les écoles privées est souvent strict au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique, voir CE, n° 14/1998 sur l'annulation de la création d'un établissement scolaire privé.

¹³⁰⁶ Loi n° 2768 /1999, JO A/273/ 8 -12-1999 sur la création du service public de l'emploi en tant que personne morale de droit public.

¹³⁰⁷ Loi n° 4144/2013 JO A/88 /18-4-2013 énonçant la substitution du service public de l'emploi aux obligations du service public du logement.

¹³⁰⁸ Article 16 de la Constitution, par. 5 : « L'enseignement supérieur est assuré uniquement par des établissements, qui constituent des personnes morales de droit public, pleinement décentralisés » ; par.8, « La fondation d'écoles d'enseignement supérieur par des particuliers est interdite ».

¹³⁰⁹ Loi n° 1937/1983, JO/A/143 /7-10-1983.

¹³¹⁰ CdE, n° 400/1986 selon lequel l'intégration nécessaire des cliniques privées au système national de santé et leur transformation en personnes morales de droit public sont constitutionnelles.

modèle français¹³¹¹. Ce dernier se fonde sur une collaboration entre l'initiative privée et l'initiative publique ; un élément qui se trouve au cœur de la définition matérielle de service public. La politique législative hellénique a cependant depuis évolué en habilitant davantage les personnes privées à exercer la mission de santé¹³¹², une évolution qui est en particulier visible dans la loi n° 3370/2005¹³¹³.

821. Par ailleurs, la question du *sens matériel* du service public se présente avec une plus grande vigueur dans le cas de la sécurité sociale. Le législateur grec a dans le passé habilité explicitement les personnes privées à exercer une mission de *sécurité sociale complémentaire*¹³¹⁴. Le Conseil d'Etat hellénique a, toutefois, écarté la loi, la considérant comme inconstitutionnelle, en énonçant que seules les *personnes morales de droit public* peuvent exercer une mission de sécurité sociale complémentaire et que l'Etat dispose en ce domaine d'un *monopole public*¹³¹⁵.

822. Il s'agit d'une jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique qui révèle une confusion entre *monopole au sens organique* et *monopole au sens matériel* puisqu'il était question, en l'espèce, de savoir si des organismes privés pouvaient bénéficier de cotisations sociales *obligatoires*. L'arrêt du Conseil d'Etat identifie les deux types de monopole en énonçant que pour qu'un organisme *privé* puisse bénéficier d'une telle prérogative *publique*, il doit disposer d'un statut différent. Toutefois, l'expérience française en la matière nous enseigne que les deux concepts ne sont pas synonymes et que des organismes *privés* habilités à exercer un service public peuvent également disposer d'un monopole *matériel*¹³¹⁶.

823. L'arrêt cité du Conseil d'Etat hellénique, qui est révélateur d'une jurisprudence constante¹³¹⁷, a été fortement critiqué par la doctrine hellénique¹³¹⁸, surtout parce qu'il néglige

¹³¹¹ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, *Le droit public de santé*, Nomiki vivliothiki, 2009, p. 188. (en grec).

¹³¹² Loi n° 2071/192, JO 123/A publié le 15 juillet 1992. Faidon VEGLERIS, « Conclusion à la question de la protection constitutionnelle des établissements privés d'intérêt général », *To S*, n° ?, 1987, p. 501.

¹³¹³ Loi n° 3370/2005, JO A/176/le 11-7- 2005. Cette dernière loi énonce une collaboration plus étroite entre les hôpitaux publics et les cliniques privées notamment à travers le renvoi des patients à l'unité de soins intensifs.

¹³¹⁴ Loi n° 208 /1992, JO A/165/ 7-10-1992. Sur le concept de sécurité sociale complémentaire, voir *infra*, p. 335, p. 344 et s.

¹³¹⁵ CdE, n° 5024 /1987. Seules les personnes morales de droit public peuvent être vecteurs de la sécurité sociale et, dès lors, la contribution due aux caisses en cause n'est pas une contribution obligatoire. Lire sur cet arrêt : Ioannis SARMAS, *Jurisprudence constitutionnelle et administrative du Conseil d'Etat hellénique. Etude évolutive des grands arrêts*, *op. cit.*, p. 781.

¹³¹⁶ Voir *supra*, p. 329.

¹³¹⁷ Jurisprudence constante : n° 2692 /1993, n° 3096/2001 et n° 2690/93. Voir également AED, n° 87 /1997.

¹³¹⁸ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, *Droit de la sécurité sociale*, Nomiki vivliothiki, 2017, p. 60. Kostas CHRYSOGONOS, *Droits individuels et sociaux*, Nomiki vivliothiki, 2006, p. 39. Michalis VRONTAKIS, « Les limites constitutionnelles de la compétence législative quant à la détermination des choix d'organisation

la qualification législative. Bien qu'il pose question, il n'est toutefois pas dépourvu de justification. La sécurité sociale est, au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique, un *acte d'imperium* dans le sens où elle relève d'une *activité non économique* réglée par le droit public. Raisonnant ainsi, le Conseil d'Etat hellénique fait de l'habilitation exclusive des *personnes morales de droit public* une garantie pour que les administrés ne soient pas obligés de cotiser obligatoirement vis-à-vis de personnes privées¹³¹⁹. La position selon laquelle seules des *personnes morales de droit public* peuvent profiter des telles prérogatives, parce qu'elles relèvent de l'*autorité de l'Etat*, démontre encore une fois les problèmes que pose l'absence d'une catégorie spécifique de *services publics sociaux*¹³²⁰.

824. Toutefois, le débat sur l'ouverture de la sécurité sociale peut aujourd'hui être considéré comme clos. En 2002, par une transposition de directive communautaire, le législateur a également donné la permission aux *caisses professionnelles*, qui sont des organismes privés, de remplir la mission de sécurité sociale¹³²¹. Selon une partie de la doctrine¹³²², les caisses professionnelles peuvent ainsi être considérées comme des « personnes morales à double visage », c'est-à-dire des *personnes privées* exerçant une *activité d'autorité publique*¹³²³. Quoiqu'il en soit, désormais, le service public de la sécurité sociale en Grèce peut être conçu comme un *service public au sens matériel*.

Conclusion du § 1 :

825. Il s'est agi de démontrer que les jurisprudences administratives française et hellénique distinguent traditionnellement les différents services publics en fonction de leur *caractère économique ou non* à travers la répartition des litiges entre contentieux civil et contentieux public. Les *services publics sociaux* sont généralement exemptés de l'application du droit privé

servant l'intérêt général », in *Mélanges sur la jurisprudence du Conseil d'Etat pour les 75 années de sa création*, Sakkoulas Athina-Thessaloniki, 2004, p. 183 (en grec).

¹³¹⁹ Voir CdE, n° 2287/2015, considérant n° 7.

¹³²⁰ Voir *supra*, p. 327, p. 328.

¹³²¹ Loi n° 3029/2002 JO A/160/ 11 -7- 2002. Cette loi transpose la directive n° 2003/41 sur les retraites professionnelles. Loi n° 3371/2005, JO A/178/14-07-2005 ; Loi n° 4052/2012, JO A/41/1-3-2012. La première loi crée les retraites professionnelles et la dernière transforme certaines caisses de sécurité sociale complémentaire en caisses professionnelles afin d'inciter leur extension. Sur les retraites professionnelles en général, voir *infra*, p. 539 et s.

¹³²² Konstantinos KREMALIS, *Problèmes de délimitation de l'assurance privée par rapport à la sécurité sociale*, Ant. N. Sakkoulas, 1996. Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « Le rôle complémentaire de la sécurité sociale privée pour le maintien d'un niveau de vie décent », Intervention de l'auteur lors du 4 ième colloque sur « Emploi et Assurance, deux questions de priorité nationale appelant aux solutions », 11 Novembre 2014, article disponible sur le site scholar.uoa.gr (en grec).

¹³²³ Le concept en question est souvent employé par la doctrine afin de surmonter les difficultés qui accompagnent la distinction entre services publics régis par le droit public et services publics régis par le droit privé. Lire notamment sur ce concept : Jean-François LACHAUME, « Brèves remarques sur les services publics à double visage », *RFDA*, n° 2, 2003, p. 362.

dans la mesure où à l'instar des services régaliens, ils impliquent des actes d'Administration qui appartiennent « naturellement » à l'Etat (terminologie française) ou qui relèvent de l'autorité publique (terminologie hellénique).

826. Cette exception témoigne d'une conception peu flexible alors que dans leur majorité ils sont aujourd'hui fournis par des *personnes privées* sous la tutelle de l'Administration (*sens matériel*). L'essentiel n'est plus, dès lors, de savoir quel est le contentieux applicable à leur cas mais dans quelle mesure est justifié le maintien de *prérogatives de puissance publique*. A cet égard, d'un point de vue national, aucun doute ne subsiste quant à leur lien très fort avec l'Administration et leur exonération du respect du principe de la concurrence. Tel n'est cependant pas le cas du droit de l'Union qui vise une application plus étendue du principe de la concurrence.

§ 2 - L'approche du droit de l'Union européenne : les services publics sociaux en tant qu'activités économiques

827. Si les ordres juridiques nationaux témoignent d'un lien très fort entre l'Administration et les services publics sociaux, ils divergent à ce sujet du droit de l'Union. Certes, celui-ci exempte certains services publics sociaux de l'application du principe de la concurrence, en particulier l'enseignement et la sécurité sociale « de base »¹³²⁴, toutefois une double difficulté persiste : premièrement, aucun service public ne déroge *a priori* à la concurrence en tant que non économique, cela relevant de *l'appréciation casuistique* de la Cour de Justice ; deuxièmement, même dans le cas des exemptions précitées, une relativité subsiste toujours, rompant avec l'approche nationale. La particularité de l'approche communautaire des services publics sociaux sera démontrée à travers l'étude de la source jurisprudentielle de la qualification de l'activité de service public (A), puis à travers celle de la relativité des exemptions établies (B).

A - La source jurisprudentielle de la qualification de l'activité de service public

828. En raison de l'indétermination du droit secondaire, la qualification de l'activité de service public est d'abord issue de la jurisprudence (i). Son étude révèle le désaccord avec les droits nationaux en matière de qualification de l'activité des *services publics sociaux* (ii).

¹³²⁴ La plupart des Etats en Europe prévoient une sécurité sociale « de base » qui se distingue de la sécurité sociale « complémentaire ». Même si la distinction entre les deux, en raison des diverses législations des Etats, est très compliquée à précisément saisir (sur les différences entre sécurité sociale *de base* et sécurité sociale *complémentaire*, voir *infra*, p. 343, p. 351 et s.), on peut considérer que la première est une sécurité sociale « pour toute la population » qui repose sur l'Etat tandis que la seconde est une sécurité sociale « plus individualisée » qui fonctionne comme complément de la première et qui dépend de l'initiative personnelle.

i - L'indétermination du droit secondaire

829. Ainsi qu'on a pu précédemment le signaler, le droit primaire de l'Union consacre, d'une part, les *services d'intérêt économique général* (SIEG) et, d'autre part, les *services d'intérêt général* (SIG), sans que la signification exacte des deux concepts ne soit claire¹³²⁵. La « directive Bolkestein » de 2006 a été édictée dans l'objectif de les concrétiser¹³²⁶. Ses dispositions ont pour la première fois introduit dans l'ordre juridique communautaire le concept de « services d'intérêt général non économique » (SIGNE) entendus comme des services qui dérogent *totale*ment au principe de la concurrence. Ils se différencient ainsi des SIEG qui y dérogent seulement dans la mesure où cela est nécessaire pour l'accomplissement de leur « mission particulière », soit le *service universel*¹³²⁷. La différenciation entre les SIEG et les SIGNE, dont l'ensemble forme les SIG, implique la distinction entre *activités économiques* et *activités non économiques* de service public.

830. La question qui se pose alors est de savoir où situer exactement les *services publics sociaux* prévus dans les ordres juridiques français et grec. Intuitivement, sous l'influence des approches nationales, on les situerait plutôt parmi les *services publics non économiques*, mais la réponse n'est pas si aisée. La directive Bolkestein a introduit pour la première fois le concept de « services sociaux d'intérêt général » (SSIG) conçus en tant que services qui dérogent totalement au principe de la concurrence. Néanmoins, sont qualifiés comme tels seulement le logement, les services d'aide aux personnes défavorisées et les soins de santé¹³²⁸. Il s'agit d'une énumération limitée de certains services relevant de la nouvelle catégorie créée, qui reste néanmoins dépourvue de définition et ainsi mal identifiable¹³²⁹.

¹³²⁵ Voir *supra*, p. 174, p. 175.

¹³²⁶ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO L 376 du 27/12/2006, p. 36.

¹³²⁷ Voir *supra*, p. 175.

¹³²⁸ (27) « La présente directive ne devrait pas couvrir les services sociaux dans les domaines du logement, de l'aide à l'enfance et de l'aide aux familles et aux personnes dans le besoin qui sont assurés par l'État au niveau national, régional ou local, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État avec pour objectif d'assister les personnes qui se trouvent de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin particulière en raison de l'insuffisance de leurs revenus familiaux, ou d'un manque total ou partiel d'indépendance et qui risquent d'être marginalisées. Ces services sont essentiels pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines et sont une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité et ne devraient pas être affectés par la présente directive. (22) L'exclusion des soins de santé du champ d'application de la présente directive devrait couvrir les services de soins de santé et pharmaceutiques fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé lorsque ces activités sont réservées à une profession de santé réglementée dans l'État membre dans lequel les services sont fournis ».

¹³²⁹ Maryse DEGUERGUE, « De quelques difficultés de la notion de service social », *AJDA*, 2008, p. 179. Laetitia DRIGUEZ, Stéphane RODRIGUES, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire », *AJDA*, n° 4, 2008, p. 191.

831. En effet, la directive ne précise pas les caractéristiques spéciales qu'un service doit remplir afin d'être exempté de l'application du droit de la concurrence. En outre, étant donné la diversité des services sociaux dans les différents Etats membres, aucune certitude n'existe quant à une telle exonération des services sociaux en France et en Grèce. La directive en question ne clarifie pas les critères permettant de déterminer si les *services sociaux* sont généralement conçus comme des activités économiques ou comme des activités non économiques ; un « silence » laissant penser qu'ils relèvent potentiellement de ces deux types d'action¹³³⁰. Les auteurs¹³³¹ considèrent que l'indétermination de la notion de SIGNE relativise nécessairement la démarche communautaire d'établir une exception claire à la concurrence. Aucun service ne déroge au libre marché en fonction d'un critère bien déterminé au regard de la directive Bolkestein.

832. En réalité, les seuls services publics sociaux explicitement exemptés de concurrence dans la directive de 2006, soit la sécurité sociale *de base* et l'enseignement, renvoient à une jurisprudence très connue de la Cour de Justice à ce sujet¹³³². Il est ainsi clair que c'est cette dernière qui joue le rôle principal en matière de qualification de l'activité de service public¹³³³. Les dérogations des services publics nationaux à la concurrence sont, à l'échelle communautaire, fondées sur la jurisprudence. Le fait que ce soit le juge de l'Union qui se retrouve investi de la tâche de qualifier l'activité, sans se fonder sur un critère identifiable, contraste avec les législations française et hellénique qui qualifient les services publics sociaux

¹³³⁰ Décision de la Commission européenne du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général : « (11) Les hôpitaux et les entreprises assurant des services sociaux, qui sont chargés de tâches d'intérêt économique général, présentent des spécificités qui doivent être prises en considération. En particulier, il convient de tenir compte du fait que dans la situation économique présente et au stade actuel de développement du marché intérieur, les services sociaux peuvent exiger un montant d'aide supérieur au seuil fixé dans la présente décision pour compenser les coûts de service public ».

¹³³¹ Gilles J. GUGLIELMI, Géneviève KOUBI, Martine LONG, *Droit du service public, op.cit.*, p. 119. Jean – Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2015, p. 430.

Marie LAUDIJOIS, « Les services sociaux d'intérêt général et la construction de l'"Europe sociale" », *RDSS*, n°6, 2007, p. 1005. Dorian GUINARD, « Services sociaux et services de santé dans le droit de l'Union européenne », *RDSS*, n° 5, 2013, p. 835.

¹³³² Voir *infra*, p. 341 et s.

¹³³³ Directive « services » de 2006 : « (34) Selon la jurisprudence de la Cour de justice, pour déterminer si certaines activités, notamment celles qui sont financées par les pouvoirs publics ou fournies par des entités publiques, constituent un « service », il convient de les examiner au cas par cas et de tenir compte de toutes leurs caractéristiques, notamment la manière dont elles sont fournies, organisées et financées dans l'Etat membre concerné. La Cour de justice a estimé que la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique des services en cause et que cette caractéristique est absente dans le cas des activités qui sont accomplies, sans contrepartie économique, par l'Etat ou pour le compte de l'Etat, dans le cadre de ses missions dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire, tels que les cours dispensés au sein du système d'éducation nationale ou encore la gestion des régimes de sécurité sociale qui n'ont aucune activité de nature économique ».

d'*activités non économiques* sur la base de plusieurs critères¹³³⁴. En France et en Grèce, les services publics sociaux dérogent au droit de la concurrence parce que l'Administration est obligée d'assurer leur fourniture. En effet, derrière la *qualification de services publics sociaux non économiques* se retrouve, dans les deux ordres juridiques nationaux, la conception selon laquelle la fourniture de ces prestations « appartient » à l'Administration.

833. Pour sa part, le droit de l'Union se réfère simplement aux services sans prendre en compte leur rôle spécifique. La qualification *de non économique* ne semble alors avoir qu'une seule utilité : exonérer tel ou tel service de l'application du droit de la concurrence parce que *dans ce cas particulier* elle paraît inappropriée. Le droit de l'Union européenne ne renvoie nullement à une réflexion approfondie autour de la nature spécifique de la mission de chaque service public, comme les distinctions nationales le font. Comme la doctrine¹³³⁵ le souligne, la qualification d'*activité économique* du service public par la Cour de Justice implique une « notion fonctionnelle ». Etant dépourvue de sens déterminé *a priori*, elle dépend de la finalité qu'elle poursuit¹³³⁶. La Cour de Justice qualifiera d'activité économique celle qu'elle juge appropriée à s'ouvrir davantage à la concurrence ; cela indépendamment de son caractère public ou privé. On constate ainsi un décalage entre la qualification communautaire de services publics sociaux et l'approche nationale à l'égard de ces types de services.

ii - Le désaccord avec les droits nationaux quant à la qualification des services publics sociaux

834. Au-delà des régimes de la sécurité sociale et de l'enseignement qui constituent des exceptions directes à la concurrence selon la *directive services*¹³³⁷, le reste des services publics

¹³³⁴ Voir *supra*, p. 320 et s.

¹³³⁵ Gilles J. GUGLIELMI, « Les juristes, le service public et les entreprises publiques aux XIX^e-XX^e siècles », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, vol. n° 52-3, n° 3, 2005, p. 98. Jean-Louis de CORAIL, « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *AJDA*, HS, 1997, p. 20. Voir aussi l'intervention de Jean-Marc SAUVE lors du colloque organisé par le Conseil d'Etat sur le sujet « La notion de service d'intérêt économique général, Cadre européen et régimes nationaux » le 14 octobre 2011, disponible sur le site du Conseil d'Etat, www.conseil-état.fr.

¹³³⁶ Christian BOLZE, « Entreprises. Notion. Organismes de sécurité sociale et de protection sociale, Qualité d'entreprise au regard des règles de concurrence (non) », *RTD com.*, n° 2, 1993, p. 429. « En conclusion, la cour adopte une conception fonctionnelle de l'entreprise et - plus largement - de l'activité économique qu'elle fonde sur une appréhension globale du système en cause ; si ce dernier répond à un besoin économique (rémunération, de travail) et se situe sur un marché (des droits d'auteur, de l'emploi, etc.), il relève des règles de concurrence ; si, au contraire, le système couvre un besoin de nature différente (de santé, de culture, d'éthique, etc.) et échappe aux contraintes du marché pour obéir à une autre logique - en l'espèce celle de la solidarité nationale - alors le droit de la concurrence perd son emprise car il ne s'agit plus d'une activité d'entreprise ».

¹³³⁷ Directive « Services » de 2006 : « (34) La Cour de justice a estimé que la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique des services en cause et que cette caractéristique est absente dans le cas des activités qui sont accomplies, sans contrepartie économique, par l'État ou pour le compte de l'État, dans le cadre de ses missions dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire,

sociaux sont des activités économiques au sens de la jurisprudence communautaire et sont par conséquent ouverts à la concurrence. Il s'agit des services publics de l'emploi, du service public du logement et du service public hospitalier dont le caractère public s'est progressivement affaibli. La qualification des services publics sociaux en tant qu'activités économiques entraîne *un affaiblissement de leur lien avec l'Administration* qui se manifeste, d'une part, par la censure du juge communautaire des *aides d'Etat* assurant leur financement et, d'autre part, par une contestation des *prérogatives publiques* attachées aux services publics sociaux¹³³⁸.

835. En matière d'*aides publiques*, le droit dérivé de l'Union précise les critères qui conditionnent leur légitimité. Il retient une conception assez large de celles-ci au bénéfice des hôpitaux et du logement social¹³³⁹. Or, il n'en demeure pas moins que les deux services publics sont qualifiés d'*économiques* par le juge communautaire. En ce qui concerne le *logement social*, la Cour de Justice le qualifie explicitement de service d'intérêt économique général (SIEG)¹³⁴⁰. La question de la légitimité des aides publiques au bénéfice des services de logement social est à l'origine d'un litige très connu entre les Pays Bas et la Commission européenne. En effet, à la suite d'une critique de la politique sociale des Pays Bas exprimée par l'institution européenne¹³⁴¹, ce pays a dû réformer toute sa législation en la matière.

836. S'agissant du *service public hospitalier*, la Cour de Justice, à l'occasion de l'arrêt *Smits et Peerdoms* de 2001¹³⁴², a qualifié les hôpitaux publics de *SIEG* bien qu'ils étaient financés par l'assurance sociale¹³⁴³. En l'espèce, le juge communautaire a considéré le financement de

tels que les cours dispensés au sein du système d'éducation nationale ou encore la gestion des régimes de sécurité sociale qui n'ont aucune activité de nature économique ».

¹³³⁸ La présente étude n'examine pas la question de la passation des marchés publics. La possibilité de déroger au principe de la concurrence dans ce cas particulier relève toutefois de la problématique générale des *prérogatives* accompagnant les services publics.

¹³³⁹ Décision de la Commission du 20 décembre 2011, n° 2012/21/UE, JO L 7/3 : « (11) Les hôpitaux et les entreprises assurant des services sociaux, qui sont chargés de tâches d'intérêt économique général, présentent des spécificités qui doivent être prises en considération. En particulier, il convient de tenir compte du fait que dans la situation économique présente et au stade actuel de développement du marché intérieur, les services sociaux peuvent exiger un montant d'aide supérieur au seuil fixé dans la présente décision pour compenser les coûts de service public. Un montant de compensation plus élevé ne résulte donc pas nécessairement en un risque accru de distorsion de concurrence. En conséquence, les entreprises assurant des services sociaux, y compris la fourniture de logement social aux personnes défavorisées ou aux groupes sociaux moins avantagés qui, pour des raisons de solvabilité, ne sont pas en mesure de trouver un logement aux conditions du marché, doivent aussi bénéficier de l'exemption de notification prévue dans la présente décision, même si le montant de la compensation qu'elles reçoivent dépasse le seuil de notification général fixé dans la présente décision ».

¹³⁴⁰ CJUE, 27 février 2014, C-132/12, *Stichting Woonpunt et autres contre Commission*.

¹³⁴¹ Noémie HOUARD, « Le logement social aux Pays-Bas. Vers la fin de la logique universaliste de l'État-providence ? », *Revue de l'OFCE*, vol. 128, n° 2, 2013, p. 49.

¹³⁴² CJCE, 12 juillet 2001, C - 157/99, *Smits c/ Peerboms*. La Cour n'a pas suivi le raisonnement développé par l'avocat général en jugeant, le 12 juillet 2001, que le fait que la prestation médicale soit financée directement par les caisses d'assurance maladie sur la base de tarifs préétablis n'est pas de nature à faire obstacle à la qualification de prestation de services au sens du Traité

¹³⁴³ Dorian GUINARD, « Aides d'Etat et financement des hôpitaux », *RDSS*, n° 3, 2013, p. 431.

l'hôpital à travers la sécurité sociale comme une contrepartie économique des prestations hospitalières impliquant un « caractère rémunérateur » du service. Il s'ensuit qu'à l'instar du logement social, les aides aux hôpitaux publics ont été considérées comme constituant des *aides d'Etat* susceptibles d'être illégales. Telle est également la solution adoptée par le juge communautaire quant à certaines autres activités sociales en dehors du service public hospitalier. Ainsi, à l'occasion de l'arrêt *Ferring* de 2001, l'aide d'Etat dont profitent les répartiteurs de médicaments a été considérée comme contrevenant au droit de la concurrence¹³⁴⁴. Par ailleurs, dans l'arrêt *Glockner*¹³⁴⁵, également rendu en 2001, la Cour de Justice a qualifié d'*économiques* les services de transport d'urgence médicale.

837. S'agissant, par ailleurs, du *service public de l'emploi*, à l'occasion de nombreux litiges entre les organes communautaires et l'Allemagne, la Cour de Justice a contesté son caractère public selon une double perspective¹³⁴⁶. D'une part, en jugeant illégal le monopole du placement des travailleurs de la part de l'Etat dès l'arrêt *Hofner* de 1991¹³⁴⁷. Son illégalité a depuis lors été réaffirmée par une jurisprudence constante de la Cour de Justice¹³⁴⁸, notamment dans l'arrêt *Job center* de 1997¹³⁴⁹. D'autre part, le contrôle des aides d'Etat dont profite le service public de l'emploi est considéré comme régulier¹³⁵⁰. Or, si le service public de l'emploi ne peut bénéficier de telles prérogatives publiques, il ne pourra pas maîtriser le marché du travail en orchestrant la réinsertion des chômeurs.

¹³⁴⁴ CJCE, 22 novembre 2001, C-53/00, *Ferring* : « (31) Les grossistes répartiteurs tirent du non-assujettissement à la taxe sur les ventes directes de médicaments un avantage qui excède les surcoûts qu'ils supportent pour l'accomplissement des obligations de service public qui leur sont imposées par la réglementation nationale, cet avantage, pour la partie qui excède lesdits surcoûts, ne saurait, en tout état de cause, être regardé comme nécessaire afin de permettre à ces opérateurs d'accomplir leur mission particulière ».

¹³⁴⁵ CJCE, 25 octobre 2001, C- 475/99, *Glockner* : « (55) Il ne saurait être contesté que les organisations sanitaires sont chargées d'une mission d'intérêt économique général consistant dans l'obligation d'assurer en permanence le transport d'urgence de personnes malades ou blessés sur l'ensemble du territoire concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières ou au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelles point ».

¹³⁴⁶ Yves ROUSSEAU, « Le service public de l'emploi et la jurisprudence de la CJCE, *Droit social*, n° 11, 2002 p. 974. David SOLDINI, « Le service public de l'emploi et le droit de la concurrence », *Droit social*, n° 6, 2006, p. 599

¹³⁴⁷ CJCE, 23 avril 1991, C-4/90, *Höfner*. En l'espèce, l'office public allemand était la première institution sociale désignée en tant qu'« entreprise » exerçant une activité économique et chargée de gestion de services d'intérêt d'économique général. A cet égard, l'activité de placement est soumise aux règles de la concurrence et les droits exclusifs octroyés à cet office public contreviennent aux dispositions européennes

¹³⁴⁸ CJCE, 8 juin 2000, C-258/98. *Giovaani Carra*. CJCE, 18 janvier 1979, C-110 et 111/78, *Willy van Wesemael*.

¹³⁴⁹ CJCE, 11 décembre 1997, C-55/96, *Job center*.

¹³⁵⁰ CJCE, 26 septembre 1996, C-241/94, *République française contre Commission des Communautés européennes* : « (37) Se trouvant dès lors, en dépit d'une demande précise, dans l'impossibilité d'apprécier la nature et les effets des mesures en cause, la Commission a pu valablement estimer que, en élaborant un plan social en collaboration avec l'État dans le cadre duquel, d'une part, Kimberly Clark participait à concurrence de 81,83 millions de FF et, d'autre part, l'État intervenait à concurrence de 27,25 millions de FF, Kimberly Clark avait bénéficié d'une aide d'État au sens de l'article 92 du traité ».

838. La question essentielle qui se pose quant à la jurisprudence précitée est la suivante : si ces *services publics sociaux* sont au regard du droit communautaire des *SIEG*, qu'est-ce qui les différencie des *services publics en réseaux* ? On sait que ceux-ci ont fait l'objet de nombreux litiges entre les Etats membres et les organes communautaires, ces derniers poussant à leur libéralisation. La *privatisation partielle* a été contrebalancée par l'émergence de la notion de *service universel* au sein du droit de l'Union, mais leur caractère public était significativement affaibli¹³⁵¹. Les organes qui fournissent des services publics en réseaux sont censés agir en tant que *personnes privées*. Doit-on considérer que tel est également l'avenir des services hospitaliers, de l'emploi et du logement sous le prisme du droit de l'Union ?

839. La réponse à la question ressortira des adaptations entreprises par les législateurs nationaux afin de se conformer aux exigences communautaires¹³⁵². Néanmoins, on peut d'ores et déjà constater, étant donné l'indétermination des limites à la concurrence et de la jurisprudence précitée de la Cour de Justice, le non-recoupement des *SIEG* avec les concepts de SPIC en France et de personnes morales publiques de droit privé en Grèce. En effet, *l'activité économique* telle que concrétisée par le juge communautaire ne correspond nullement aux *activités qui relèvent du droit privé* dans les ordres juridiques nationaux. Son sens est plus large, recouvrant également les *SPA* (France) et les *personnes morales de droit public* (Grèce) soit les activités qui appartiennent à l'Administration¹³⁵³. La divergence entre le droit de l'Union et le droit des Etats membres en question devient ainsi plus claire ; à tout le moins d'un point de vue théorique. Celle-ci sera davantage précisée dans le cadre d'une analyse ultérieure de l'adaptation de la législation nationale aux exigences du principe de la concurrence. Il convient pour le moment de démontrer que même les services publics sociaux censés être complètement exonérés du respect de la concurrence s'accompagnent de plusieurs difficultés.

B - La relativité des exceptions à la concurrence

840. Les seuls services publics sociaux directement exemptés du principe de la concurrence sont, d'une part, *l'enseignement* et, d'autre part, la *sécurité sociale de base*. Il convient, toutefois, de relativiser la dérogation signalée ; aussi bien en matière d'enseignement (i) que de sécurité sociale de base (ii).

¹³⁵¹ Voir *supra*, p. 175.

¹³⁵² Voir *infra*, p. 350 et s.

¹³⁵³ Lire le guide des outils d'action économique publié par le Conseil d'état dans le cadre de son étude annuelle de 2015, disponible sur le site www.conseil-état.fr.

i - La relativité de l'exception de l'enseignement

841. La Cour de Justice a qualifié l'enseignement d'activité *non économique* dans l'arrêt *Humbel*¹³⁵⁴ rendu en 1988. Il s'agit d'une telle activité puisque l'enseignement est financé par le *budget étatique* et non par ses bénéficiaires. L'enseignement universitaire étant financé de la même manière, il est aussi exonéré de concurrence. Le constat est particulièrement significatif s'agissant des deux ordres juridiques étudiés, tous deux prévoyant un *monopole public* en la matière ; un monopole au sens organique en Grèce et au sens matériel en France¹³⁵⁵.

842. Cependant, bien que le service public de l'enseignement universitaire ne soit concerné par le principe de la concurrence en tant que tel (restriction du financement public et contestation des prérogatives), il n'est pas à l'abri des libertés économiques consacrées au niveau communautaire ; notamment la *liberté d'établissement* et la *liberté de circulation*. Le droit de l'Union coordonne en effet la reconnaissance des diplômes de l'enseignement supérieur par les Etats membres en se basant sur ce double fondement¹³⁵⁶.

843. Pour sa part, la Cour de Justice juge que la liberté de circulation impose que les accords franchises conclus avec les universités de l'étranger et les établissements privés soient respectés¹³⁵⁷, même dans le cas où un droit national en disposerait autrement. Au-delà de la possibilité pour tel établissement de s'implanter dans un Etat membre, la liberté de circulation exige par ailleurs la suppression de toute restriction ayant un effet discriminatoire vis-à-vis des prestataires privés d'enseignement¹³⁵⁸. C'est notamment à l'occasion de l'arrêt *Valentina Neri* rendu en 2003 que la coordination ainsi décrite a clairement été affirmée¹³⁵⁹.

¹³⁵⁴ CJCE, 27 septembre 1988, C-263/86, *Humbel*. En l'espèce, la Cour de justice a précisé qu'« en établissant et en maintenant un tel système d'enseignement public, financé en règle générale par le budget public et non par les élèves ou leurs parents, l'État n'entendait pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplissait sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population ».

¹³⁵⁵ En France, al. 1 de l'article L. 613-1 du Code de l'éducation : L'Etat a le monopole de la délivrance des grades et des titres universitaires. En Grèce, c'est l'article 16, par. 8 précité de la Constitution qui prévoit ce monopole.

¹³⁵⁶ La mise en place d'une politique commune de formation professionnelle qui implique forcément un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur des formations professionnelles. Sur le droit communautaire dérivé en la matière, voir la Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JO L 255 du 30.9.2005, p. 22-142.

¹³⁵⁷ CJCE, 7 juillet 2005, C-147/03, *Commission contre Autriche* : « (44) Or, les facilités ouvertes par le traité en matière de libre circulation ne produisent pas leurs pleins effets si une personne se trouve pénalisée par le simple fait de les exercer. Cette considération est particulièrement importante dans le domaine de l'éducation compte tenu des objectifs poursuivis (...) à savoir favoriser la mobilité des étudiants et des enseignants ».

¹³⁵⁸ CJCE, 7 mars 2002, C-145/99, *Commission contre Italie*.

¹³⁵⁹ CJCE, 13 novembre 2003, C-153/02, *Valentina Neri* : la liberté de l'établissement fait obstacle à ce qu'un Etat-membre, en l'espèce l'Italie, empêche la reconnaissance dans cet Etat des diplômes délivrés par une université d'un autre Etat. C'est parce qu'elles excluent par principe toute reconnaissance d'un diplôme étranger délocalisé délivré par une entreprise privée liée par convention avec une université européenne, que les restrictions instituées en Italie à la liberté d'établissement sont considérées comme contraires à l'article 43 du traité. CJCE, 13 novembre 2003, C-313/01, *Morgenbesser* : le droit communautaire s'oppose au refus par les autorités d'un Etat membre d'inscrire, dans le registre des personnes effectuant la période de pratique nécessaire pour être admis au barreau,

844. Désormais, au regard de la liberté d'établissement, les établissements secondaires privés en collaboration avec des universités étrangères délivrent des *titres égaux* à ceux des universités publiques nationales. Il est évident que la jurisprudence citée contraste avec le maintien du monopole public des universités, qui sont censées être exonérées du principe de la concurrence. Il s'agit d'une divergence particulièrement manifeste dans le cas de la Grèce qui a été sanctionnée par la Cour de Justice pour absence de reconnaissance des accords en question¹³⁶⁰. Même si la France n'a pas été condamnée à ce sujet, la doctrine¹³⁶¹ prend note d'un conflit potentiel entre le droit de l'Union et le droit national. Le monopole public en matière de délivrance des grades universitaires est incompatible avec les libertés de circulation et d'établissement ; l'application des dernières impliquant une contestation indirecte des prérogatives des universités publiques.

Dès lors, il est essentiel de constater que l'on ne peut vraiment parler d'exemption de l'enseignement à la concurrence sans la relativiser. Il en va de même pour la sécurité sociale de base.

ii - La relativité de l'exception de la sécurité sociale de base

845. Visant la *coordination* des systèmes de sécurité sociale des Etats membres, les organes communautaires ont édicté trois *directives sur l'assurance*¹³⁶² qui ont progressivement mis en place la concurrence dans ce secteur. Sur le fondement de leurs dispositions, les organismes assureurs peuvent opérer sur tout le « territoire » de l'Union et les citoyens européens d'un Etat

le titulaire d'un diplôme de droit obtenu dans un autre État membre au seul motif qu'il ne s'agit pas d'un diplôme de droit délivré, confirmé ou reconnu comme équivalent par une université du premier État.

¹³⁶⁰ CJCE, 23 octobre 2008, C-274/05, *Commission contre Grèce*. La Commission argumentait que les autorités grecques, en refusant la reconnaissance des diplômes octroyés sur la base d'une franchise entre un établissement d'enseignement officiellement reconnu de l'Union européenne et un établissement d'enseignement privé grec, enfreignaient la directive 89/48/CEE. L'argument principal du juge européen portait sur le fait que lorsque que les accords franchise ne font pas partie du système hellénique éducatif, l'article 16 du texte constitutionnel ne peut pas s'appliquer. Voir aussi CJCE, 4 octobre 2008, C-84/07, *Commission contre Grèce* et C-151/07, *Chatzithanasis*.

¹³⁶¹ André LEGRAND, « La résistance du principe du monopole étatique de la collation des grades », *AJDA*, n° 29, 2017, p. 1681. Yves JEGOUZO, « La liberté d'établissement et le "franchising" de l'enseignement supérieur », *AJDA*, n° 13, 2004, p. 722. Yves JEGOUZO, « LMD et diplômes de droit : vers la fin du monopole des universités ? », *AJDA*, n° 33, 2004, p.1785. Yves JEGOUZO, « Le grand marché de l'enseignement supérieur est ouvert », *AJDA*, n° 13, 2004, p. 681.

¹³⁶² Il s'agissait, en ce moment, de la directive 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE, JOL 228, 11.8.1992, p. 1–23 (troisième directive « assurance non vie »). Elle est aujourd'hui remplacée par la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), JO L 335/1. (2) Afin de faciliter l'accès aux activités d'assurance et de réassurance et leur exercice, il est nécessaire de supprimer les différences les plus nettes entre les législations des États membres concernant les règles auxquelles les entreprises d'assurance et de réassurance sont soumises. Un cadre juridique devrait par conséquent être mis en place, qui permette à ces entreprises d'exercer leur activité dans tout le marché intérieur et facilite ainsi la couverture des risques et engagements situés dans la Communauté pour les entreprises d'assurance et de réassurance qui y ont leur siège social. Refonte des anciennes directives.

membre peuvent désormais choisir leur organisme assureur dans un autre État membre. La question qui s'est posée au moment de l'entrée en vigueur des directives était de savoir dans quelle mesure le droit communautaire dérivé mettait en cause l'obligation d'affiliation (*monopole de la sécurité sociale*) que certains États membres, y compris la France et la Grèce, prévoyaient en matière de sécurité sociale¹³⁶³. Il a ainsi été nécessaire d'éclaircir le champ d'application des directives assurance.

846. La Cour de Justice a exonéré la *sécurité sociale de base* du principe de la concurrence et de la liberté des prestations de service. Selon une jurisprudence constante illustrée notamment par les arrêts *Poucet et Pistre*¹³⁶⁴, *Garcia*¹³⁶⁵ et *Fenin*¹³⁶⁶, la *sécurité sociale de base* remplit une fonction à caractère exclusivement social, fondée sur la *solidarité* et dépourvue de tout but lucratif. Le concept de solidarité signifie, plus précisément, le financement d'un organisme de sécurité sociale par le biais du budget public. Sans exclure la possibilité pour un régime d'être également financé par des cotisations sociales, la *proportionnalité stricte* entre ces dernières et les prestations octroyées aux assurés n'est pas obligatoire. Dans le cas particulier des régimes de retraite, l'élément de solidarité implique un « système financé par répartition » qui s'oppose ainsi à un « système financé par capitalisation » dans lequel les retraites attribuées sont la contrepartie *exacte* des cotisations versées¹³⁶⁷. La jurisprudence précitée de la Cour de Justice a fait l'objet de nombreux travaux doctrinaux¹³⁶⁸ l'abordant comme un cas exemplaire de conciliation entre le principe de la concurrence et le service public de sécurité sociale.

847. Cependant, certains aspects de la jurisprudence citée nous permettent de relativiser l'apport de la conciliation ainsi réalisée, particulièrement en ce qui concerne l'exclusion de la *sécurité sociale complémentaire*. Bien que le juge communautaire exempte la *sécurité sociale de base*

¹³⁶³ Voir *supra*, p. 96, p. 329.

¹³⁶⁴ CJCE, 17 février 1993, C-159/91, 160/91, *Poucet et Pistre*. En l'espèce, la Cour rejette le recours de deux travailleurs indépendants français qui avaient cessé de cotiser à la Sécurité sociale pour souscrire uniquement une assurance privée.

¹³⁶⁵ CJCE, 26 mars 1996, C-238/94, *Garcia*. Les dispositions de la directive 92/49 CEE sur l'abolition des monopoles ne visent pas les risques couverts par la Sécurité sociale.

¹³⁶⁶ CJCE, 11 juillet 2006, C-205/03, *Fenin*. Les organismes de sécurité sociale, qui « remplissent une fonction de caractère exclusivement social », avec « une fonction à caractère social dépourvue de tout but lucratif » n'exercent pas une activité économique. Voir aussi, CJCE, 5 mars 2009, C-350/07, *Kattner*. Les régimes de base reposent sur deux critères distincts : l'existence d'éléments de solidarité et l'exercice d'un contrôle par l'État.

¹³⁶⁷ Jean-Claude BARBIER, Bruno THERET, *Le système français de protection sociale*, La Découverte, 2009, p. 49.

¹³⁶⁸ Daniel GADBIN, « Principes communautaires et régimes professionnels de retraite », in Sylvie Hennion-Moreau (dir.) Patrick Hassenteufel, *Concurrence et protection sociale*, Res publica, Presses Universitaires de Rennes, 2008, p. 127. Anne-Marie BROCAS, Paul HADOLPH, « Monopole ou concurrence en matière de protection sociale », *Droit social*, n° 9-10, 1995, p. 748. Philippe LAIGRE, « Les organismes de Sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Droit social*, n° 5, 1993, p. 488. Pierre-Yves VERKINDT, « Un organisme de sécurité sociale n'est pas une entreprise au sens du droit communautaire », *RDSS*, n° 3, 2002, p. 533. Aggelos STERGIUO, *Droit de la sécurité sociale*, Sakkoulas, Athina-Thessaloniki, 2014, p. 35, p. 174.

du respect de la concurrence, il refuse de le faire en matière de *sécurité sociale complémentaire*. C'est à l'occasion de l'arrêt *FFSA* de 1995¹³⁶⁹ que la Cour de Justice a ainsi jugé qu'un régime complémentaire facultatif d'assurance - vieillesse des professions agricoles devait respecter les règles de la concurrence. Précisément, le juge communautaire a décidé que l'avantage fiscal dont bénéficiait la Mutualité sociale agricole en France portait atteinte au principe de la concurrence. En l'espèce, les prestations auxquelles l'organisme donnait droit dépendaient seulement de cotisations non obligatoires, un élément qui a entraîné sa qualification de système par *capitalisation*. Dès lors, il s'agissait d'une *activité économique* au sens du droit communautaire, placée en situation de concurrence avec d'autres compagnies d'assurance-vie.

848. Il est question, certes, d'une solution impliquant certaines variations. Même si le juge communautaire énonce le caractère économique des organismes de sécurité sociale complémentaire, il permet parfois des *dérogations* à la concurrence. Tel est, par exemple, le cas des *fonds de pension néerlandais* créés par une *convention collective* entre partenaires sociaux dans les arrêts *Albany*¹³⁷⁰ et *Pavlov*¹³⁷¹. La dérogation à la concurrence s'explique, en l'occurrence, par le fait que les droits exclusifs dont les organismes en cause profitent sont nécessaires pour accomplir leur *mission particulière* (service universel). Aux Pays Bas, en effet, la sécurité sociale *de base* couvre une partie très limitée de la population ; la sécurité sociale *complémentaire* est donc jugée nécessaire¹³⁷².

849. Il importe toutefois de ne pas considérer que la sécurité sociale *complémentaire* est généralement exemptée de la *libéralisation* du secteur des assurances. C'est seulement dans la mesure où les droits exclusifs octroyés aux fonds néerlandais n'impliquaient pas d'abus de position dominante que cette décision a été possible. La situation impliquait un *contrôle de proportionnalité* de la part du juge¹³⁷³. Il s'agissait en réalité plutôt d'*exceptions relatives* qui

¹³⁶⁹ CJCE, 16 novembre 1995, C-244/94, *FFSA*. En l'espèce, loi française avait accordé le monopole de sa gestion à la mutualité sociale agricole et attaché à ce monopole un avantage de déductibilité fiscale des cotisations. Demande préjudicielle formée par le Conseil d'Etat français. La Cour énonce que l'exclusion ou la restriction de concurrence sur le marché des produits de retraite complémentaire des exploitants agricoles n'était pas justifiée par l'accomplissement de la mission particulière impartie à la Mutualité sociale agricole : l'avantage fiscal dont bénéficiait ce régime portait donc atteinte à la concurrence.

¹³⁷⁰ CJCE, 21 septembre 1999, C-67/96, *Albany International* et CJCE, C-115/97, 21 septembre 1999, *Brentjens*.

¹³⁷¹ CJCE, 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98, *Pavlov*. L'accès de tous à un régime de pension du second pilier est renforcé par les nombreux éléments de solidarité du régime proposé par le fonds de pension comme l'absence de sélection des risques et l'absence de rapport entre le risque et la cotisation payée ; des dispenses de cotisations sont également accordées en cas d'incapacité de travail.

¹³⁷² Xavier PRETOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et les fonds de pension néerlandais », *Droit social*, n° 1, 2000, p. 106.

¹³⁷³ Jean – Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 1095, 1096.

ont été mises en cause par la suite, puisque l'arrêt *Commission contre RFA*¹³⁷⁴ est revenu sur la jurisprudence *Albany*. En l'espèce, des « clauses de désignation » d'une convention collective ont été déclarées comme contrevenant au droit communautaire de la concurrence¹³⁷⁵. Suivant la même position, dans le domaine de l'assurance-maladie, la Cour a énoncé à l'occasion de l'arrêt *AG2R*¹³⁷⁶ que les directives établissant la concurrence s'appliquaient à un organisme de prévoyance et a écarté la possibilité d'une affiliation obligatoire.

850. La jurisprudence citée pose de nombreuses interrogations. Le problème principal tient à la complexité de l'appréciation casuistique de la Cour de Justice. S'il résulte de la jurisprudence communautaire que la sécurité sociale *de base* est non soumise à la concurrence, se distinguant ainsi de la sécurité sociale *complémentaire*, le critère sur lequel leur distinction est fondé reste indéfini. Les doctrines française¹³⁷⁷ et hellénique¹³⁷⁸ dégagent de la jurisprudence communautaire celui de la *source* de l'organisme de sécurité sociale ; s'opposent ainsi les *régimes légaux* et obligatoires et les régimes créés par des *conventions collectives* disposant souvent d'un caractère facultatif. Au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice, les seconds entrent dans le champ d'application du principe de la concurrence.

851. Cependant, le critère du fondement de l'organisme, même s'il est le mieux déterminé, n'est pas toujours affirmé par la Cour de Justice. Ainsi, dans l'arrêt *BKK* du 3 octobre 2013¹³⁷⁹, le juge communautaire a décidé qu'un organisme de droit public en charge de la gestion d'un régime *légal* d'assurance maladie relevait du champ d'application de la *directive*

¹³⁷⁴ CJUE, 15 juillet 2010, C-271/08, *Commission contre RFA*. Cet arrêt tempère l'arrêt *Albany*, en excluant qu'un accord conclu par les partenaires sociaux puisse être automatiquement écarté de l'application du droit de la concurrence de l'Union européenne.

¹³⁷⁵ Doivent ainsi être entendues les clauses incluses dans des conventions collectives qui impliquent l'exclusivité de la prise en charge de l'assurance d'un organisme en particulier, seul compétent pour recueillir l'adhésion de toutes les entreprises au sein de la branche d'activité. Cette clause désigne un organisme de prévoyance pour l'ensemble des entreprises de branche. Voir Jacques BARTHELEMY, « Clauses de désignation et droit de la concurrence », *Droit social*, n° 7-8, 2011, p. 853.

¹³⁷⁶ CJUE, 3 mars 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*. Le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que les pouvoirs publics français rendent obligatoire l'affiliation à un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé pour l'ensemble des entreprises d'un secteur, sans possibilité d'une quelconque dispense. La finalité sociale d'un régime de prévoyance n'est pas en soi suffisante pour exclure un assureur du champ d'application du droit de la concurrence. L'institution de prévoyance du groupe AG2R détient donc un monopole légal dans cette branche, ce qui n'est pas incompatible avec le traité si l'entreprise n'exploite pas cette position dominante de façon abusive.

¹³⁷⁷ Jean – Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, *op.cit.*, p. 1060. Au final, la situation du droit de la protection sociale complémentaire conduit à distinguer deux grands segments : d'une part, les régimes complémentaires de retraite rendus obligatoires en 1972 et qui conservent un lien privilégié avec le droit de la protection sociale car ils entrent avec les caisses d'assurances sociales dans les régimes légaux jouissant à ce titre, et selon le droit de l'UE, d'une situation dérogatoire par rapport aux libertés ; d'autre part, les dispositifs de retraites d'entreprise et d'épargne retraite qui sont, eux, facultatifs.

¹³⁷⁸ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, *La sécurité sociale complémentaire à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence*, *op.cit.*, p. 220 (en grec).

¹³⁷⁹ CJUE, 3 octobre 2013, C-59/12, *BKK*. La Cour de justice juge que l'interdiction des pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs s'applique aux caisses de maladie du régime légal en Allemagne.

assurance. Le critère de la source doit alors être relativisé et envisagé comme étant un indice parmi d'autres d'une dérogation à la concurrence¹³⁸⁰. Il s'ensuit qu'aucune certitude ne peut résulter de la jurisprudence de la Cour de Justice, même à l'égard de l'exception reconnue au bénéfice des *régimes de base*. La soumission de certains régimes de sécurité sociale complémentaire à la concurrence fragilise ainsi l'exception établie au bénéfice des régimes de base¹³⁸¹.

852. La jurisprudence examinée affaiblit effectivement la *sécurité sociale de base* non seulement en raison de l'incertitude qu'elle implique quant à l'exception de celle-ci au regard du principe de la concurrence, mais également en raison de la question de la non-exception de la *sécurité sociale complémentaire*. La jurisprudence rendue par la Cour de Justice sur le fondement des directives assurance aboutit en effet à la création de *deux axes* de sécurité sociale distincts : un axe public (sécurité sociale de base, obligatoire, ayant la loi comme source) et un axe privé (sécurité sociale complémentaire, facultative, ayant une convention collective pour fondement)¹³⁸². Ainsi, l'axe public de la sécurité sociale devient minimal, visant seulement à accomplir une *mission particulière* et à couvrir la population privée de sécurité sociale (*service universel*). Elle laisse donc une plus grande place à la sécurité sociale complémentaire, qui est *libéralisée* suivant le droit de l'Union.

853. Le nouveau schéma a été repris par les organes communautaires qui l'ont appliqué dans le domaine des *retraites*, aboutissant à ce qui est aujourd'hui connu comme une organisation à « trois piliers ». Le premier pilier - public, obligatoire et minimal - fonctionne par répartition ou est financé par le budget public¹³⁸³. Celui-ci se distingue des deux autres piliers privés consistant, d'une part, en des retraites complémentaires issues de conventions collectives et, d'autre part, en des programmes individuels ou collectifs d'épargne¹³⁸⁴. La question, dès lors, qui reste posée consiste à se demander dans quelle mesure l'organisation décrite est appropriée aux ordres juridiques français et hellénique¹³⁸⁵.

¹³⁸⁰ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, *La sécurité sociale complémentaire à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence*, *op. cit.*, p. 220 (en grec).

¹³⁸¹ Jean – Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 424-427. Prodromos MAVRIDIS, « Régimes complémentaires : droit de la concurrence ou droit social communautaire ? », *Droit social*, 1998, p. 239.

¹³⁸² Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, *La sécurité sociale complémentaire à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence*, *op. cit.*, p. 220 (en grec).

¹³⁸³ Lire Gaël CORON, « Le prisme communautaire en matière de retraites : la diffusion à travers le droit européen de la théorie des piliers », *Retraite et société*, vol. 50, n° 1, 2007, p. 250, article disponible sur cairn.fr.

¹³⁸⁴ *Ibidem*, p. 250-277.

¹³⁸⁵ Voir *infra*, p. 351.

Conclusion du § 2 :

854. Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, la concrétisation des services publics sociaux a pour source exclusive la jurisprudence de la Cour de Justice. En effet, étant donné que la *directive services* n'a pas suffisamment défini le concept de *services d'intérêt général* consacré par le droit primaire, il est impossible de déterminer de manière certaine quels services publics sont exemptés de l'application de la concurrence. La directive a même complexifié la question en introduisant le concept qui reste indéfini de *services sociaux d'intérêt général*. Au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice, les hôpitaux, l'emploi et le logement social sont des *entreprises* (au sens du droit de l'Union) soumises au principe de la concurrence et donc susceptibles de *libéralisation*. Il s'ensuit que les prérogatives publiques sont à leur égard interdites et les aides publiques très limitées. Les services en question peuvent cependant, exceptionnellement, déroger à la concurrence afin d'accomplir le *service universel*.

855. Par ailleurs, si le juge communautaire exempte l'enseignement et la sécurité sociale de base de la concurrence, il s'agit d'exceptions relatives. Dans le cas de l'enseignement, le reste des libertés communautaires qui fondent le libre marché continuent à s'appliquer, contestant ainsi les universités publiques. Dans le cas de la sécurité sociale, l'exception concerne seulement la *sécurité sociale de base* et non la *sécurité sociale complémentaire*, sans toutefois indiquer avec certitude quel est le critère qui les distingue. L'« exception » n'empêche cependant pas une *libéralisation* de la sécurité sociale, vue comme un ensemble.

Conclusion de la 1^{re} section :

856. L'approche communautaire des services publics sociaux diverge de celle qui ressort de l'étude des ordres juridiques français et hellénique. Au sein des derniers, la distinction entre activités économiques (*SPIC/actes de gestion*) et activités non économiques (*SPA/ actes d'imperium*) du service public résulte clairement de la loi et de la jurisprudence administrative. Développée initialement comme outil de répartition des litiges entre les juridictions administratives et civiles, la distinction fait émerger la position selon laquelle certaines activités étatiques ne permettent pas le maintien de privilèges. Tant en France qu'en Grèce, les services publics sociaux sont classés parmi les services publics dont le caractère public n'est nullement contesté à l'instar des services publics régaliens. Ils s'opposent ainsi aux services publics en réseaux dont les monopoles et le financement public sont voués à s'amenuiser avec leur *libéralisation*.

857. En revanche, la jurisprudence de la Cour de Justice qualifie la majorité des prestations matérielles d'*activités économiques (SIEG)* sans les distinguer des services publics en réseaux. Même lorsqu'elle exempte des prestations, l'exemption peut être mise en cause. Les *entreprises* au sens du droit de l'Union peuvent déroger à la concurrence seulement dans la mesure où cela est nécessaire pour l'accomplissement de leur *mission particulière de service universel*. Il s'agit ainsi d'un renversement du principe consacré dans les ordres juridiques nationaux qui affaiblit le caractère public des services publics sociaux. Il paraît alors pertinent de nous intéresser aux conséquences de la divergence décrite à un niveau théorique.

Section 2 - La suppression des services publics nationaux en tant que conséquence finale de l'application illimitée du principe de la concurrence

858. Il s'agit à présent de démontrer que s'agissant des *services publics sociaux*, l'application extensive du principe de la concurrence prépare le terrain à une suppression de ces services. En vue de démontrer cette assertion, il convient d'examiner, en premier lieu, les démarches entreprises par le législateur national pour répondre aux exigences issues du droit communautaire en matière de concurrence. On constatera notamment un alignement législatif sur une conception plus restrictive des services publics sociaux qui met en cause le rôle traditionnel de l'Administration en tant que *garant* de ces derniers.

859. Si un tel processus de contestation des services publics sociaux est initié, il importe, en second lieu, de nous demander à partir de quel moment il peut équivaloir à la *suppression* de ce type de services. Autrement dit, étant donné la contestation continue du caractère public des services, il convient de déterminer quel est le niveau exact de son affaiblissement excessif. Dans le cadre de notre étude, la suppression des prestations ne résulte pas seulement de la substitution d'un statut privé à un statut public (privatisation) ; elle est aussi la conséquence de la contestation de leur lien avec l'Administration et de leur rapprochement envers des personnes privées (libéralisation). L'étude qui suit analysera la contestation continue des services publics sociaux (1), avant d'envisager la libéralisation progressive en tant que moteur de suppression du service public (2).

§ 1 - La contestation continue des services publics sociaux

860. Le processus de mise en cause du caractère public des services publics sociaux résulte de l'intégration du *droit de la concurrence* dans les ordres juridiques nationaux. Afin de démontrer la contestation continue des services publics sociaux, il convient de mettre en exergue

l'adaptation de la législation nationale au principe communautaire de la concurrence (A), puis leur nouvelle définition restrictive (B).

A - L'adaptation de la législation sociale au principe de la concurrence

861. Dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de Justice précitée, le législateur national, en France et en Grèce, est intervenu dans l'objectif de limiter, d'une part, les monopoles publics (i) et, d'autre part, le financement public des services publics sociaux (ii).

i - La limitation des monopoles publics

862. La transposition dans les ordres juridiques nationaux des exigences issues du principe de la concurrence affaiblit les prérogatives dont profitent les services publics sociaux, parmi lesquelles figure le maintien de monopoles publics (au sens organique ou matériel). Cela est notamment explicite s'agissant de la suppression des monopoles des services publics de l'emploi en France et en Grèce en matière de placement des travailleurs. Le monopole de la sécurité sociale et celui de l'enseignement universitaire est aussi contesté. Il s'agit ici de présenter tant les modifications des législations nationales que la question de leur constitutionnalité qui s'est posée dans certains cas.

863. En premier lieu, en ce qui concerne le *monopole du placement des travailleurs*, il relevait du service public de l'emploi dès sa création dans les deux ordres juridiques analysés¹³⁸⁶. Néanmoins, à la suite de la jurisprudence précitée de la Cour de Justice, notamment l'arrêt précité *Hoffner*, le législateur national a dû supprimer la prérogative en question susceptible de violer les règles communautaires. En Grèce, le législateur est intervenu en 1998 pour abroger le monopole du placement des travailleurs¹³⁸⁷. En France, l'ouverture de la prestation de ce service aux personnes privées a été prévue par le législateur¹³⁸⁸, mais la Cour de Cassation a permis le maintien du monopole en matière de service public de l'emploi pour un certain temps¹³⁸⁹. Par une intervention législative en 2005, validée par le Conseil constitutionnel, le monopole a été finalement supprimé¹³⁹⁰.

¹³⁸⁶ En France, depuis 1967, le monopole public du placement des demandeurs d'emploi a été confié à l'ANPE (aujourd'hui Pôle Emploi) par l'ordonnance n° 67-578 du 13 juillet 1967 (JORF du 19 juillet 1967 page 7238) qui l'a créée. En Grèce, la loi n° 2961/1954 (JO A/197 25-8-1954) a créé le service public de l'emploi.

¹³⁸⁷ Il s'agit de la loi n° 2638/98, JO 205/A du 2 septembre 1998.

¹³⁸⁸ Ordonnance n° 86-1286 du 20 décembre 1986, JORF du 21 décembre 1986, p.15363

¹³⁸⁹ Cour de Cassation, ch. criminelle, 16 novembre 1999, n° 98-87.686.

¹³⁹⁰ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, JORF du 19 janvier 2005. Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005. Lire pour la France, Yves ROUSSEAU « Du monopole public du placement à un nouveau service public de l'emploi », *Droit social*, 2005, p. 456.

864. En deuxième lieu, en ce qui concerne *la sécurité sociale*, il convient de rappeler que la jurisprudence de la Cour de Justice ne met pas en cause le monopole des organismes de *sécurité sociale de base*, mais celui des organismes de *sécurité sociale complémentaire*¹³⁹¹. A travers cette distinction, le juge communautaire a posé le fondement d'une *scission* de la sécurité sociale se divisant en une *partie publique minimale* et une *partie privée étendue*. Il convient ici de présenter l'adaptation de la législation sociale nationale au schéma décrit ; d'une part, en ce qui concerne les *retraites* et, d'autre part, en ce qui concerne *l'assurance-maladie*.

865. Premièrement, *en ce qui concerne les retraites*, les deux Etats ne se sont que *partiellement* alignés sur les exigences communautaires en matière de concurrence. En France, l'adaptation au principe de la concurrence a enrichi le cadre législatif sur les « retraites supplémentaires »¹³⁹². Pour s'aligner sur la jurisprudence communautaire, le législateur a introduit dans l'ordre juridique hellénique des *régimes professionnels de retraite* pour la première fois en 2002¹³⁹³. A travers cette transposition, il a mis fin à une conception exclusivement organique du service public de sécurité sociale¹³⁹⁴, mais aussi à l'interdiction jusqu'alors applicable que les retraites soient fondées sur des conventions collectives¹³⁹⁵.

866. Connues en tant que *retraites d'entreprise* ou *professionnelles*, elles impliquent des programmes collectifs ou individuels d'épargne assurés directement par des entreprises ou par des organismes assureurs. Les retraites supplémentaires représentent le pilier « privé » du système de protection sociale qui se différencie des *retraites de base et complémentaires* qui sont *publiques*. En réalité, les retraites professionnelles ne peuvent être non plus considérées comme étant *totale*ment privées, car elles impliquent toujours une *mission sociale non lucrative*¹³⁹⁶. Elles s'accompagnent par ailleurs de prérogatives publiques comme, par exemple, différents avantages fiscaux¹³⁹⁷. On est ainsi toujours en présence d'une activité de *service public social*. Il est dès lors plus pertinent de considérer que le caractère des retraites

¹³⁹¹ CJCE, *Poucet et Pistre, Garcia, Fenin*. Voir *supra*, p. 344.

¹³⁹² La France a transposé la directive n° 2003/41 sur les retraites professionnelles par trois textes : l'arrêté du 27 juin 2006 relatif aux retraites professionnelles supplémentaires, le décret n° 2006-740 du 27 juin 2006 relatif aux retraites professionnelles supplémentaires et le décret n° 2007-67 du 18 janvier 2007 relatif aux personnes morales administrant les institutions de retraite professionnelle collective. Ces textes ne créent pas des retraites supplémentaires puisque celles-ci ont été créées par la réforme des retraites de 2003 en France (loi n° 2003-775 du 21 août 2003, JORF n° 193 du 22 août 2003, p. 14310).

¹³⁹³ Il s'agit de la loi n° 3029/2002, puis par loi n° 4254/2012, *op.cit.* voir *supra*, note de bas de page, n° 1321. Avec la loi n° 4254/2012, le législateur a supprimé les dispositions énonçant la possibilité de financer par le biais de taxes les caisses professionnelles.

¹³⁹⁴ Voir *supra*, p. 333.

¹³⁹⁵ Loi n° 1876 /1990, JO A 27 publié le 8 mars 1990. Loi n° 1902/1990, JO B 138 publié le 17 octobre 1990.

¹³⁹⁶ Sur l'activité non lucrative en tant que limite entre le secteur public et le secteur privé, voir *infra*, p. 420.

¹³⁹⁷ Voir *infra*, p. 539 et s.

professionnelles est « moins public » que les deux autres piliers de la retraite qui échappent à la concurrence, en France comme en Grèce.

867. En dépit du développement des *retraites supplémentaires*, l'adaptation de la France à la concurrence reste toutefois partielle dans la mesure où non seulement les retraites *de base*¹³⁹⁸, mais aussi les retraites *complémentaires*, bénéficient d'un lien très fort avec l'Etat. Ce fait va potentiellement à l'encontre de la position de la Cour de Justice qui qualifie les régimes complémentaires de *SIEG*¹³⁹⁹. En effet, celles-ci sont gérées en France par les régimes Agirc et Arrco¹⁴⁰⁰ qui sont *obligatoires*, fonctionnent *par répartition* et ne se voient pas appliquer le principe de la concurrence¹⁴⁰¹. L'architecture communautaire des *trois piliers* n'a pas totalement prospéré en Grèce non plus. La raison en est qu'en Grèce comme en France, on constate l'existence d'un premier pilier public obligatoire fonctionnant par répartition étendu, comprenant tant les *organismes de base* que les *organismes complémentaires*.

868. S'agissant de *l'assurance-maladie*, son alignement sur la concurrence est plus clair que pour les retraites en ce qui concerne la France. La Grèce n'est pas concernée par l'ouverture de l'assurance-maladie à la concurrence, dans la mesure où elle ne connaît pas d'*assurance-maladie complémentaire*, mais seulement une *assurance-maladie de base* exemptée, par définition, de concurrence¹⁴⁰². Concernant donc l'ordre juridique français, prenant acte de plusieurs arrêts jugeant inconstitutionnel le monopole de l'assurance-maladie¹⁴⁰³, le législateur a dû le supprimer¹⁴⁰⁴. Le nouveau Code de la mutualité de 2001 a, ensuite, transposé les

¹³⁹⁸ Cour de Cassation, (chambre civile), 25 avril 2013, n° 12-13.234.

¹³⁹⁹ Voir *supra*, p. 345.

¹⁴⁰⁰ L'Association des régimes de retraites complémentaires (ARRCO) a été créée en 1962 et l'Association générale des institutions de retraite des cadres (AGIRC) en 1947 par des accords interprofessionnels. A la suite des accords interprofessionnels du 30 octobre 2015 et du 17 novembre 2017, les régimes AGIRC et ARRCO fusionneront le 1^{er} janvier 2019 en un seul régime.

¹⁴⁰¹ Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, *op.cit.*, p. 1093.

¹⁴⁰² L'assurance-maladie complémentaire n'est pas répandue en Grèce. L'assurance maladie de base est octroyée désormais par un seul organe, voir *infra*, p. 358.

¹⁴⁰³ CE, 8 novembre 1996, n° 122644, *FFSA*. En l'espèce, le juge a considéré que l'exclusion ou la restriction de concurrence sur le marché des produits de retraite complémentaire des exploitants agricoles n'était pas justifiée par l'accomplissement de la mission particulière impartie à la Mutualité sociale agricole. Peu après, la loi du 18 novembre 1997 a ouvert la gestion du régime facultatif de retraite complémentaire des exploitants agricoles à la concurrence (loi n° 97-1051 du 18 novembre 1997 d'orientation sur la pêche maritime et les cultures marines, JORF n° 268 du 19 novembre 1997, p. 16723).

¹⁴⁰⁴ D'une part, la modification du Code de la mutualité a précédé la décision de la Commission européenne signalant la non-conformité au droit communautaire (Décision 2005/842 de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, JO C 295 du 26 novembre 2005). Voir aussi, CJCE, 16 décembre 1999, C-239/98, *Commission européenne contre République française pour non-transposition des « directives assurance-vie »*. D'autre part, dans l'arrêt CE, 26 septembre 2005, n° 262282, *Mutuelle générale des services publics*, le Conseil d'Etat a fait droit à la demande de la requérant tendant à obtenir l'abrogation de l'article du Code de la mutualité

*directives assurances*¹⁴⁰⁵. Certes, en France, dès la loi Evin du 31 décembre 1989¹⁴⁰⁶, les régimes complémentaires de prévoyance avait déjà été légèrement ouverts au principe de la concurrence. Ce qui a changé sous l'influence du droit de l'Union est que désormais l'assurance-maladie complémentaire pouvait être souscrite auprès d'un organisme assureur d'un autre Etat - membre. Ainsi, les *mutuelles* sont entrées dans le champ d'application des directives communautaires sur l'assurance bien qu'elles gèrent des *régimes complémentaires obligatoires*¹⁴⁰⁷. Le monopole n'était pas contesté en tant que tel.

869. Il était toutefois limité. La question de l'étendue de l'application de la concurrence aux *régimes complémentaires de prévoyance français* a en effet récemment été posée à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des *clauses de désignation*¹⁴⁰⁸. Dans un système où les organismes assureurs sont pluriels et mis en concurrence, l'introduction d'une clause de désignation dans un accord de branche induit une atténuation du caractère marchand de la prévoyance. Raisonant ainsi, le Conseil constitutionnel a annulé les dispositions contestées en raison d'une violation de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle¹⁴⁰⁹.

870. Outre les services publics de l'emploi et de la sécurité sociale c'est, enfin, celui de *l'enseignement universitaire* qui a été touché par le droit de l'Union prônant un marché libre. À la suite de l'arrêt *Valentina Neri* de la Cour de Justice¹⁴¹⁰, les universités publiques ont perdu le monopole de délivrance des diplômes universitaires, puisqu'elles ont été amenées à

en question. Ces dispositions violaient le principe d'égalité de traitement devant le service public en réservant l'attribution des subventions prévues aux mutuelles exclusivement constituées de fonctionnaires et d'agents de l'Etat et de ses établissements publics, à l'exclusion des mutuelles accueillant également d'autres catégories d'adhérents, telle la requérante.

¹⁴⁰⁵ Ordonnance n° 2001-350 du 19 avril 2001 relative au Code de la mutualité et transposant les directives 92/49/CEE et 92/96/CEE du Conseil des 18 juin et 10 novembre 1992, JORF n° 95 du 22 avril 2001, p. 6288. Loi n° 94/678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes, JORF n° 184 du 10 août 1994. Sur la réforme, voir Anne-Sophie GINON, « Sur l'assurance-maladie complémentaire : Vers un paramétrage économique de l'assurance maladie complémentaire ? », *RDSS*, n° 3, 2017, p. 456. Voir également, Fabienne MULLER, « Les mutuelles dans la tourmente de la concurrence », *RDSS*, n° 5, 2006, p. 828.

¹⁴⁰⁶ Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 (JO n° 1 du 2 janvier 1990) sur la prévoyance renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques (Loi Evin). Ce texte fixe les règles entre l'État, les assurés et les organismes complémentaires. Les mutuelles sont en concurrence avec les institutions de prévoyance en matière d'assurance-maladie.

¹⁴⁰⁷ Jean – Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale, op.cit.*, p. 425.

¹⁴⁰⁸ Il s'agit d'une clause de la convention collective établissant le régime conférant le monopole de gestion à un seul assureur. Voir *supra*, p. 345.

¹⁴⁰⁹ CC, n° 2013-672 DC, 13 juin 2013 (voir toutefois la décision n° 2015-460 QPC du 26 mars 2015 relative à la conformité à la Constitution des clauses de désignation). Pour une critique négative de la décision de 2013, voir Isabelle VACARIE, « L'assurance maladie complémentaire : élément du statut social de la personne ? », *RDSS*, n° 4, 2014, p. 625. Voir aussi Francis KESSLER, « L'émergence (trop tardive ?) de la notion de régime de protection sociale complémentaire », *RDSS*, n° 2, 2015, p. 352. Jean-Pierre CHAUCHARD, « La prévoyance sociale complémentaire selon le Conseil constitutionnel », *RDSS*, n° 4, 2014, p. 601.

¹⁴¹⁰ CJCE, *Valentina Neri*, voir *supra*, note de bas de page n° 1359.

reconnaître les diplômes délivrés par des institutions privées. La Grèce est particulièrement concernée, car le monopole en matière d'enseignement se fonde sur l'article 16, paragraphe 8 de sa Constitution. Considérant les évolutions du droit de l'Union à ce sujet, la majorité de la doctrine hellénique a aussi dénoncé un *contournement du monopole constitutionnel*¹⁴¹¹ à travers la reconnaissance forcée de diplômes délivrés par des institutions privées¹⁴¹².

871. Si la question d'une atteinte implicite à la Constitution hellénique est clairement posée¹⁴¹³, tel n'est certainement pas le cas en France. Aucune disposition constitutionnelle française ne le consacre, mais un monopole en matière d'attribution des grades universitaires est prévu depuis longtemps par la législation¹⁴¹⁴. Du point de vue de notre étude, le monopole serait garanti en se fondant sur une interprétation historique du droit à l'enseignement¹⁴¹⁵. Or, le Conseil constitutionnel ne s'étant jamais prononcé sur la question de la valeur constitutionnelle du monopole des titres universitaires, c'est exclusivement au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat que le problème a jusqu'à présent été traité¹⁴¹⁶. Le Conseil d'Etat affirme sa valeur législative en écartant toute disposition infra-législative allant à son encontre.

Outre la contestation des monopoles des services publics sociaux, une autre question mérite attention : celle de la limitation de leur financement public.

ii - La limitation du financement public des services publics sociaux

872. Parmi les services publics sociaux concernés par une intervention législative ayant limité leur financement public, mentionnons notamment le service public du logement social et le service public hospitalier.

¹⁴¹¹ Constantin YANNAKOPOULOS, « La déconstruction des universités et la faillite de la Constitution », *EDD*, n°3, 2011, p. 336 (en grec).

¹⁴¹² Décret présidentiel n° 38/2010 JO 78 publié le 25 mai 2010 transposant la directive de 2005 sur la liberté professionnelle. Plus tard, la loi 4093/2012 JO A-222 publié le 12 novembre 2012 concrétisant les obligations issues du Mémoire d'Accord a élargi les conditions du permis des collèges privés.

¹⁴¹³ Ce sujet est lié au thème du conflit entre les normes constitutionnelles et communautaires, sujet très complexe dont l'étude exigerait une étude spécifique. Voir *intro*, p. 53 et s.

¹⁴¹⁴ Loi du 12 juillet 1875 relative à la liberté de l'enseignement supérieur.

¹⁴¹⁵ Voir, *infra*, p. 395.

¹⁴¹⁶ CE, 9 juillet 2010, n° 327663, *Fédération nationale de la libre pensée*. Le problème est en l'espèce la conclusion d'un accord entre la France et le Saint-Siège sur la reconnaissance des grades et diplômes dans l'enseignement supérieur, signé le 18 décembre 2008 et publié par un décret n° 2009-427 du 16 avril 2009. En l'espèce, le Conseil d'Etat a conclu à la nécessité du maintien d'une évaluation individuelle de leurs titulaires avant toute décision d'équivalence qui leur serait accordée en écartant ainsi toute idée d'atteinte au monopole. Voir également CE, 7 juin 2017, n° 389213, *Conférence des grandes écoles*. Voir Thierry RAMBAUD, Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Le contrôle de l'accord entre la France et le Saint-Siège sur la reconnaissance des grades et diplômes », *RFDA*, 2010, p. 995.

873. S'agissant du *logement social*, en Grèce, la législation a toujours été limitée, puis le service public du logement social a été supprimé¹⁴¹⁷. Il n'y a lieu, dès lors, de rechercher sa restriction par le principe de la concurrence. En France, au contraire, une politique développée du logement social est menée à travers notamment la reconnaissance de nombreux avantages fiscaux au bénéfice des *offices d'habitat*¹⁴¹⁸ qui permettent de proposer un loyer inférieur au loyer du marché et sont ainsi susceptibles d'être reconnus comme des *aides publiques illégales* au sens communautaire¹⁴¹⁹.

874. La Cour de Justice a dans le passé condamné la France au sujet des aides publiques aux offices d'habitat¹⁴²⁰. Le législateur a donc été contraint de réformer les redevances fiscales réservées aux institutions assurant le service public du logement¹⁴²¹. À la suite d'une plainte déposée par une association auprès de la Commission européenne en 2012, il a procédé à une nouvelle réforme en matière de logement social. Une loi votée en 2013 a ainsi modifié le système de décote sur le prix de cession du foncier public dans l'objectif de faciliter la construction de nouveaux logements sociaux avec moins de subventions¹⁴²². Un recul progressif des subventions versées par l'État¹⁴²³ est ainsi devenu nécessaire, afin que le montant maximal prévu pour les aides publiques par le droit de l'Union ne soit pas dépassé.

¹⁴¹⁷ Voir *supra*, p. 112.

¹⁴¹⁸ Sur les divers dispositifs fiscaux dont le logement social bénéficie en France, lire Philippe VILLAIN, *L'évolution et l'avenir du logement social en France : les mutations juridiques des opérateurs de l'habitat social, générées par le passage du service public à la française à l'intérêt général européen*, Thèse, Université de Reims Champagne - Ardenne, 2011, p. 60-65.

¹⁴¹⁹ Michel AMZALLAG, « Le financement du logement locatif social », *RDSS*, n° 3, 2006, p. 443.

¹⁴²⁰ Un recours a été formé par la France à l'encontre de la Commission le 23 juillet 2007, n° T-289/07. Il s'agissait, en l'espèce, de question de la conformité au droit communautaire des droits spéciaux octroyés à trois banques françaises, des livrets avantageés fiscalement pour servir au financement du logement social interdits par la Commission. Nouvelle plainte déposée de l'Union nationale des propriétaires immobiliers le 5 mai 2012 auprès de la Commission européenne à l'encontre de la France.

¹⁴²¹ La France s'est désistée de ce recours en décembre 2009 et a adopté une réforme de la distribution du livret A, en juillet 2012 (Décret n° 2012-914 du 25 juillet 2012 relatif aux relations entre les réseaux collecteurs du livret A, du livret de développement durable et du livret d'épargne populaire et la Caisse des dépôts et consignations, *JORF* n° 0173 du 27 juillet 2012, p. 12282).

¹⁴²² Loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, *JORF* n° 0016 du 19 janvier 2013, p. 1321. La loi modifie le système de décote prévu à l'article L. 3211-7 du Code général de la propriété des personnes publiques sur le prix de cession du foncier public, afin d'accélérer les cessions du foncier public et d'augmenter l'offre de logements sociaux. Le prix de cession des terrains nus ou bâtis du domaine privé de l'État ou de certains établissements publics peut être inférieur à leur valeur vénale dès lors qu'ils ont vocation à accueillir des opérations de construction de logements, notamment sociaux.

¹⁴²³ Bruno WETENSCHLAG, « Loi ALUR et logement social », *AJDI*, n° 5, 2014, p. 351. Désormais, le régime des organismes HLM se rapproche de celui des sociétés de construction et de gestion. La mesure a été présentée, non sans contestation sur ce point d'ailleurs, comme résultant de la nécessité d'une mise en conformité avec les conditions d'octroi d'aides aux services d'intérêt économique général, telles qu'édictées en dernier lieu par une décision n° 2012/21/UE de la Commission sur la conformité des aides publiques avec le droit communautaire.

875. Les conséquences du contrôle communautaire sur les aides publiques sont encore plus claires s'agissant du *service public hospitalier* dans les deux Etats analysés. En France, le service public en question a fait l'objet d'une grande réforme de son financement en vue de sa mise en conformité avec le droit de l'Union¹⁴²⁴. Les mesures prises dans ce domaine ont été accompagnées de mesures relatives à la *gouvernance* à l'instar des entreprises privées¹⁴²⁵. Il s'agit d'une manifestation du fait que le service public hospitalier s'inspire désormais des méthodes du secteur privé afin de pouvoir le concurrencer¹⁴²⁶. C'est suivant l'objectif d'« amélioration de la gestion » du système de santé que la loi de 2009 a créé les Agences régionales d'hospitalisation (ARH) en charge de la « régulation » du service public hospitalier¹⁴²⁷ ; c'est-à-dire veillant à l'application de la concurrence tout en s'assurant de l'accomplissement du *service universel*¹⁴²⁸.

876. La question qui nous intéresse ici est celle de savoir dans quelle mesure une telle « banalisation » du service public entraîne la remise en cause du caractère public des hôpitaux. Tel semble en effet être le cas aujourd'hui, le budget des hôpitaux étant établi en fonction des recettes prévisionnelles équilibrant les dépenses envisagées. Les hôpitaux publics sont donc désormais assimilés à des *entreprises*¹⁴²⁹. La transformation des hôpitaux publics français est particulièrement claire s'agissant de la *tarification des soins*. Jusqu'en 2003, le financement par l'assurance-maladie des hôpitaux (publics et privés) assurant le service public hospitalier était distinct du financement des cliniques privées. Les deux types d'établissements appliquaient des règles différentes de tarification : les premiers fonctionnaient selon un système de « dotation globale »¹⁴³⁰ alors que les seconds négociaient leurs tarifs remboursés avec les agences régionales d'hospitalisation.

¹⁴²⁴ Benoît APOLLIS, « Le financement du service public hospitalier », *RDSS*, n° 4, 2017, p. 657.

¹⁴²⁵ Patrick MORDELET, « L'évolution du cadre juridique des hôpitaux publics en Europe et l'avenir de l'établissement public de santé français », *RDSS*, n° 5, 2008, p. 85. En France, la nouvelle gouvernance hospitalière, issue de l'ordonnance du 2 mai 2005, s'inscrit également dans cette orientation de nouveau management public : le découpage de l'hôpital en pôles d'activités qui rappellent l'organisation de l'entreprise privée ; un conseil d'administration recentré sur ses fonctions stratégiques, d'évaluation et de contrôle ; la généralisation de la contractualisation interne et externe ; et enfin la création d'un conseil exécutif, véritable directoire de l'hôpital

¹⁴²⁶ Lucie CLUZEL-METAYER, Anne-Claude GRITTON, « Prolégomènes à une réflexion sur le service public hospitalier », *RDSS*, n° 4, 2017, p. 595

¹⁴²⁷ La loi « HPST » du 21 juillet 2009 (JORF n°0167 du 22 juillet 2009, p. 12184) a remplacé les agences régionales de l'hospitalisation par des agences régionales de la santé (ARS) aux compétences élargies. Les ARS ont le statut d'établissement public de l'État et sont chargées, à l'échelle régionale, de la politique de santé ainsi que de la « régulation » du système de santé. Sur le concept de « régulation », voir *infra*, p. 366.

¹⁴²⁸ Voir *infra*, p. 369 et s.

¹⁴²⁹ Géraldine CHAVRIER, « Etablissement public de santé, logique économique et droit de la concurrence », *RDSS*, n° 2, 2006, p. 274.

¹⁴³⁰ Indépendamment de son activité, l'hôpital perçoit une somme d'argent appelée « dotation globale » versée par la caisse primaire d'assurance maladie de sa circonscription afin de lui assurer une trésorerie régulière.

877. La loi de 2003 a mis fin à ce système de financement en introduisant la « tarification à l'activité »¹⁴³¹. Désormais, les crédits de l'assurance-maladie sont attribués en fonction des activités de soins réalisés au regard de leur nature et volume. La particularité du dispositif réside dans le fait de concerner les établissements assurant le service public de santé mais aussi les cliniques privées, *sans distinction*¹⁴³². De ce point de vue, le fait pour l'hôpital d'assurer le service public de santé n'a aucune conséquence quant à son financement ; les conditions de celui-ci sont désormais identiques dans le domaine public comme dans le secteur privé¹⁴³³.

878. Notons, toutefois, que la similarité n'est pas tout à fait parfaite dans la mesure où les hôpitaux assurant le service public de santé reçoivent un financement supplémentaire, en plus de celui qui résulte de la *tarification de l'activité*, dans l'objectif de répondre à leurs « missions d'intérêt général et d'aide à la contractualisation » (« MIGAC »)¹⁴³⁴. Cela concerne les missions de service public liées à l'enseignement et à la recherche, les soins prodigués à des personnes défavorisées, ainsi que les soins d'urgence. Le Conseil d'Etat a jugé que le différentiel tarifaire au profit des hôpitaux publics constituait une compensation des *obligations de service public* conforme aux règles communautaires¹⁴³⁵. Il reste ainsi un financement restreint, seulement limité à certaines activités.

879. Dans cette perspective, même si les ressources des hôpitaux qui assurent le service public de santé peuvent être considérées comme *mixtes*¹⁴³⁶, cela ne limite pas l'influence du droit de l'Union valorisant la concurrence en la matière. De plus, le contrôle communautaire sur les différences de financement entre le domaine public et privé se fait toujours d'une manière stricte¹⁴³⁷. La loi française de 2016 sur le service public hospitalier, qui a visé à garantir les

¹⁴³¹ Désormais, le financement est établi sur un ensemble de tarifs fixés par groupes homogènes de séjour. Voir Loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour l'année 2004, JORF n° 293 du 19 décembre 2003, p. 21641.

¹⁴³² Lucie CLUZEL-METAYER, « L'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris, un "hôpital-entreprise" ? », *RDSS*, n° 6, 2016, p.1061.

¹⁴³³ Jean – Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale, op.cit.*, p. 492, p. 539.

¹⁴³⁴ Lire le rapport du Sénat « Les MIGAC : un enjeu à la croisée des réformes du secteur hospitalier », disponible sur senat.fr.

¹⁴³⁵ CE, 7 juillet 2010, n° 327388. Le Conseil d'Etat admet la compatibilité avec le droit communautaire de tarifs d'hospitalisation dans le secteur public supérieurs à ceux applicables dans les établissements privés à but lucratif au regard des « obligations de service public » confiées aux établissements publics et privés à but non lucratif. Voir également CE, 24 février 2015, n° 367961, *Syndicat FHP-MCO*.

¹⁴³⁶ Jean – Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.* p. 540. Il s'agit alors d'une allocation de ressources mixtes, les soins étant financés en fonction de leur nature et de leur volume, mais les « missions d'intérêt général » restent soumises à une enveloppe globale.

¹⁴³⁷ Trib. UE 7 novembre 2012, T-137/10. Voir *RDSS*, 2013, p. 431. Si le tribunal accepte que les obligations afférentes au service public hospitalier comprennent « tant des obligations imposées à tout établissement hospitalier que des obligations complémentaires imposées uniquement aux établissements publics, compte tenu de leur importance accrue pour le bon fonctionnement du système national de santé », il demande que soient définis

missions particulières de l'hôpital tout en assurant le respect des exigences communautaires¹⁴³⁸, a été validée par le Conseil constitutionnel malgré quelques griefs au sujet du respect de la *liberté d'entreprendre*¹⁴³⁹.

880. S'agissant du service public hospitalier en Grèce, la concurrence y est moins développée en comparaison de la France, même si certaines réformes récentes l'ont renforcée. Il s'agit de réformes concernant le financement du service public de santé qui sont dans une grande mesure la conséquence des Mémoires signés par la Grèce avec ses créanciers¹⁴⁴⁰. Elles ont eu lieu en deux étapes.

881. Dans un premier temps, en 2011, une loi a créé une caisse unique d'assurance maladie qui finance le service public de santé¹⁴⁴¹. La caisse créée offre des « soins de premier degré » aux patients, c'est-à-dire des soins non hospitaliers ; soit à travers ses propres centres médicaux, soit par le biais de médecins conventionnés. C'est désormais la caisse unique de l'assurance-maladie qui, en tant que *régulateur*¹⁴⁴², négocie le coût des soins avec les hôpitaux publics et les cliniques privées à la place de l'Administration. Le système de financement des soins en Grèce est dès lors aujourd'hui moins concentré que ce qu'il était auparavant et dès lors, plus conforme au droit de la concurrence.

882. Dans un second temps, à travers une autre loi votée en 2014, le système des « soins de premier degré » a de nouveau été réformé¹⁴⁴³. Ceux-ci sont désormais assurés par les hôpitaux qui exercent le service public de santé et non par la caisse unique d'assurance-maladie. En perdant son rôle de prestataire de services de soins, la caisse unique en est devenue officiellement le *régulateur*. C'est dans la *dissociation* décrite que l'on peut identifier la présence du principe de la concurrence. La scission entre la fonction de production de services et celle de financement accroît, d'une part, l'autonomie des établissements de soins et, d'autre

avec précision les paramètres de calcul de la compensation et les modalités permettant de s'assurer de l'absence de surcompensation et de son remboursement.

¹⁴³⁸ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé. JORF n° 0022 du 27 janvier 2016. Tout en garantissant le *service public hospitalier*, elle interdit toute surcompensation financière des charges de service public. Si les obligations de service public rendent souvent nécessaire la compensation des surcoûts qu'elles peuvent engendrer, c'est, en effet, à la condition de contrôler étroitement et régulièrement leur montant afin d'éviter l'attribution d'avantages injustifiés.

¹⁴³⁹ Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016.

¹⁴⁴⁰ Voir *intro*, p. 17.

¹⁴⁴¹ Loi n° 3918/2011, JO 31 /A publié le 2 mars 2011.

¹⁴⁴² Sur le concept de régulation, voir *infra*, p. 366.

¹⁴⁴³ Loi n° 4238/2014, JO 38/A publié le 17 février 2014. La loi en question a changé le rôle de la caisse unique d'assurance maladie en le limitant à celui de payant des soins de santé et non plus de celui de prestataire, marquant ainsi une étape vers la privatisation du système des soins de santé. Patrino PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « Les soins de santé du premier degré et l'octroi des soins de santé après la loi n° 4238/2014 » publié au journal *ta nea* le 20 mars 2014, disponible sur le site scholar.uoa.gr (en grec).

part, le contrôle de leur financement public. Ainsi, pour la première fois dans l'ordre juridique hellénique, un marché intérieur a émergé dans le domaine des services de santé.

883. Si la réforme présentée témoigne de l'introduction de la concurrence dans le service public hospitalier, la modification de son financement complète le processus. En 2011, le législateur a pour la première fois prévu un système de *dotation globale* pour le financement des hôpitaux assurant le service public hospitalier¹⁴⁴⁴. Parallèlement, une autre loi a créé une *entreprise publique anonyme* ayant pour mission principale de répartir le financement destiné au service public hospitalier entre hôpitaux publics et cliniques privées, ainsi que de contrôler leurs dépenses¹⁴⁴⁵. Il s'agit ici d'une étape significative vers une *égalisation du financement* des prestataires publics et privés de soins conforme aux exigences du droit de l'Union.

884. Il devient ainsi manifeste que la tendance actuelle en Grèce - comme cela est aussi le cas en France depuis plus longtemps - est de restreindre la participation publique au financement du service public de santé. Cela signifie concrètement une restriction du financement par le budget public et son déplacement vers l'assurance-maladie. En France, avec la *tarification à l'activité*, les hôpitaux deviennent des organismes *auto-financés* par leurs « clients ». En Grèce, une évolution similaire est aussi de plus en plus claire avec la création d'un *régulateur* du marché des soins et la surveillance stricte des dépenses publiques de santé.

885. Si une adaptation de la législation sociale nationale au principe communautaire de la concurrence a pu être relevée, il convient à présent de démontrer qu'elle implique une conception du service public plus restrictive que celle qui est classiquement retenue au sein des ordres juridiques nationaux.

B - La nouvelle définition restrictive des services publics sociaux

886. Conformément à une « logique » concurrentielle, l'intervention de l'Administration doit être *minimale* (i) et *subsidaire* à celle du marché (ii).

¹⁴⁴⁴ Il s'agit de la décision ministérielle n° Y4α/oik85649/27711 (JO 1702/B/2011).

¹⁴⁴⁵ La loi n° 4472/2017, JO A/74 publié le 19 mai 2017 établit une entreprise publique de contrôle des dépenses pour les hôpitaux (« ESAN AE ») qui contrôle les dépenses tant des hôpitaux que des soins du premier degré. La loi prévoit également le renvoi du dossier des patients à l'entreprise en question. Son rôle principal consiste ainsi en la gestion des dépenses publiques de santé.

i - L'intervention minimale de l'Administration

887. Le principe de la concurrence influence le *lien* que les services publics sociaux des ordres juridiques français et hellénique entretiennent avec l'Administration. Leur financement, ainsi que les différents privilèges qui les caractérisent, sont de plus en plus contestés dans une perspective d'égalitarisation avec les prestataires privés. Le souci de laisser plus d'espace à l'initiative privée pour se développer a pour effet de rendre l'activité publique *minimale*. Même si tel n'est pas l'objectif principal des législations nationales qui ont introduit la concurrence en matière de services publics sociaux, il s'agit tout de même d'un corollaire de leur application.

888. En ce qui concerne par exemple le *service public hospitalier*, il importe en premier lieu de rappeler qu'en France, les hôpitaux qui assurent le service public de santé sont désormais financés de manière semblable aux cliniques privées. La Grèce suit aujourd'hui la même évolution, sans toutefois encore s'être complètement alignée sur la situation française¹⁴⁴⁶. En France, où ce processus d'égalitarisation est achevé, les seules activités financées en dehors du système de la *tarification de l'activité* sont les missions d'intérêt général (MIGAC) qui correspondent aux soins urgents, aux soins apportés aux personnes défavorisées et aux missions d'enseignement et de recherche¹⁴⁴⁷. Ce n'est donc qu'*exceptionnellement* que le service public hospitalier se distingue désormais des cliniques privées¹⁴⁴⁸.

889. Le maintien de sources de financement des soins en dehors de la *tarification à l'activité* équilibre les potentiels effets négatifs de la concurrence, telle que l'éviction des patients les plus lourdement atteints. Comme la nouvelle loi sur la modernisation de la santé l'énonce, le service public hospitalier vise avant tout à garantir *l'égalité et la continuité* de l'accès aux soins¹⁴⁴⁹. On

¹⁴⁴⁶ Voir *supra*, p. 354 et s.

¹⁴⁴⁷ L'article L. 162-22-13 du Code de la sécurité sociale détermine les activités qui dérogent à la tarification à l'activité et qui font l'objet d'un financement forfaitisé. Selon son premier alinéa, « est créé, au sein de l'objectif national de dépenses d'assurance maladie prévu au 4° du I de l'article LO 111-3, une dotation nationale de financement des missions d'intérêt général et d'aide à la contractualisation des établissements de santé mentionnés aux a, b, c et d de l'article L. 162-22-6. Cette dotation participe notamment au financement de la recherche, de la formation des professionnels de santé et du personnel paramédical à l'exception des formations prises en charge par la région en application des articles L. 4151-9, L. 4244-1 et L. 4383-5 du code de la santé publique, des engagements relatifs à la mise en œuvre des orientations du schéma régional de santé, de ceux visant à améliorer la qualité des soins ou à répondre aux priorités nationales ou locales en matière de politique sanitaire, notamment la création de groupements hospitaliers de territoire, par dérogation aux dispositions de l'article L. 162-1-7 du présent code, et de ceux relatifs à la mise en œuvre de la politique nationale en matière d'innovation médicale ou au rôle de recours dévolu à certains établissements. Par dérogation aux dispositions de l'article L. 162-22-6, cette dotation participe également au financement des activités de soins dispensés à certaines populations spécifiques. Ces engagements sont mentionnés au contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens mentionné à l'article L. 6114-2 du code de la santé publique ou, à défaut, dans un engagement contractuel spécifique ».

¹⁴⁴⁸ Danièle CRISTOL, « Les habits neufs du service public hospitalier », *RDSS*, n° 4, 2016, p. 643.

¹⁴⁴⁹ Article 1, loi de la modernisation du système de santé, *op.cit.* : l'organisation des parcours de santé. Ces parcours visent, par la coordination des acteurs sanitaires, sociaux et médico-sociaux, en lien avec les usagers et

constate, dès lors, le passage d'un financement public de *tous les hôpitaux publics* à un financement public de *certaines missions spécifiques*, afin de préserver l'égalité et la continuité des services de santé. Il s'agit d'une modification du lien que le service public social en question maintient avec l'Administration, qui permet désormais d'assurer seulement le respect des *principes des services publics*¹⁴⁵⁰. Le service public hospitalier s'identifie dorénavant au *service universel* ; il relève donc du principe consacré en droit de l'Union garantissant *un service de base accessible à tous les citoyens d'une manière continue*¹⁴⁵¹.

890. Le même élément restrictif de la définition de service public peut être constaté aussi dans le cas de la *sécurité sociale*. Le droit de l'Union promeut un *système à trois piliers* - un pilier public et deux piliers privés - que ni la France ni la Grèce n'appliquent en tant que tel pour le moment¹⁴⁵². Or, si cette architecture est finalement mise en œuvre dans les deux ordres juridiques nationaux, elle changera d'une manière radicale le *service public de la sécurité sociale* tel qu'on le connaît aujourd'hui. Selon le schéma en question, seul le premier pilier (sécurité sociale de base financée par répartition) est financé par le budget public, alors que les deux autres sont financés par des cotisations sociales (système par capitalisation). Au lieu d'un système de sécurité sociale financé d'une *manière mixte* - par le budget public et des cotisations sociales (*système par répartition*) - l'espace réservé à l'intervention de l'Etat sera limité au premier pilier de la sécurité sociale. L'architecture décrite signifie la perte du caractère mixte du financement et une généralisation du *système par capitalisation*.

891. Le financement public du premier pilier sera *minimal*, car le budget public implique par définition une possibilité limitée de financement des prestations¹⁴⁵³. Le premier pilier est censé couvrir les individus qui n'ont pas ou pas assez travaillé pour pouvoir profiter de l'assurance vieillesse ou maladie. Une telle mutation entraînerait la *substitution* d'un système de sécurité sociale de type bismarckien par un système de type beveridgien. A la place d'un système de *sécurité sociale* destiné à couvrir tous les travailleurs, se mettra en place un dispositif d'*aide sociale* destiné aux personnes défavorisées. Il en résulterait un changement du rôle de

les collectivités territoriales, à garantir la continuité, l'accessibilité, la qualité, la sécurité et l'efficacité de la prise en charge de la population, en tenant compte des spécificités géographiques, démographiques et saisonnières de chaque territoire, afin de concourir à l'équité territoriale.

¹⁴⁵⁰ Cependant, le gouvernement français a proposé en septembre 2018 une nouvelle loi réductrice de la tarification à l'activité. Cette démarche témoigne d'une prise de conscience des répercussions négatives de ce type de financement sur le service public de santé.

¹⁴⁵¹ Voir *supra*, p. 175

¹⁴⁵² Voir *supra*, p. 351.

¹⁴⁵³ Le budget public en France et en Grèce sert, ainsi, à financer les allocations d'*aide sociale* et à renforcer les prestations les plus faibles de la *sécurité sociale* ; mais il ne peut nullement être perçu comme la source principale du financement du système de sécurité sociale. En revanche, tel est l'objet des cotisations des travailleurs.

l'Administration qui, au lieu d'assurer le service public de la sécurité sociale pour l'ensemble des travailleurs et subsidiairement pour les individus privés d'assurance, interviendrait *seulement* pour ces derniers. Son rôle serait alors de combattre l'exclusion sociale et de garantir, ainsi, le *service universel*. C'est à nouveau ici la question du respect des principes d'égalité et de continuité des services publics qui se camoufle derrière l'architecture des trois piliers du droit de l'Union.

892. Le même schéma d'intervention minimale s'applique même dans le cas des services publics sociaux qui traditionnellement ne couvrent pas l'ensemble de la population, comme celui du *logement social*. En France, qui est le seul des deux Etats examinés disposant, comme on a pu le noter, d'une véritable politique sociale du logement, celle-ci vise traditionnellement la « mixité sociale » entendue comme la diversification de l'habitat par un rééquilibrage de l'offre de logements¹⁴⁵⁴. Le service du logement social en France fonctionne comme une sorte de « régulation » du marché qui permet l'accès à des logements non seulement aux individus défavorisés, mais aussi à ceux disposant de revenus moyens¹⁴⁵⁵. A cet égard, une partie de la doctrine française¹⁴⁵⁶ signale qu'étant donné le contrôle strict des aides d'Etat par l'Union¹⁴⁵⁷, la politique du logement ne devrait dorénavant viser que les individus défavorisés. On passerait ainsi d'une *approche universelle* à une *approche résiduelle* du logement social¹⁴⁵⁸.

893. Enfin, les exemples précités montrent que pour la plupart des services publics sociaux désormais envisagés comme des *activités économiques*, la conséquence principale de cette évolution est l'émergence d'une *conception restrictive* de l'intervention étatique. Le droit de la concurrence va de pair avec la tendance à *cibler les individus désavantagés* dans la perspective de respecter les principes d'égalité et de continuité du service public. La définition communautaire du service public diverge ainsi de l'approche nationale des services publics

¹⁴⁵⁴ Sur le concept de mixité sociale, voir : Bruno WERTENSCHLAG, Johanne BERGER, « La loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté : vers un droit à la mixité sociale », *AJDI*, n° 4, 2017, p. 246.

¹⁴⁵⁵ Yves JEGOUZO, « Le logement social entre solidarité, décentralisation, service public et concurrence », *AJDA*, 2008, p. 500. Romain GRAEFFLY, *Le logement social, Etude comparée de l'intervention publique en France et en Europe occidentale*, L.G.D.J., 2006. La question est compliquée par le fait que les divers pays membres de l'Union européenne ont, à l'égard du logement, des positions très différentes. Pour certains, l'intervention publique se limite au traitement des exclus ; pour d'autres, les collectivités publiques (généralement décentralisées) doivent jouer un rôle de régulation du marché.

¹⁴⁵⁶ Anne PORTMANN, « La guerre du logement social aura-t-elle lieu ? », *Revue Dalloz, Dalloz actualité*, 27 novembre 2013.

¹⁴⁵⁷ Voir *supra*, p. 338.

¹⁴⁵⁸ Laurent GHEKIERE, « Le développement du logement social dans l'Union européenne », *Recherches et Prévisions*, n° 94, 2008, disponible sur le site persee.fr.

sociaux dans la mesure où elle fait primer l'idée d'*assistance* aux individus les plus pauvres sur celle de l'Administration en tant que fournisseur naturel des prestations¹⁴⁵⁹.

ii - L'intervention de l'Administration subsidiaire au marché

894. La logique d'intervention *subsidiaire* de l'Administration en matière de fourniture de prestations va de pair avec le concept de « défaillance du marché » selon lequel l'intervention des organes dépend de la satisfaction des besoins du marché¹⁴⁶⁰. La *légitimité* de l'activité publique est conditionnée à sa « réussite » pour y répondre.

895. Tout d'abord, la *défaillance du marché* comme condition de la légitimité de l'intervention étatique concerne seulement les activités qualifiées d'*économiques* (SIEG)¹⁴⁶¹. Dans la jurisprudence de la Cour de Justice, la condition en question a notamment été employée pour contester le *monopole public du placement des travailleurs* en Allemagne¹⁴⁶². Selon le juge de l'Union, si l'Administration n'arrive pas à satisfaire les besoins du marché de l'emploi, il est inopportun d'interdire l'initiative privée dans ce domaine. Le monopole public n'est pas justifié en raison d'une défaillance du marché.

896. La condition de *défaillance du marché* résulte en réalité d'un prolongement de celle qui permet de qualifier des activités de services publics sociaux d'*économiques*. Au regard de la jurisprudence communautaire, aucune activité n'est *a priori* non économique et n'exige des prérogatives spéciales pour son accomplissement. Il incombe au juge communautaire de rechercher *au cas par cas* dans quelle mesure une dérogation à la concurrence est nécessaire pour sa mission. De plus, dans le cas où l'Administration ne réussirait pas à couvrir les besoins du marché, l'exception à la concurrence n'est plus justifiée. C'est alors à travers un *contrôle de*

¹⁴⁵⁹ Laetitia DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, SI, 2005, p. 287. Marc DEBENE, Olivier RAYMUNDIE, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA*, n° 3, 1996, p. 183. Théodore FORTSAKIS, *Droit de l'énergie*, Ant. N. Sakkoulas, 2009, p. 63. Selon le Professeur FORTSAKIS, le concept du *service universel* est un concept plus restreint que celui de *service public*. Stavroula KTISTAKI, « Droit de la concurrence et service universel dans la perspective du droit communautaire - Réflexions à propos des arrêts de la Cour de Justice Corebau et Almelo », *Ellhnikí Dikaíosini*, n° 36, 1995, p. 1479, p.1495 (en grec).

¹⁴⁶⁰ Sur cette notion, voir Gabriel ECKERT, *Droit public des affaires*, *op.cit.*, p. 170. Il s'agit d'un terme économique introduit dans la terminologie juridique notamment avec la jurisprudence de la Cour de Justice, notamment son arrêt *Hofner*.

¹⁴⁶¹ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance, T-17/02, 15 juin 2005, *Olsen*.

¹⁴⁶² CJCE, 11 décembre 1997, C-55/96, *Job center coop*. : « (38) L'État membre, qui interdit toute activité de médiation et d'interposition entre demandes et offres d'emploi, lorsqu'elle n'est pas exercée par ces bureaux, enfreint l'article 90, paragraphe 1, du traité, lorsqu'il crée une situation dans laquelle les bureaux publics de placement seront nécessairement amenés à contrevenir aux dispositions de l'article 86 du traité. Il en est ainsi, notamment, lorsque se trouvent réunies les conditions suivantes : - les bureaux publics de placement ne sont manifestement pas en mesure de satisfaire, pour tous genres d'activités, la demande que présente le marché du travail ». CJCE, 16 janvier 1997, C-134/95, *USSL*.

proportionnalité que le juge communautaire contrôlera l'activité étatique en recherchant la *nécessité* de préserver, dans ce cas précis, les privilèges attachés au régime public¹⁴⁶³.

897. Comme aucun privilège n'est permis seulement en raison de leur *nature*, la présomption établie dans les ordres juridiques nationaux autour des prérogatives attachées aux *services publics sociaux* est également inversée. Les *prérogatives de service public* devant être nécessaires afin d'être justifiées, lorsque des personnes privées assurent déjà les dits services en comblant ainsi les besoins du marché, en théorie celles-ci peuvent être supprimées sans problème. Plus simplement, l'activité de l'Administration se justifie parce qu'elle comble les carences du marché. Si ces dernières sont palliées par des personnes privées, l'activité n'a plus rien de spécial. Ainsi, la *libéralisation* du service public est la prochaine étape d'une intervention publique mesurée en fonction de la condition de *défaillance* du marché¹⁴⁶⁴.

898. Les juridictions administratives *nationales* ne suivent cependant pas la jurisprudence de la Cour de Justice et n'appliquent pas la condition de *défaillance du marché* aux services publics sociaux¹⁴⁶⁵. Certes, les Conseils d'Etat français¹⁴⁶⁶ et hellénique¹⁴⁶⁷ admettent que la *dérogation à la concurrence* au profit du *service public* est d'autant plus justifiée si ce dernier répond à une défaillance du marché¹⁴⁶⁸ mais aucune des deux hautes juridictions administratives ne consacre la condition de manière exclusive. Ainsi, à l'occasion de l'arrêt *Territoire de la Polynésie française*, le Conseil d'Etat français a considéré que si le critère de l'insuffisance du marché est important pour justifier la présence du service public, il n'est pas le seul¹⁴⁶⁹. Il en va de même de la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶³ Laetitia DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, p. 739. Sur le contrôle de proportionnalité, voir *infra*, p. 448.

¹⁴⁶⁴ Spiros VLACHOPOULOS, *La privatisation : le cadre constitutionnel d'une décision politique*, Ant. N. Sakkoulas, 1999, p. 50. La conséquence du principe de défaillance du marché est la nécessité de la privatisation.

¹⁴⁶⁵ Voir, Gilles J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI, Martine LONG, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 110.

¹⁴⁶⁶ CE, 30 mai 1930, n° 06781, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers* : les entreprises privées ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et les Conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière. Voir également : CE, 10 juillet 2009, n° 324156, *Département de l'Aisne contre Ministre de la santé et des sports* ; CE, 10 novembre 2010, n° 319109, *Société Carso-Laboratoire santé hygiène environnement*.

¹⁴⁶⁷ CdE, n° 4291/2009, 3302/2013 s'agissant des permis des prestations de transport maritime.

¹⁴⁶⁸ Soit qu'elle contribue à corriger les carences de l'initiative privée.

¹⁴⁶⁹ CE, 8 mai 2005, n° 254199, *Territoire de la Polynésie française* : « Considérant que la bonne desserte aérienne de la Polynésie française, indispensable à ses relations avec le reste du monde et à son développement, constitue un intérêt public local ; qu'en jugeant que l'intérêt public ne pouvait s'apprécier au regard des besoins futurs du développement touristique et que seule l'insuffisance de l'initiative privée était susceptible de justifier les délibérations litigieuses, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit ».

¹⁴⁷⁰ CdE, n° 1210/76 : l'activité commerciale des personnes privées n'est pas une condition qui permet d'écarter l'intérêt général de l'activité identique des personnes morales du droit public.

899. Il s'ensuit que dans la jurisprudence administrative nationale, l'intervention de l'Administration en matière de services publics sociaux ne se justifie pas seulement en raison d'un marché défaillant, mais aussi par la reconnaissance de leur nature spécifique¹⁴⁷¹. La prise en compte de cet élément éloigne les services publics sociaux du champ de la concurrence, mais aussi de leur potentielle délégitimation à l'égard du secteur privé. Tel est, pour l'essentiel, l'apport de l'arrêt *Ordre des avocats* du Conseil d'Etat français¹⁴⁷² qui a explicitement écarté l'application du critère de *l'insuffisance du marché* des activités *non économiques*. Le Conseil d'Etat français permet, par ailleurs, la création d'un service public de téléassistance aux personnes handicapées, même si des sociétés privées offrent déjà de telles prestations¹⁴⁷³. Il en va de même s'agissant des logements sociaux¹⁴⁷⁴. Il s'agit toutefois, selon la doctrine¹⁴⁷⁵, d'une *exception française* en matière de services publics sociaux légitimant leur dérogation au principe de la concurrence.

Conclusion du § 1 :

900. Le législateur national s'adapte aux exigences du droit de la concurrence en matière de services publics sociaux, *sans* toujours aller jusqu'à un alignement total qui impliquerait un renversement de l'approche classique des services publics sociaux en France et en Grèce selon laquelle la nature spécifique de ceux-ci justifie le maintien de privilèges. L'application de la concurrence aux services publics sociaux conduit ainsi à les appréhender d'une manière plus restrictive. L'Administration doit intervenir afin d'assurer le respect du *service universel* au bénéfice des individus défavorisés et la légitimité de son intervention dépend de la satisfaction des *besoins du marché*. Au regard d'une telle approche restrictive des services publics sociaux,

¹⁴⁷¹ Lire le Rapport du CE, « Guides des outils d'action économique », *op.cit.* Voir également : Benoît PLESSIX, *Droit administratif général, op.cit.*, p. 852. Gabriel ECKERT, *Droit public des affaires, op.cit.*, p. 110-111. Les personnes publiques peuvent, en principe, prendre en charge une activité économique à la double condition que l'activité s'inscrive dans le cadre de leurs compétences et qu'il existe un intérêt public résultant notamment de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative privée ou d'autres circonstances comme la satisfaction des besoins de la population.

¹⁴⁷² CE, 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : « Si elles entendent en outre, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. A cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ».

¹⁴⁷³ CE, 3 mars 2010, n° 306911, *Département de la Corrèze*. En l'espèce, le Conseil d'Etat autorise la création d'un service public industriel et commercial de téléassistance aux personnes âgées. Voir dans le passé l'autorisation d'un restaurant économique.

¹⁴⁷⁴ CE, 27 octobre 1971, n° 80997, *Mlle Degraix*.

¹⁴⁷⁵ Sophie NICINSKI, « Les services sociaux devant le Conseil d'Etat : la construction d'une exception française », *AJDA*, 2008, p. 185. Elie ALFANDARI, « La concurrence dans les services sociaux », *RDSS*, 2006, p. 779.

qui s'est progressivement imposée, il importe de préciser où se situe exactement le moment où l'on peut constater leur *suppression*.

§ 2 - La libéralisation progressive des services publics, moteur de leur suppression

901. L'analyse qui suit vise à démontrer que l'approche communautaire des services publics sociaux implique leur *libéralisation* et que celle-ci constitue déjà leur *suppression*. Analyser la perspective d'une telle disparition des services publics sociaux nécessite de tirer les enseignements de l'étude des *services publics en réseaux* dont plusieurs ont déjà été *libéralisés* et même *privatisés* en France et en Grèce. L'étude des *services publics en réseaux* nous enseigne en particulier que le *service universel* - si promu par le droit de l'Union – ne constitue pas une *limite* à leur suppression mais au contraire un *moteur* de celle-ci. Pour cette raison, seules les normes *constitutionnelles* peuvent poser des *limites* à la restriction des services publics en général. Il convient alors de prouver, premièrement, que le *service universel* est le corollaire d'une suppression du service public (A), puis, dans un second temps, écarter définitivement une appréhension des dispositions du droit de l'Union en tant que limites à la suppression des services publics (B).

A - Le service universel en tant que corollaire d'une suppression du service public

902. Examiner le *service universel* en tant que corollaire d'une suppression du service public requiert d'analyser le nouveau rôle de *régulateur* que celui-ci implique pour l'Administration (i), qui vise la *continuité* au détriment de la *pérennité* des services publics (ii).

i - Le nouveau rôle de l'Administration en tant que régulateur de la prestation

903. Si le droit communautaire de la concurrence implique la garantie du *service universel*¹⁴⁷⁶, il convient de préciser en quoi consiste exactement ce nouveau rôle de l'Administration et comment il se différencie de son rôle passé. L'obligation pour l'Administration de garantir le service universel signifie, pour l'essentiel, de préserver le respect des principes de *continuité* et d'*égalité* des prestations. Or, cela n'indique pas nécessairement que l'Administration *assure* directement (*sens organique*) ou indirectement (*sens matériel*) les services publics ; cela peut aussi signifier qu'elle *veille* simplement au respect des principes de continuité et d'égalité alors que la prestation est assurée par des *personnes privées*. Etant donné la définition nationale du

¹⁴⁷⁶ Voir *supra*, p. 359 et s.

service public¹⁴⁷⁷, dans cette dernière hypothèse l'une de ses *caractéristiques essentielles* sera respectée mais un de ses *éléments constitutifs*, celui de l'exercice d'une mission sociale, disparaîtra ce qui nous conduit à en déduire sa *suppression*.

904. Le problème n'est pas tant la limitation des prérogatives liées aux services publics sociaux, mais la modification à travers celle-ci de leur rôle exact. L'Administration n'est plus *le garant du service public* mais simplement *le garant de la prestation* dépourvue de caractère public¹⁴⁷⁸. Comme le Professeur Marcou a pu le souligner, dans un contexte concurrentiel, les organes étatiques ne définissent plus le niveau de l'offre des services économiques mais seulement *les caractéristiques d'accessibilité* auxquelles le service doit répondre¹⁴⁷⁹. Il convient, en ce sens, de différencier le cas dans lequel l'Administration organise et assure le *service par ses propres moyens* de celui dans lequel l'Administration garantit le *service universel*. Ainsi, lorsqu'on évoque le service universel, on peut déjà parler d'un *service public supprimé*.

905. Le nouveau rôle de l'Administration se concrétise dans une mission de « régulation » entendue comme la « fonction visant à la satisfaction de besoins collectifs par des activités de nature économique sous un régime concurrentiel »¹⁴⁸⁰. La régulation a été promue par les organes communautaires en tant que moyen de concilier l'exigence de *privatisation partielle* des services publics en réseaux avec celle de l'accès de l'ensemble de la population à la prestation libéralisée¹⁴⁸¹. Le concept de *régulation* fait place, à côté de la concurrence, à des préoccupations sociales¹⁴⁸². Dans la plupart des cas, la fonction de régulation est exercée par

¹⁴⁷⁷ Voir *supra*, p. 116 et s.

¹⁴⁷⁸ Il est ainsi garanti que la prestation sera octroyée sur le territoire d'une manière continue mais sans que cela signifie que ses fournisseurs seront rattachés à l'Administration.

¹⁴⁷⁹ Gérard MARCOU, Frank MODERNE, *Droit de la régulation. Services publics et intégration régionale*, L'Harmattan, 2005, p. 16. « Le critère du service public est la détermination de l'offre : il y a service public lorsque la puissance publique détermine l'offre, c'est-à-dire les caractéristiques du service offert et les conditions auxquelles il doit être offert. Par ce moyen, la puissance publique détermine le niveau de satisfaction des besoins qu'elle reconnaît comme essentiels. Il n'y a pas ici de différences entre les services marchands et les services non marchands ».

¹⁴⁸⁰ Gérard MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, n° 7, 2006, p. 347. « La régulation est une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel. La régulation impose ce compromis aux opérateurs sur le marché par des moyens juridiques. En d'autres termes, il s'agit de la fonction de la puissance publique visant à la satisfaction de besoins collectifs par des activités de nature économique sous un régime concurrentiel ».

¹⁴⁸¹ Patrick VIEU, « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *RFDA*, 2010, n° 1, p. 35.

¹⁴⁸² Martine LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, n° 10, 2005, p. 530. Gérard MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347. Selon Professeur Marcou, parmi les objectifs non économiques principaux de la régulation figurent : la protection des consommateurs, la réalisation des droits fondamentaux, le service public entendu dans un sens large et les objectifs d'intérêt général qui peuvent se rattacher au développement durable (ou soutenable) ; mais le plus significatif est celui du service public.

des *autorités administratives indépendantes* comme l'exemple des services publics en réseaux l'illustre¹⁴⁸³.

906. Il s'agit d'un modèle différencié de fonction publique qui tend à se substituer à celui, classique, de prestataire de services publics¹⁴⁸⁴. Dans cette perspective, l'Administration qui garantit le service universel n'est plus le *fournisseur* du service public, mais uniquement son *régulateur*¹⁴⁸⁵. Dans la mesure où la nouvelle fonction de l'Administration est d'assurer les *caractéristiques essentielles* du service par le biais de la *régulation* et que sa mission de prestataire disparaît, le *service public* en tant que tel n'existe plus. Le *service universel* étant l'une des conditions de la *libéralisation* du service public, il devient donc clair qu'il ne peut en être dans le même temps une *limite*. Il s'ensuit que le droit de l'Union européenne ne garantit pas vraiment le caractère public du service mais seulement un accès égal et continu. Cependant, une certaine confusion existe en la matière résultant de l'application du droit de l'Union aux services publics nationaux qui tend à changer leur sens¹⁴⁸⁶.

907. L'obligation de respecter le service universel *même après sa privatisation* est, en matière de services publics en réseaux, remplie également par le biais de l'« action spécifique »¹⁴⁸⁷. Il s'agit d'un mécanisme qui garantit la présence de l'Administration dans le capital d'une entreprise publique et accorde des *droits particuliers* en sa faveur¹⁴⁸⁸. Les *actions spécifiques* confèrent à l'Administration des prérogatives qui lui permettent de contrôler la composition ou la répartition du capital de sociétés privatisées. A côté de la régulation, ce dispositif constitue la deuxième concrétisation du *service universel* qui s'éloigne,

¹⁴⁸³ Lire, Christophe GENOUD, « Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 11, n° 2, 2004, p. 187.

¹⁴⁸⁴ Gérard MARCOU, Franck MODERNE, *Droit de la régulation. Services publics et intégration régionale*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁸⁵ Georgios DELLIS, *Intérêt général et marché*, Tome I, *op. cit.*, p. 193, p. 229. Les autorités administratives indépendantes ne sont qu'une manifestation concrète de ce nouveau rôle assuré par l'Etat.

¹⁴⁸⁶ Gérard MARCOU, Franck MODERNE. *Droit de la régulation. Services publics et intégration régionale*, *op. cit.*, p. 8, p. 43. « Il y a plusieurs manières de banaliser l'idée de service public (...) la seconde est de recourir à des notions voisines mais dont le contenu concret paraît plus édulcoré ».

¹⁴⁸⁷ En France, l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations (JORF du 11 juillet 1989) a introduit dans le mécanisme de l'action spécifique. En Grèce, la loi 3676/2008 JO A/139/2008 permettant la privatisation de l'entreprise publique des télécommunications (OTE) a réglé l'action spécifique.

¹⁴⁸⁸ Parmi ces droits spéciaux, par exemple : la limitation des investissements à un pourcentage déterminé du capital des entreprises privatisées, le plafonnement du droit de vote des actionnaires, le droit pour les autorités gouvernementales d'intervenir dans la prise de décisions particulièrement importantes, ou encore la désignation directe des membres des organes de direction.

toutefois, du caractère public du service. Le maintien de telles prérogatives vise à lui permettre de remplir effectivement son rôle de régulateur de la prestation libéralisée/privatisée¹⁴⁸⁹.

908. En tout état de cause, indépendamment de la forme exacte à travers laquelle le nouveau rôle de l'Administration se manifeste, il importe de relever que dans la mesure où l'*Administration régulateur* du service public ne garantit plus son existence, une différenciation s'impose entre *continuité* et *pérennité* du service public.

ii - La garantie de la continuité au détriment de la pérennité des services publics

909. La garantie du service universel implique un service *partiellement ou totalement* privatisé, avec le maintien obligatoire par l'Administration de certaines caractéristiques essentielles de la prestation (égalité, continuité). Or, il convient à cet égard de différencier le principe de *continuité* du service public de la notion de *pérennité* du service public.

910. Par opposition au principe de *continuité* du service public, le principe de *pérennité* doit être entendu comme un obstacle à la suppression du caractère public de la prestation¹⁴⁹⁰. La *pérennité* du service public est garantie seulement lorsque ce sont les *organes de l'Administration* qui assurent *directement ou indirectement* la prestation, alors que la *continuité* est garantie lorsqu'ils assurent son octroi universel. A l'origine de la distinction ici opérée se trouve l'arrêt du Conseil d'Etat français *Vannier*¹⁴⁹¹ dans lequel le juge administratif a considéré que le principe de continuité du service public n'interdit pas sa suppression. C'est alors la garantie de non-suppression qu'il convient d'appeler *pérennité* du service public.

911. Avant de nous demander quel est le fondement supra-législatif de la pérennité des *services publics sociaux*¹⁴⁹², il convient d'insister sur sa différenciation avec le principe de leur continuité telle que manifestée dans le cas des *services publics en réseaux*. Pour ce faire, il importe de constater que tant le juge constitutionnel français que le Conseil d'Etat hellénique valident systématiquement la *privatisation ou libéralisation* des services publics en réseaux tout en contrôlant le respect du principe de *continuité des services publics*¹⁴⁹³. Le principe de continuité se présente ainsi comme la garantie d'une suppression conforme aux dispositions

¹⁴⁸⁹ Thomas PAPAPOULOS, « Greek legislation on strategic investments; the next 'golden share' case before the European Court of Justice? », *European Company Law*, vol. 6, n° 6, 2009, p. 264. Disponible sur le site ssrn.com.

¹⁴⁹⁰ Stéphane BRACONNIER, *Droit des services publics*, PUF, coll. « Thémis droit », 2^e éd., 2007, p. 309.

¹⁴⁹¹ CE, 27 janvier 1961, n° 38661, *Vannier*.

¹⁴⁹² Voir *infra*, p. 394 et s.

¹⁴⁹³ Il s'agit, d'ailleurs, d'un principe qui dispose d'une valeur constitutionnelle tant en France qu'en Grèce. Voir *supra*, note de bas de page, n°474.

constitutionnelles qui se manifeste à travers la *régulation ou l'action spécifique* par lesquels l'Administration *maintient un contrôle* sur la prestation privatisée.

912. En France, le Conseil constitutionnel a déjà jugé que la *libéralisation* des télécommunications (en 1996)¹⁴⁹⁴ et des aéroports (en 2005)¹⁴⁹⁵ ne contrevenait pas au principe constitutionnel de continuité du service public. C'est surtout à l'égard de la *privatisation totale* du service public du gaz en 2006 (déjà *libéralisé* en 2004)¹⁴⁹⁶ que le juge constitutionnel a consacré de manière plus explicite le principe de continuité du service public : le fait pour l'Administration de maintenir *l'action spécifique* de l'entreprise privatisée garantit le principe de continuité du service public du gaz et rend sa privatisation constitutionnelle¹⁴⁹⁷.

913. En Grèce, le rôle du principe de continuité en tant que garantie d'une privatisation constitutionnelle ressort notamment de l'étude des avis consultatifs du Conseil d'Etat hellénique rendus durant le processus de libéralisation des services publics en réseaux. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat hellénique a considéré que la libéralisation de certains de ces services était conforme aux articles 29 paragraphe 3, 23 paragraphe 2 et 106 paragraphe 3 de la Constitution hellénique¹⁴⁹⁸. Parmi celles-ci, l'article 23 paragraphe 2 nous intéresse particulièrement, car il constitue le fondement direct du principe de continuité au sein de la Constitution hellénique, alors que les deux autres dispositions portent sur d'autres garanties constitutionnelles relatives aux services publics en réseaux¹⁴⁹⁹. Il ressort des avis consultatifs

¹⁴⁹⁴ Décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996. Afin de préparer l'ouverture à la concurrence au 1^{er} janvier 1998, une loi est votée en juillet 1996 transformant l'exploitant public en société anonyme dont l'État français est le seul actionnaire. Le Conseil constitutionnel juge cette loi conforme à l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 : « 6. Considérant enfin qu'il ne résulte pas des dispositions prises par le législateur quant au statut juridique de France Télécom que celui-ci ait de quelque façon affranchi l'entreprise du respect des prescriptions à valeur constitutionnelle s'attachant à l'accomplissement des missions de service public qui lui incombent ». Voir Louis FAVOREU, « Service public et Constitution », *AJDA*, HS, 1997, p. 16.

¹⁴⁹⁵ Décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005. Le Conseil constitutionnel énonce à propos du déclassement du domaine public des biens d'Aéroports de Paris que celui-ci n'affecte pas « les exigences constitutionnelles qui résultaient de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté ».

¹⁴⁹⁶ Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, *JORF* n° 284 du 8 décembre 2006, p. 18531. La loi énonce la perte de la part minimale de l'État dans le capital de cette entreprise, fixée à 70 % par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 (relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières).

¹⁴⁹⁷ Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, considérant n° 34.

¹⁴⁹⁸ Il s'agit des conditions que le Conseil d'Etat a jugé nécessaire pour la libéralisation des entreprises publiques à l'occasion de l'exercice de sa compétence consultative. Il s'agit des décrets présidentiels n° 158/1992, 159/1992 pour l'entreprise publique de l'eau, n° 33/1998, n° 38/1998 pour celle de l'eau et de l'énergie. Sur ces décrets présidentiels, voir également *infra* note de bas de page n° 1531.

¹⁴⁹⁹ Article 23, par. 2 de la Constitution hellénique : « Le droit de recourir à la grève est susceptible de restrictions concrètes, prévues par la loi qui le régit, en ce qui concerne les fonctionnaires publics, les agents des collectivités territoriales et des personnes morales de droit public ainsi que le personnel des entreprises de toute forme à caractère public ou d'utilité publique, dont le fonctionnement a une importance vitale pour la satisfaction des besoins essentiels du corps social ». Pour les deux autres dispositions constitutionnelles, voir *infra* note de bas de page n° 1532.

cités que le Conseil d'Etat hellénique interprète les trois dispositions comme un ensemble de garanties dont le respect conditionne la validité de la libéralisation. La doctrine hellénique, dans sa majorité¹⁵⁰⁰, appréhende le principe de continuité comme le lien le plus faible permis par la Constitution entre l'Administration et la fourniture d'une prestation en le différenciant de la *pérennité* des entreprises publiques¹⁵⁰¹.

914. L'interprétation prépondérante du principe de continuité présentée ci-dessus a été confirmée dans un arrêt récent du Conseil d'Etat portant sur la *privatisation* des deux entreprises publiques de l'eau en Grèce¹⁵⁰². En l'occurrence, la démarche législative a été écartée comme inconstitutionnelle au regard du droit constitutionnel à la santé¹⁵⁰³. Si la décision ouvre une discussion autour des fondements constitutionnels des services publics¹⁵⁰⁴, c'est ici le sens exact du principe de continuité qui nous préoccupe. D'après le raisonnement suivi par le juge dans l'arrêt commenté, la prestation de distribution de l'eau a un caractère *essentiel* au regard du bien-être des individus qui ne permet aucune insécurité quant à la *continuité* de la prestation. Or, en l'espèce, il en existait une en raison précisément de l'absence d'*autorité de régulation* dans la loi sur la privatisation de l'entreprise publique¹⁵⁰⁵. Dès lors, dans la mesure où la continuité de la prestation n'était pas garantie à travers la *régulation*, la démarche du législateur a été jugée inconstitutionnelle. *A contrario* le principe de continuité de la prestation est compatible avec sa privatisation et se différencie ainsi de la pérennité du service public.

¹⁵⁰⁰ Akritas K Aidatzis, *Les limites constitutionnelles aux privatisations*, op. cit., p. 701. Panos Lazaratos, *Etudes du droit administratif*, 1990-2012, An. N. Sakkoulas, 2013, p. 971. Michalis Vrontakis, « Les limites constitutionnelles de la compétence législative lors de la détermination des solutions qui servent l'intérêt général », op. cit. p. 182. Apostolos Gerontas, *Droit public économique*, op. cit., 2011, p. 610. Georgios Karavokiris, « Les limites constitutionnelles aux privatisations des entreprises d'utilité publique - commentaire à l'arrêt CdE, n°1906/2014 », *DtA*, n° 63, 2015, p. 168 (en grec).

¹⁵⁰¹ Spiros Vlachopoulos, *La privatisation : le cadre constitutionnel d'une décision politique*, op. cit., p. 52.

¹⁵⁰² CdE, n° 1906/2014. C'était, en l'espèce, la constitutionnalité du transfert de la participation majoritaire des entreprises publiques de l'eau au Fonds de privatisation qui était en question. En réalité, la loi n° 3985/2011 concrétisant des obligations issues du Mémorandum ne comportait pas seulement les deux entreprises publiques de l'eau, mais plusieurs entreprises publiques. Jusqu'à ce moment, toutefois, le Conseil d'Etat hellénique écartait comme irrecevable le recours à l'encontre des privatisations à défaut de l'intérêt légitime. C'est dans le cas des entreprises publiques de l'eau qu'il a admis les recours comme recevables car ils provenaient d'usagers des entreprises publiques octroyant un *bien essentiel*. Voir Eleni Lappa, « Techniques d'éviter le contrôle d'annulation en rapport des privatisations des entreprises publiques », *To S*, 2015, n° 2, p. 23.

¹⁵⁰³ CdE, n° 1906/2014.

¹⁵⁰⁴ Voir *infra*, p. 394 et s.

¹⁵⁰⁵ Considérant n° 21 de la décision n° 1906/2014.

B - La mise à l'écart des dispositions du droit de l'Union en tant que limites à la suppression des services publics

915. Il convient ici d'analyser l'absence de limites à la suppression des services publics dans le droit de l'Union (i), avant de traiter la possibilité d'envisager des services publics constitutionnels (ii).

i - L'absence de limites à la suppression des services publics dans le droit de l'Union

916. Le droit de l'Union ne consacre pas la *pérennité* des services publics dans la mesure où il ne se prononce pas sur le caractère public des différentes *activités d'intérêt général*. Le droit primaire énonce, en effet, à l'article 345 TFUE, que : « Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres ». Il s'agit d'une disposition qui consacre le *principe de neutralité* du droit de l'Union vis-à-vis du statut des services publics nationaux.

917. Le *principe de neutralité* doit être entendu comme la garantie que les organes de l'Union ne vont pas intervenir dans les affaires internes des États membres en ce qui concerne la privatisation/nationalisation des services publics. Plus précisément, la neutralité exclut que la Commission européenne, en faisant usage de sa compétence de contrôle du financement des services publics, exige leur privatisation. Défini ainsi, il se présente à première vue comme un principe qui est censé limiter la suppression des services promue par les organes de l'Union européenne¹⁵⁰⁶.

918. Cependant, la garantie de la neutralité n'implique nullement une limite supra-législative à la suppression des services publics. En s'inscrivant dans la lignée du principe de traitement égal des statuts privés et publics des prestataires, il est, en réalité, un préalable à l'application de la concurrence. De la même manière que la consécration du *service universel*, la garantie en question implique que les organes communautaires ne soient pas « hostiles » aux services publics. Cela ne signifie toutefois pas qu'ils leur sont favorables. Le principe de neutralité permet seulement aux États membres de maintenir le statut public des services publics, mais cela ne signifie pas qu'il leur est interdit de le supprimer.

¹⁵⁰⁶ Intervention de Jean-Marc SAUVE lors du colloque organisé par le Conseil d'État sur « Les entretiens du Conseil d'État en droit public économique : les grands investissements publics », 20 octobre 2017, disponible sur conseil-état.fr.

919. Par ailleurs, même si le droit primaire de l'Union permet, à travers ce principe, le maintien des services publics, la pratique des organes communautaires va souvent à son encontre. Il s'agit effectivement d'un principe globalement peu respecté par ces derniers au point de rendre sa consécration « inutile »¹⁵⁰⁷. En effet, par le passé, à de nombreuses occasions, la Commission européenne a exigé des Etats membres la privatisation de services publics¹⁵⁰⁸. On peut, par exemple, mentionner la contestation du statut d'établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) et leur transformation en entreprises publiques en France¹⁵⁰⁹. Il convient également de penser aux obligations de privatisation de nombreux services publics en réseaux incluses dans les Mémoires signés par la Grèce. Précisément, la loi n° 3986/2011¹⁵¹⁰, à la suite de leur paraphe, a établi le *Fonds de développement des biens de la République hellénique* afin d'y répondre. En ce sens, on peut seulement parler d'une *neutralité contournée*¹⁵¹¹.

920. Enfin, la « fausse neutralité » des organes communautaires vis-à-vis du statut des services publics peut être confirmée par un autre exemple : le contentieux communautaire relatif aux *actions spécifiques* des Etats membres présents au capital d'entreprises *déjà privatisées*¹⁵¹². Au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice, même l'existence de prérogatives spécifiques que les Etats membres maintiennent pour garantir la continuité d'une prestation déjà privatisée crée un problème de conformité vis-à-vis du droit de l'Union. Si ce dernier est contesté quant à la garantie du rôle régulateur des Etats membres, il sera certainement désavoué quant à celle de garant des services publics.

Il s'avère que seuls les ordres juridiques nationaux prévoient des limites, de nature supra-législative, aux privatisations des services publics¹⁵¹³. La nouvelle piste à explorer porter alors sur les *services publics constitutionnels*.

¹⁵⁰⁷ Sur la définition de l'« efficacité », voir *intro*, p. 24, p. 37 et s.

¹⁵⁰⁸ Michael KARPENSCHIF, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *RFDA*, n° 1, 2002, p. 95. Akritas KAIDATZIS, « A Typology of the Constitutional Limitations on Privatization », *Hellenic Review of European Law*, n° spécial, 2009, p. 79, disponible également sur le site constitutionnalism.gr.

¹⁵⁰⁹ Pour un exemple récent, voir l'arrêt CJUE, 3 avril 2014, C-559/12 à propos d'un conflit entre la France et la Commission européenne autour du statut de la Poste. Voir Sophie NICINSKI, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA*, n° 1, 2008, p. 35. Paul CASSIA, « Droit administratif français et droit de l'Union européenne », *RFDA*, n° 2, 2007, p. 402.

¹⁵¹⁰ Il s'agit de la loi n° 3986/2011, JO A/152 publié le 1^{er} juillet 2011, intitulée « Des mesures urgentes d'application du Mémoire ».

¹⁵¹¹ Gabriel ECKERT, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 233. Michael KARPENSCHIF, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *op.cit.*

¹⁵¹² CJCE, 4 juin 2002, n° C-483/99, *Commission contre République française*. CJCE, 4 juin 2002, C-503/99, *Commission contre Royaume de Belgique*. CJCE, 8 novembre 2012, C-244/11, *Commission contre République hellénique*.

¹⁵¹³ Akritas KAIDATZIS, *A Typology of the Constitutional Limitations on Privatization*, *op. cit.*

ii - La possibilité d'envisager des services publics constitutionnels

921. A la différence de l'ordre juridique communautaire, aucun des deux ordres juridiques faisant l'objet de notre étude n'est pas *neutre* en matière de services publics. Au contraire, tant la Constitution française que la Constitution hellénique sont concrétisées par les juges de la constitutionnalité d'une manière qui interdit la suppression de certains services publics. Il convient ainsi de mettre en exergue la jurisprudence relative aux *services publics constitutionnels*, afin de déterminer dans quelle mesure elle garantit le maintien des services publics sociaux. Plus précisément, il est ici question des *services publics obligatoires* comme les qualifie la doctrine française¹⁵¹⁴, ou des services rattachés au *noyau de l'autorité publique* comme les appréhende la doctrine hellénique¹⁵¹⁵, une expression qui trouve son origine en Allemagne¹⁵¹⁶. Or, dans les deux ordres juridiques analysés, les juges de la constitutionnalité garantissent les services publics constitutionnels sans les définir positivement, en énonçant simplement que les *services publics en réseaux* n'en font pas partie.

922. En ce qui concerne la France, l'origine des *services publics obligatoires* se trouve dans l'arrêt *Vannier* rendu en 1961 par le Conseil d'Etat, puis le concept a été concrétisé dans la décision *Privatisations* du Conseil constitutionnel de 1986¹⁵¹⁷. Dans le cadre de cette dernière, le juge constitutionnel a en effet consacré pour la première fois des « services publics dont le maintien est exigé par la Constitution » en s'appuyant sur l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946. La disposition est désormais considérée comme le fondement des *services*

¹⁵¹⁴ Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, L.G.D.J., 2017, p. 248. Michel BORGETTO « La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, L.G.D.J., 2007, p. 233.

¹⁵¹⁵ « Πυρήνας της δημόσιας εξουσίας » selon les auteurs grecs. Lire, Prodromos DAGTOGLOU, *Droit administratif général*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 2015, p. 642. Apostolos GERONTAS, *Droit public économique*, *op. cit.*, p. 610. Theodoros FORTSAKIS, « Limitations constitutionnelles et supra- législatives des privatisations », *DA*, n° 22, 2004, p. 429, p. 435 (en grec). D'après ces auteurs, la Constitution grecque, à l'exception de l'article 16, par. 8 (enseignement universitaire), n'interdit ni ne permet la privatisation à l'exception des services rattachés au *noyau de l'Etat* et aux droits fondamentaux.

¹⁵¹⁶ Sur la garantie d'un noyau obligatoire de l'Etat en Allemagne, voir David CAPITANT, *Les droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, p. 228. La doctrine de Weimar et la jurisprudence s'accordent à reconnaître qu'il existe un contenu irréductible d'institutions garanties que le législateur ne peut remettre en cause.

¹⁵¹⁷ Décision « Privatisations », n° 86 -207, des 25 et 26 juin 1986 : « 53. Considérant que, si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas ; qu'il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé ». Voir toutefois à l'origine de ce concept, l'arrêt CE, 27 janvier 1961, n° 38661, *Vannier*. D'après cet arrêt, la suppression du service public est toujours possible sauf dans le cas des services publics obligatoires.

*publics constitutionnels*¹⁵¹⁸. Un tel constat pose la question de l'*identification* des services publics constitutionnels. Cependant, l'indétermination qui caractérise la jurisprudence constitutionnelle à l'origine de ce « nouveau » concept est manifeste, puisqu'elle s'abstient de toute définition positive¹⁵¹⁹.

923. La jurisprudence constitutionnelle a davantage précisé le concept, mais d'une manière qui n'aide toutefois pas à résoudre son indétermination. Au regard de la jurisprudence constitutionnelle française¹⁵²⁰, les services publics qui disposent d'une valeur constitutionnelle sont ceux qui relèvent d'un *caractère national* ou d'un *monopole de fait*¹⁵²¹. Concernant la première propriété, le lien établi entre *service public constitutionnel* et *service public national* résulte du sens de l'alinéa 9 portant sur la possibilité de nationaliser les services publics¹⁵²². De l'habilitation constitutionnelle à nationaliser, le juge constitutionnel a « dégagé » un *minimum* de services publics à ne pas privatiser¹⁵²³.

924. La question essentielle qui se posait au moment de la consécration de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 était celle de savoir quelles entreprises pouvaient acquérir le statut d'*entreprise publique nationale* mais le juge constitutionnel l'a envisagée de manière inverse. Il s'agit désormais de savoir quels services publics peuvent perdre leur caractère national et être exercés à l'échelon local. Ce seraient alors des services publics « privatisables »¹⁵²⁴. Concernant la deuxième propriété, un *monopole de fait*, elle signifie que le service public en question occupe une *position exclusive* dans un secteur, en étant en charge de l'essentiel de l'activité¹⁵²⁵. Un service public est par conséquent constitutionnel au regard de l'alinéa 9 lorsqu'un service public est assuré à l'échelon national par une seule entreprise¹⁵²⁶.

925. Le problème majeur des services publics constitutionnels tel que concrétisés par le juge constitutionnel français est que les deux propriétés impliquent, en réalité, des *solutions conditionnelles*. Dans la mesure où un service public dispose d'un *caractère national* ou d'un

¹⁵¹⁸ Louis FAVOREU, « Service public et Constitution », *op. cit.* Pierre ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, *op. cit.*, p. 18-22. Ramu de BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J., 2005.

¹⁵¹⁹ Ramu de BELLESCIZE, « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel », *RFDA*, 2006. 1163.

¹⁵²⁰ Décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*.

¹⁵²¹ Gilles J. GUGLIELMI, GENEVIÈVE KOUBI, MARTINE LONG, *Droit du service public*, L.G.D.J., 2016, p. 471.

¹⁵²² Cette disposition constitutionnelle disposant que certains services publics devraient être pris directement par l'Etat a été adoptée en France dans un contexte historique particulier lié aux nationalisations. Voir Louis FAVOREU et alii, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 461.

¹⁵²³ Pierre ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁵²⁴ Ramu de BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels*, *op.cit.*, p.57. Il s'agit d'une définition négative dans le sens que les services publics constitutionnels ne sont pas des services municipaux.

¹⁵²⁵ Ramu de BELLESCIZE, « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel », *op.cit.*

¹⁵²⁶ Gabriel ECKERT, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 233.

monopole de fait, il est constitutionnel ; ainsi, les deux conditions relèvent elles-mêmes de l'appréciation du législateur. Il suffirait que celui-ci supprime le caractère national d'un service public et mette fin à son exclusivité pour que sa *privatisation* soit conforme à l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946. Telle est d'ailleurs la position du juge constitutionnel, faisant l'objet d'une jurisprudence constante, qui a notamment validé la libéralisation de France Télécom en 1996¹⁵²⁷, ainsi que la privatisation de l'entreprise publique Gaz de France en 2006¹⁵²⁸. A partir du moment où une loi retire à une entreprise publique ses missions particulières de service public, et ainsi sa qualité de service public national et exclusif, la voie vers une privatisation constitutionnellement valide est ouverte.

926. On peut, dès lors, considérer que l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946, tel qu'appliqué par le Conseil constitutionnel, ne constitue donc pas un « véritable » fondement pour les *services publics constitutionnels*. Il s'agit davantage d'une *neutralisation* par le juge constitutionnel des garanties qui accompagnent en particulier les services publics en réseaux¹⁵²⁹. S'il revient au législateur de décider quel service public peut perdre les *propriétés constitutives de son caractère constitutionnel*, deux explications sont possibles : soit ces dernières ont arbitrairement acquis une telle qualification ; soit les services publics fondés sur l'alinéa 9 du Préambule constitutionnel ne sont pas des services publics constitutionnels¹⁵³⁰.

927. Une application similaire à celle de l'alinéa 9 réalisée par le juge constitutionnel français est effectuée dans l'ordre juridique grec. Sont ici concernés les services publics relevant de l'article 106, paragraphe 3 de la Constitution hellénique qui encadre la *nationalisation* des services publics. Le Conseil d'Etat hellénique, d'après une jurisprudence constante¹⁵³¹, apprécie la constitutionnalité de la *libéralisation* des services publics en se fondant, de manière

¹⁵²⁷ Décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996 sur la libéralisation de France Télécom. Décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004 sur la libéralisation des EDF, GDF. Décision n° 2010-601 DC du 4 février 2010 sur la Poste. D'après ces décisions, la qualité du service public national dépend du législateur.

¹⁵²⁸ Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, considérant n° 20 sur les éléments qui font perdre la qualité de service public national à GDF. En application du droit communautaire, GDF n'aura plus l'exclusivité de fourniture de gaz naturel pour clients domestiques et, dès lors, non plus un *monopole de fait*.

¹⁵²⁹ Gérard MARCOU, « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ? », *AJDA*, 2007, p. 192 : « Avec la poursuite des politiques de libéralisation, on peut s'attendre à ce que d'autres entreprises publiques perdent le caractère de service public national que l'on pourrait encore leur reconnaître. C'est le cas d'EDF, dont la densité de service public est plus forte que celle de GDF, et le caractère national des réseaux ne peut être contesté, et de La Poste ».

¹⁵³⁰ Gilles J. GULIELMI, Géneviève KOUBI, *Droit du service public, op.cit.*, p. 471. Ramu de BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels, op.cit.*, p. 168.

¹⁵³¹ Il s'agit initialement de l'interprétation à propos des décrets présidentiels concernant la libéralisation des entreprises d'utilité publique, soit les décrets n° 158/1992, n°33/1998 et n° 38/1998. La libéralisation est permise lorsqu'elle ne concerne pas des personnes morales de droit public rattachées au « noyau de l'Etat ». Le concept est repris désormais par la jurisprudence, voir CdE : n° 862/2002 sur l'organisme public de gestion du matériel, n° 1906/2004 sur l'entreprise publique de l'eau, n° 1934/1998 et n° 3946/2002 sur les services de police, n° 891/2008 sur l'entreprise publique des biens touristiques.

combinée, sur le principe de continuité ainsi que sur les articles 29, paragraphe 2 et 106, paragraphe 3 de la Constitution¹⁵³². Or, d'après la jurisprudence citée, aucune obligation ne pèse sur le législateur en matière de pérennité des services publics, à l'exception des services publics relevant du « noyau dur de l'autorité étatique ».

928. Il s'ensuit que le législateur grec dispose, en vertu de cet article, d'une *compétence discrétionnaire* quant à la privatisation de tous services publics outre ces derniers. Il revient en effet aux juridictions de juger la constitutionnalité des services publics en réseaux au *cas par cas* et en fonction de l'intérêt général qui les justifie¹⁵³³. Ainsi, la majorité des auteurs grecs s'accorde sur le fait que ce sont les *services publics en réseaux* qui sont exclus d'une garantie constitutionnelle en raison de la « neutralité économique » de la Constitution¹⁵³⁴, sans pouvoir définir quels sont les services publics *rattachés au noyau de l'Etat hellénique*.

929. Il résulte de la précédente analyse que ni dans le cas hellénique ni dans le cas français le concept de *services publics constitutionnels* n'est exempt de difficultés. En ce sens, il convient de relever que la jurisprudence constitutionnelle, dans les deux ordres juridiques, admet d'une manière générale l'existence de *services publics obligatoires* ; les *services publics en réseaux* n'en faisant pas partie. La protection de ces derniers est neutralisée au regard des *clauses de nationalisation* des services publics (alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 pour la France ; article 106, paragraphe 3 de la Constitution pour la Grèce).

930. La neutralisation des services publics en réseaux n'est certes pas dépourvue de difficultés. Toutefois, les services publics *en réseaux* n'étant pas traités dans le cadre de la présente étude, il convient de se concentrer sur l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle pour en tirer les

¹⁵³² Article 29, par. 3 de la Constitution : « Toute manifestation de quelque nature que ce soit, pour ou contre un parti politique, de la part de magistrats, de personnels des forces armées ou des corps de sécurité, est absolument interdite. Toute manifestation de quelque nature que ce soit, pour ou contre un parti politique, dans l'exercice de leurs fonctions, de la part de fonctionnaires publics ou d'employés des collectivités territoriales, d'autres personnes morales de droit public, d'entreprises publiques, d'entreprises relevant des collectivités territoriales ou d'entreprises dont l'État nomme la direction par acte administratif, ou dont il est actionnaire, est absolument interdite ». Article 106, par. 3 de la Constitution : « Sous réserve de la protection accordée par l'article 107 en matière de réexportation de capitaux étrangers, la loi peut régler les modalités de rachat d'entreprises ou de participation obligatoire à celles-ci de l'État ou d'autres organismes, dans la mesure où ces entreprises ont acquis un caractère de monopole ou ont une importance vitale pour la mise en valeur des sources de richesse nationale, ou qu'enfin leur but principal est la prestation de services envers le corps social ». Sur le « choix » de ces clauses comme fondements du contrôle des privatisations, lire Théodore FORTSAKIS, *Droit de l'énergie*, *op. cit.*, p. 162.

¹⁵³³ Panos LAZARATOS, *Etudes du droit administratif*, *op. cit.*, p. 971. Théodoros FORTSAKIS, « Les limitations constitutionnelles et supra-législatives aux privatisations », *op. cit.*, p. 697. Apostolos GERONTAS, *Droit public économique*, *op. cit.*, p. 614 (en grec).

¹⁵³⁴ Akritas K Aidatzis, *Les limites constitutionnelles aux privatisations*, *op. cit.*, p.701. Panos LAZARATOS, *Etudes du droit administratif*, 1990-2012, An. N. Sakkoulas, 2013, p. 971. Michalis VRONTAKIS, « Les limites constitutionnelles de la compétence législative lors de la détermination des solutions qui servent l'intérêt général », *op. cit.* p. 182. Apostolos GERONTAS, *Droit public économique*, *op. cit.*, 2011, p. 610. Spiros VLACHOPOULOS, *La privatisation : le cadre politique d'une décision constitutionnelle*. Georgios DELLIS, *Intérêt général et marché*, Tome 1, *op. cit.*, p. 213. (en grec).

enseignements s'agissant de la garantie de l'existence de *services publics sociaux*. En particulier, à partir du moment où les *clauses de nationalisation* sont neutralisées par les juges constitutionnels, elles ne peuvent servir de fondement au caractère inabrogeable de ces derniers. Il est, dès lors, possible d'envisager des *services publics constitutionnels* mais de manière alternative à l'appréciation des juges de la constitutionnalité. Il convient alors de recourir aux *normes fondatrices du principe de l'Etat social* afin d'argumenter en faveur du maintien obligatoire des services publics sociaux.

Conclusion du § 2 :

931. Dans le cadre d'un processus continu de contestation du caractère public des services publics sociaux, il importe de démontrer à travers l'étude des services publics *en réseaux* que leur libéralisation implique leur suppression. Comme on a pu la définir, la *libéralisation* d'un service public signifie la perte pour l'Administration de son rôle *de fournisseur du service public*, ses organes ne déterminant plus les conditions de son offre.

932. On est déjà en présence d'une *suppression du service public* lorsque l'Administration se contente de garantir les *caractéristiques essentielles* de la prestation à travers le contrôle qu'il exerce sur des prestataires privés (concept de *service universel*). Les expériences passées de libéralisation des services publics en réseaux nous obligent à distinguer désormais le principe de *continuité* de celui de *pérennité* en sachant que seul le second implique le maintien obligatoire d'un service public. La *pérennité* pose un obstacle à la privatisation partielle ou complète des services publics, alors que la *continuité* garantit simplement la conformité de la démarche.

933. Quant à la question des limites supra-législatives à la *libéralisation/privatisation* d'un service public, on a pu constater que le droit de l'Union n'en prévoyait pas. Celui-ci consacre le *principe de neutralité* vis-à-vis des services publics, un élément qui implique justement l'absence de telles limites. Il convient également d'exclure les *clauses constitutionnelles de nationalisation* qui, dans les deux ordres juridiques nationaux, sont concrétisées par les juges de la constitutionnalité d'une manière qui ne garantit pas le caractère public des services publics en réseaux. Il importe, dès lors, d'appréhender les services publics sociaux en tant que services publics constitutionnels en se basant sur un fondement différencié.

Conclusion de la 2^e section :

934. On parle de suppression du service public pour désigner l'évolution qui conduit l'Administration à perdre son rôle de *garant du service public* substitué par celui de *régulateur*. Il s'agit de l'issue attendue d'une application de plus en plus étendue du principe de la concurrence aux services publics dans le respect des exigences posées par les organes communautaires. L'affaiblissement du lien avec l'Etat est initié mais non achevé s'agissant des *services publics sociaux*, en France comme en Grèce.

935. Les processus de privatisations *partielles ou totales de services publics en réseaux* nous renseignent sur les différentes étapes de la déconnexion d'un service public de l'Etat. Leur étude nous permet de comprendre que le concept de *service universel* ne constitue pas une limite au recul du caractère public mais, au contraire, une condition de sa légitimité. Le droit de l'Union ne prévoyant aucune limite à l'encontre de la restriction des services publics, il revient aux ordres juridiques nationaux de la limiter. En ce sens, l'interprétation des dispositions constitutionnelles dans l'objectif d'en dégager des limites évitant la suppression des services publics sociaux devient nécessaire. A défaut, il n'est pas possible de savoir à quel point l'introduction du droit de la concurrence peut leur être néfaste.

Conclusion du 1^{er} chapitre :

936. Le premier chapitre, dédié à la problématique des *services publics sociaux à l'épreuve du principe de la concurrence*, a voulu démontrer que l'approche nationale sur le sujet diffère de celle de l'ordre juridique communautaire. Les ordres juridiques nationaux opèrent une distinction stricte entre *services publics économiques* et *services publics non économiques* et situent les services sociaux parmi ces derniers. Des personnes privées peuvent être habilitées à exercer des missions sociales de service public (définition matérielle du service public), cependant les différentes prérogatives attachées aux services publics non économiques (*SPA, personnes morales de droit public*) ne sont alors nullement contestées. En revanche, le droit de l'Union considère les services publics sociaux des ordres nationaux en tant que services publics économiques (SIEG) dont l'ouverture à la concurrence et l'éventuelle libéralisation s'imposent *in fine*.

937. Dès lors, les organes communautaires contrôlent le financement public et les différentes prérogatives attachées aux services publics sociaux en affaiblissant leur lien avec l'Etat. Le législateur national, en France et en Grèce, réalise pour sa part une *adaptation partielle* et

modérée au principe de la concurrence. En tout état de cause, la contestation continue du caractère public des services publics sociaux a progressivement conduit à une conception restrictive des services publics sociaux. Sous le prisme communautaire, l'Administration n'est plus le *garant du service public* mais son *régulateur*, veillant simplement au respect du *service universel*. Le nouveau rôle réservé à l'Administration n'est pas loin d'aboutir à la suppression des services publics sociaux sachant que leur libéralisation progressive est déjà en cours. Il en résulte un intérêt particulier à identifier les dispositions constitutionnelles qui imposent au législateur national d'assurer la *pérennité* des services publics sociaux.

Chapitre 2

Les services publics sociaux constitutionnels

938. Après avoir examiné les répercussions du principe de la concurrence sur les services publics sociaux, il importe de démontrer leur *caractère inabrogeable* en France et en Grèce. La principale piste de réflexion que nous empruntons vise à démontrer que les services publics sociaux constituent des *services publics obligatoires* selon la terminologie française ou des services rattachés au *noyau dur de l'autorité publique* d'après le vocabulaire hellénique¹⁵³⁵. Dans cette perspective, la question centrale à laquelle il convient de répondre est celle du fondement constitutionnel garantissant la *pérennité* des services publics sociaux.

939. La garantie de leur *pérennité* a un impact concret sur les obligations du législateur relatives au fonctionnement des services publics sociaux, qu'il convient également d'examiner. Ce dernier devra, d'une part, maintenir les *services publics sociaux* et, d'autre part, préserver les prérogatives publiques compatibles avec le rôle spécifique de *fournisseurs de prestations*. Etant donné l'affaiblissement continu des services publics sociaux, il convient de nous demander quelles sont les *caractéristiques essentielles* qui ne peuvent être modifiées sans changer leur caractère public. A cet égard, se pose notamment la question de *l'étendue du financement public* des services publics sociaux.

940. Or, s'agissant de l'étendue du financement des services publics sociaux, une nouvelle difficulté surgit. Se pose en parallèle la question de savoir dans quelle mesure le législateur peut demander une *aide au financement* des services publics sociaux aux usagers et limiter ainsi le financement public. Cependant, dans l'hypothèse de l'imposition d'une contrepartie financière aux prestations, c'est la « gratuité » des services publics sociaux qui se trouverait mise en question. Sachant qu'un service public social est « gratuit » lorsqu'il est notamment financé à travers l'impôt, il importe alors de préciser dans quelle mesure le financement public pourrait être partiellement substitué par une participation financière des usagers au coût des services publics sociaux.

941. Ainsi, il s'agira dans le cadre de ce second chapitre de déterminer comment le *maintien* et le *caractère gratuit* des services publics sociaux constitutionnels sont garantis. L'étude portera

¹⁵³⁵ Voir *supra*, p. 374 et s.

ainsi, d'une part, sur le fondement de la pérennité des services publics sociaux (Section 1) et, d'autre part, sur la question de la gratuité des services publics sociaux (Section 2).

Section 1 - Le fondement de la pérennité des services publics sociaux

942. L'article 1^{er} de la Constitution française consacre la *République sociale* ; l'article 25, paragraphe 1 de la Constitution hellénique fonde *l'Etat de droit social*. Les deux dispositions énoncent pour chacun des ordres juridiques examinés *l'objectif-fondement du principe de l'Etat social*¹⁵³⁶. Dans le cadre de notre étude, *l'objectif-fondement* implique des interdictions dont le respect par les organes étatiques conditionne la jouissance de la liberté matérielle des individus. Il convient alors de démontrer que les clauses mentionnées fondent le *principe de pérennité* des services publics sociaux en France comme en Grèce. En ce sens, elles constituent des *limites* à leur suppression ou, autrement dit, des *contre-limites* à l'abrogation totale du principe de l'Etat social.

943. Une telle interprétation est cohérente avec leur appréhension, précédemment mise en lumière, en tant que fondements de la *structure* du principe de l'Etat social¹⁵³⁷ ; elle exige cependant une explication quant à la mise à l'écart d'autres dispositions constitutionnelles. Plus précisément, il s'agira de s'intéresser aux fondements inappropriés de la pérennité des services publics sociaux (1), avant d'analyser l'objectif-fondement du principe de l'Etat social en tant que tel (2).

§ 1 - Les fondements inappropriés de la pérennité des services publics sociaux

944. Plusieurs dispositions ont jusqu'à présent été proposées par les auteurs en tant que limites à la suppression des services publics sociaux. Parmi celles-ci, il convient notamment d'analyser le caractère inapproprié de la « souveraineté étatique » (A), ainsi que des droits sociaux constitutionnels (B).

A - La « souveraineté étatique »

945. Il importe en premier lieu de présenter la position selon laquelle la « souveraineté » peut être considérée comme le fondement de la pérennité des services publics sociaux (i), avant de

¹⁵³⁶ Il s'agit de l'article 1, al. 1 de la Constitution française de 1958 consacrant la République sociale et de l'article 25, par. 1 de la Constitution hellénique consacrant le principe de l'Etat de droit social. Voir *supra*, p. 71.

¹⁵³⁷ Voir *supra*, p. 74, p. 75.

mettre en évidence les difficultés de sa conception en tant que fondement des services publics en général (ii).

i - La « souveraineté étatique » comme fondement de la pérennité des services publics sociaux

946. L'appréhension de la « souveraineté étatique » en tant que fondement de la pérennité des services publics sociaux impose à titre liminaire de définir le concept. Précisons qu'on se rapportera ici à la « souveraineté de l'Etat » et non à celle de la Nation ; cette dernière relevant d'une conception extra-juridique¹⁵³⁸. La souveraineté étatique n'est *directement* définie ni dans la Constitution française ni dans la Constitution hellénique. Toutes deux mentionnent la « souveraineté du peuple »¹⁵³⁹ qui se réfère plutôt à la *source* de la souveraineté : ce sont les individus qui, à travers l'élection démocratique, font l'Etat « souverain ». Les dispositions constitutionnelles en question n'éclairent toutefois pas le sens exact de la souveraineté, car elles ne disent rien sur les énoncés juridiques qu'elle implique.

947. La doctrine se charge alors de la tâche difficile de définir la « souveraineté ». D'une manière générale, la « souveraineté étatique » désigne la « puissance » de l'Etat conçue comme la possibilité pour celui-ci de poser des contraintes juridiques à divers destinataires, sans devoir en subir¹⁵⁴⁰. L'Etat souverain est un ordre juridique qui impose des règles aux individus et qui en même temps ne s'en fait pas imposer par d'autres ordres juridiques. Il s'agit d'une définition dont l'origine doctrinale est ancienne¹⁵⁴¹ et qui est aujourd'hui la définition la plus répandue parmi les auteurs français¹⁵⁴² et grecs¹⁵⁴³.

¹⁵³⁸ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU et *alii*, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 46 : « Le concept de la *souveraineté de la Nation* implique l'existence objective d'un principe abstrait qui transcende les individus et renvoie ainsi à une théorie politique ».

¹⁵³⁹ Article 3, al. 1 de la Constitution française de 1958 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Article 1, par. 2 de la Constitution hellénique de 1975 : « La souveraineté populaire constitue le fondement du régime politique ».

¹⁵⁴⁰ Céline BLOUD-REY, « Souveraineté », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique, op.cit.*, p. 1434. Marceau LONG, « Service public et réalités économiques du XIX^e siècle au droit communautaire », *RFDA*, 2001, n°6, p. 1161. Georgios SOTIRELIS, « La Constitution dans le temps d'une crise. Vers un nouveau constitutionnalisme ? », publié sur le site constitutionnalism.gr le 10 septembre 2012 (en grec).

¹⁵⁴¹ Un élément qui reste une référence encore aujourd'hui pour tout auteur qui écrit sur la souveraineté est la définition de Jean BODIN donnée en 1576 selon laquelle la souveraineté est le « pouvoir de commander et de contraindre sans être ni commandé ni contraint ». Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Paris, Fayard, éd. 1986.

¹⁵⁴² Marie – Anne COHENDET, *Droit constitutionnel : cours, travaux dirigés, conseils de méthode, exercices, sujets d'examen, corrigés*, L.G.D.J., 2015, p. 67.

¹⁵⁴³ Kostas MAVRIAS, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 56, p. 57. Antonis MANITAKIS, *La « Constitution » européenne face à la souveraineté nationale et populaire*, Papazisi, 2004.

948. D'un point de vue *interne*, la souveraineté se présente comme une *propriété* de l'Etat qui en est en plus *constitutive*. En effet, sans la compétence d'imposer des règles aux individus qui habitent sur son territoire, aucun ordre juridique ne peut exister. Soit un Etat est souverain par définition, soit on ne peut même pas parler d'*Etat*. La production de normes serait impossible si les organes qui les produisent ne disposaient pas d'une habilitation permettant de les imposer aux individus à travers l'édition d'actes contraignants. La souveraineté repose alors sur l'habilitation des organes étatiques à produire des normes obligatoires.

949. D'un point de vue *externe* à l'ordre juridique étatique, celui-ci est souverain non seulement vis-à-vis de ses destinataires, mais aussi vis-à-vis des autres Etats. Le fait que l'Etat ne puisse se faire imposer des contraintes qui ne relèvent pas de sa propre production normative acquiert un intérêt particulier au regard du *droit international public*. La souveraineté désigne alors la propriété de l'Etat de ne pas être soumis juridiquement à un autre Etat¹⁵⁴⁴. Si on combine les deux points de vue, interne et externe, on aboutit à la conclusion que la « souveraineté » se réfère à la compétence de produire des normes obligatoires, compétence qui est exclusive et reconnue comme telle au regard du droit international public.

950. Ainsi définie, il est *a priori* possible d'envisager la souveraineté étatique en tant que fondement des *services publics constitutionnels*. Le concept d'*Etat souverain* est lié aux services publics dans la mesure où l'on admet que certaines missions de l'Administration excluent les personnes privées en raison de l'édition des *actes de contrainte* qu'elles requièrent. Se pose la question d'admettre que si l'Administration n'exécute pas certaines tâches, elles seront accomplies par des personnes privées qui imposeront ainsi des *sanctions* aux individus à sa place. Le lien entre certains services publics obligatoires et l'Administration pourrait relever, de ce point de vue, de la souveraineté.

951. Il s'agit d'une conception très répandue s'agissant des *services publics régaliens* parmi les auteurs français¹⁵⁴⁵ et grecs¹⁵⁴⁶. Elle résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en

¹⁵⁴⁴ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 47. Il s'agit de l'Etat de ne pas être directement soumis à un autre Etat. C'est le cas lorsqu'un ordre juridique est « destinataire immédiat du droit international public en disposant de la compétence de participer à sa production ». Lire aussi Antonis PANTELIS, *Droit constitutionnel hellénique*, L'Harmattan, 2018, p. 44.

¹⁵⁴⁵ Louis FAVOREU, « Service public et Constitution », op. cit. Ramu de BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels*, op.cit., p.133. Pierre ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, op. cit., p. 22.

¹⁵⁴⁶ Akritas KAIDATZIS, *Les limites constitutionnelles aux privatisations*, op. cit., p. 293. Apostolos GERONTAS, *Droit public économique*, op. cit., p. 612. Georgios DELLIS, *Intérêt général et marché*, op. cit., p. 201 (en grec).

France¹⁵⁴⁷ et du Conseil d'Etat en Grèce¹⁵⁴⁸. Dans certains cas, la souveraineté étatique est aussi associée aux *services publics sociaux*. En France, le lien entre services publics sociaux et souveraineté n'a pas été mis en exergue dans la jurisprudence constitutionnelle, mais ressort notamment des analyses doctrinales¹⁵⁴⁹. La doctrine française lie même parfois la souveraineté aux *services publics en réseaux*¹⁵⁵⁰.

952. Une partie de la doctrine hellénique¹⁵⁵¹ appréhende quant à elle *l'administration prestataire* dans son ensemble comme l'ensemble des organes en charge de la fourniture des prestations habilités à produire des actes de *souveraineté étatique*. En Grèce, la conception selon laquelle la souveraineté est le fondement des services publics sociaux ne résulte pas seulement des analyses doctrinales ; elle repose également sur la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique¹⁵⁵² qui envisage, par exemple, la mission de sécurité sociale en tant qu'« acte d'autorité qui implique l'expression de souveraineté ». La sécurité sociale est ainsi liée à la souveraineté étatique, car elle implique l'*obligation* pour les travailleurs de s'y inscrire (monopole matériel).

953. Il est alors possible, en théorie, d'envisager la souveraineté non seulement comme le fondement des services publics régaliens mais, plus largement, de tous les services publics. On se rapproche ainsi de l'analyse proposée par Léon Duguit qui voyait « l'Etat puissance » derrière l'ensemble des services publics¹⁵⁵³. Georges Burdeau¹⁵⁵⁴ a le premier établi une distinction entre les services de « haute tension » et les services de « force modeste » au regard de la souveraineté. D'après ce schéma, chaque catégorie de services publics exprime un degré différent de souveraineté. Plus un service public est proche du « cœur » de l'Etat, comme par exemple un *service public régalien*, plus il relève de la souveraineté.

¹⁵⁴⁷ Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998 sur les fonctions juridictionnelles. Décision n° 79-111 DC du 30 décembre 1979 sur les compétences fiscales. Ces services relèvent selon le juge constitutionnel de la « continuité de la vie nationale ». Décision n° 2012-651 du 22 mars 2012 sur les fonctions de direction, de greffe de surveillance des établissements pénitentiaires « inhérentes à l'exercice par l'État de sa mission de souveraineté ».

¹⁵⁴⁸ CdE, n° 1934/1998 et n° 3946/2002 sur les services de police. Voir également CdE, n° 2196/2014 selon lequel la compétence de police maritime relève du « noyau de l'Etat ». Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique, il s'agit de « l'exercice de l'autorité publique en tant que manifestation de la souveraineté ».

¹⁵⁴⁹ Louis FAVOREU, « Constitution et service public », *op. cit.* Norbert FOULQUIER, Frédéric ROLIN, « Constitution et service public », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, 2012, article disponible sur le site conseil-constitutionnel.fr.

¹⁵⁵⁰ Ramu de BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁵¹ Akritas KADATZIS, *Les limites constitutionnelles aux privatisations*, *op. cit.*, p. 326, 327. *Contra* : Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 57 (en grec).

¹⁵⁵² Voir la jurisprudence précitée sur le monopole de la sécurité sociale et notamment la décision n° 5024/1987. Lire, *supra*, note de bas de page n° 1279.

¹⁵⁵³ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tome II, *op. cit.*, p. 65.

¹⁵⁵⁴ BURDEAU Georges, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », in *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, (textes réunis par Jean – Marie Denquin), L.G.D.J., 2011, p. 674.

En dépit de l'étendue de l'approche de la souveraineté comme fondement des services publics en général, il convient toutefois de nous interroger quant à la pertinence de celle-ci.

ii - La souveraineté étatique comme fondement inapproprié de la pérennité des services publics en général

954. La position selon laquelle la souveraineté est le fondement des services publics constitutionnels peut prêter à interrogation. En effet considérer que tel ou tel service public relève de la souveraineté de l'Etat implique qu'il soit lui-même *constitutif* de la souveraineté¹⁵⁵⁵. Il s'ensuit que lorsqu'on admet le caractère constitutif d'un service public, on admet la possibilité pour l'Etat de perdre une partie de sa souveraineté lorsque le service est supprimé. Il devient ainsi clair que le respect à la souveraineté définie antérieurement¹⁵⁵⁶ comme *la compétence exclusive de produire des normes obligatoires admise au regard du droit international* ne peut dépendre de l'exercice de telle ou telle *mission particulière*.

955. Il n'existe pas, de ce point de vue, de *compétences constitutives* de l'Etat souverain autres que celle relevant de la définition de la souveraineté, soit *l'habilitation de produire des normes obligatoires*. Il est alors question de *distribuer des compétences*, sans que chacune d'elles soit déterminante pour le maintien de la souveraineté. A cet égard, tant la doctrine française¹⁵⁵⁷ que la doctrine hellénique¹⁵⁵⁸ appréhendent la souveraineté en tant que « compétence de la compétence ». Ainsi, entendue comme la *première des compétences*¹⁵⁵⁹, elle implique pour chaque Etat une compétence spécifique, unique, encadrée par la Constitution ; celle de décider les normes valides en son sein.

956. Le sens de la souveraineté étatique est devenu plus clair avec la construction de l'Union européenne et la restriction progressive des compétences étatiques que celle-ci entraîne. Ainsi, bien que les organes communautaires soient désormais compétents pour l'exercice de certaines activités qui relevaient auparavant des Etats membres, ce sont les normes supérieures nationales qui, à travers une *auto révision*, permettent une nouvelle distribution des compétences. La

¹⁵⁵⁵ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁵⁵⁶ Voir *supra*, p. 383 et s.

¹⁵⁵⁷ Jean-Philippe DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne : étude comparée Allemagne, France, Italie*, *op. cit.*, p. 184. Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel : cours, travaux dirigés, conseils de méthode, exercices, sujets d'examen, corrigés*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁵⁵⁸ Kostas MAVRIAS, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 56, p. 248. Lina PAPADOPOULOU, *Constitution nationale et droit communautaire : la question de la « primauté »*, Ant. N. Sakkoulas, 2009, p. 378.

¹⁵⁵⁹ Otto PFERSMANN, « The new revision of the old constitution », *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, mai 2005.

souveraineté de l'Etat entendue comme la *compétence d'avoir le dernier mot* est aménagée par des révisions constitutionnelles¹⁵⁶⁰.

957. Par exemple, à la suite de la décision du Conseil Constitutionnel sur le traité de Maastricht, une révision constitutionnelle a été votée en France afin que la distribution de la compétence monétaire soit possible au profit des organes communautaires¹⁵⁶¹. De même, en Grèce, la révision constitutionnelle de 1986 a introduit dans la Constitution la permission de restreindre la souveraineté en cédant certaines missions aux organes communautaires¹⁵⁶². Or, la souveraineté ainsi définie existerait seulement dans le cas où la distribution des compétences relèverait exclusivement du droit de l'Union et non plus des Constitutions. Par opposition aux compétences distribuées, la *compétence de la compétence* elle-même ne peut jamais être cédée sans entraîner la fin de l'Etat souverain.

958. Si la distinction entre la *première des compétences* et les *missions particulières* de l'Etat est nécessaire, *l'exercice des services publics* relève des secondes. L'existence de services publics n'est pas constitutive de la souveraineté dans la mesure où elle n'influence pas le maintien de la *compétence de la compétence* des organes étatiques. En effet, le fait pour les organes étatiques d'exercer telle ou telle activité n'a pas de *rapport direct* avec leur compétence exclusive de production normative au regard du droit international public. Cela est vrai même pour les services régaliens dont le lien avec la souveraineté est censé être le plus fort ; leur potentielle cession n'ayant *a priori* pas d'impact sur la compétence de l'Etat de déterminer la distribution des compétences en son sein.

959. Certes, un Etat dit souverain en droit international mais dépourvu de *compétences particulières* ne saurait être en réalité entièrement souverain, car seraient systématiquement présentes dans son ordre juridique des normes qui n'a pas lui-même produites¹⁵⁶³. Dès lors, s'il

¹⁵⁶⁰ Jean-Philippe DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne : étude comparée Allemagne, France, Italie*, op. cit., p. 184.

¹⁵⁶¹ Décision n° 92-308 DC du 9 avril 2002, considérant n° 14 : « Considérant toutefois qu'au cas où des engagements internationaux souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle ».

¹⁵⁶² Article 28, par. 3 de la Constitution hellénique : « La Grèce procède librement, par une loi adoptée à la majorité absolue du nombre total des députés, à des restrictions à l'exercice de la souveraineté nationale, dans la mesure où cela est dicté par un intérêt national important, ne lèse pas les droits de l'homme et les fondements du régime démocratique et est effectué sur la base du principe d'égalité et sous condition de réciprocité ». Déclaration interprétative. L'article 28 constitue le fondement de la participation de la Grèce au processus d'intégration européenne.

¹⁵⁶³ Il convient toutefois de considérer qu'il serait question dans cette hypothèse d'une atteinte à la *substance* de la souveraineté, mais non à ses *éléments constitutifs*. Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 48.

est possible d'admettre un *lien indirect* entre les services publics constitutionnels et la souveraineté, il n'en demeure pas moins qu'il existe un obstacle dirimant à la considérer comme constituant leur fondement.

B - Les droits sociaux constitutionnels

960. Pour démontrer que les droits sociaux constitutionnels ne sont pas des fondements appropriés aux services publics sociaux, il convient de souligner les difficultés relevées par deux théories doctrinales qui soutiennent une telle position : d'une part, celle des « garanties institutionnelles » (i) ; d'autre part, celle de l'« acquis social » des droits sociaux fondamentaux (ii).

i - Les difficultés de la théorie des « garanties institutionnelles » des droits sociaux fondamentaux

961. La doctrine des « garanties institutionnelles » des droits sociaux fondamentaux trouve son origine dans la théorie développée par Carl Schmitt¹⁵⁶⁴ qui est devenue très populaire dans le droit allemand. D'après celle-ci, les *droits fondamentaux* consacrent un aspect « institutionnel » susceptible d'être violé lorsque certaines garanties sont supprimées par le législateur. Ils constituent le fondement des « institutions » de droit privé et de droit public en interdisant au législateur de supprimer la législation qui les concrétisent¹⁵⁶⁵.

962. On peut, ensuite, noter un lien entre la théorie de Carl Schmitt et les analyses doctrinales sur les services publics sociaux constitutionnels en France et en Grèce. Il s'agit d'un lien *indirect* en France et *direct* en Grèce. En France, la majorité de la doctrine¹⁵⁶⁶ considère en que les *droits sociaux* consacrés dans le Préambule de la Constitution de 1946 fondent les services publics sociaux constitutionnels en interdisant leur abrogation. Cependant, en dehors de très peu d'exceptions doctrinales¹⁵⁶⁷, le lien avec la *théorie allemande des garanties*

¹⁵⁶⁴ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, 2008, p. 308, p. 309.

¹⁵⁶⁵ Vanessa BARBE, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux, étude comparative : Allemagne, France, Royaume Uni*, op. cit., p. 70. David CAPITANT, *Les droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 175, 176.

¹⁵⁶⁶ Louis FAVOREU, « Service public et Constitution », op. cit. . Michel BORGETTO, Robert LAFORE, Jean-Jacques DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, op. cit., p. 350, p. 374. Yves STRUILLLOU, « La réforme de l'inspection du travail : répondre aux exigences d'un service public constitutionnel », *Droit social*, n° 9, 2014, p. 689. Remi PELLET, « Les exigences constitutionnelles en matière d'assurance maladie à la lumière du droit de l'Union européenne », *RDSS*, HS, 2013, p. 85, Xavier BIOY, « L'objectif de protection de la santé publique sort renforcé de l'examen constitutionnel de la loi Touraine », *Constitutions*, n° 1, 2016, p. 125.

¹⁵⁶⁷ Ariane VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence de Conseil constitutionnel*, Ed. Panthéon Assas, 2004, p. 256. Anne – Sophie GINON, « Les transformations de la Sécurité sociale : question de droits ou du droit ? », *RDSS*, n° 1, 2016, p. 80.

institutionnelles n'est pas directement admis. Dans la plupart des cas, il est sous-entendu que les services publics sociaux relèvent de l'aspect institutionnel des droits sociaux fondamentaux. La position est affirmée par le juge constitutionnel seulement dans la mesure où il contrôle les modifications apportées aux services publics sociaux au regard du Préambule¹⁵⁶⁸.

963. En revanche, en Grèce, où la *théorie des garanties institutionnelles* est beaucoup plus répandue parmi les auteurs¹⁵⁶⁹, le lien entre les services publics sociaux constitutionnels et les droits sociaux fondamentaux est largement admis¹⁵⁷⁰. La doctrine hellénique prend soin de signaler le « contenu minimal des institutions »¹⁵⁷¹. Il est par ailleurs directement affirmé par le Conseil d'Etat hellénique lorsqu'il contrôle le *droit constitutionnel à la sécurité sociale* en considérant l'« institution de la sécurité sociale »¹⁵⁷². Que la théorie des garanties institutionnelles au regard des droits sociaux fondamentaux soit admise *directement* ou *indirectement*, elle pose plusieurs interrogations. Afin de les examiner, il convient d'évaluer plus en détails la position de la doctrine présentée ci-dessus.

964. Le *lien* entre les services publics sociaux et la théorie des garanties repose sur l'idée selon laquelle il est interdit pour le législateur de les supprimer parce qu'ils sont *nécessaires* pour respecter les droits sociaux fondamentaux. Cela est *a priori* vrai selon l'interprétation faite du principe de l'Etat social dans le cadre de la présente étude¹⁵⁷³. Notre analyse se distingue,

¹⁵⁶⁸ Décision n° 82-148 DC du 14 décembre 1982 : « 1. Considérant que les auteurs de la saisine soutiennent que la loi relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale est contraire à la Constitution ; qu'à cet effet, ils font valoir, d'une part, que l'article 23, alinéa 1er, ainsi que d'autres dispositions s'y rattachant, méconnaîtraient le principe d'égalité et, d'autre part, que les articles 19 et 20 violeraient le droit au respect de la vie privée ; Décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997 : Considérant n° 9, « Considérant qu'aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la Nation "garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence" ; que le principe ainsi posé ne fait pas par lui-même obstacle à l'institution par le législateur d'un mécanisme de solidarité mis en œuvre par le département ».

¹⁵⁶⁹ Philippos SPYROPOULOS, Theodore FORTSAKIS, *Constitutional Law in Greece*, Wolters Kluwer, p. 192. Panagiotis POULIS, *Droit constitutionnel et institutions helléniques*, L'Harmattan, 2008, p. 261. Sont considérées comme de telles garanties institutionnelles par exemple l'auto-administration des coopératives agricoles et urbaines, le mariage, les ministres du culte des religions connues, l'autonomie des établissements d'enseignement supérieur.

¹⁵⁷⁰ Georges KATROUGALOS, *L'État social postindustriel*, *op.cit.*, p. 582. Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 39. Angelos STERGIOU, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 158. Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « La protection du droit à la santé en tant que institution », *Didik*, 6/1994.

¹⁵⁷¹ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 58. Georges KATROUGALOS, *L'État social postindustriel*, *op.cit.*, p. 685.

¹⁵⁷² Par son arrêt CdE, n° 2253/ 1976, le Conseil d'Etat hellénique a pour la première fois admis que « le droit à la sécurité sociale consacre l'institution de la sécurité sociale, dans le sens que le législateur doit couvrir l'ensemble des travailleurs du pays tout en disposant de sa liberté de déterminer la forme exacte et l'étendue de la protection octroyée ». Voir également CdE, n° 4044/1978, n° 1154/1983, n° 1479/1997.

¹⁵⁷³ Voir *supra*, p. 74.

toutefois, de la position classique en ce qu'elle souligne qu'il ne s'agit pas d'un constat qui résulte des *droits sociaux constitutionnels*. Il existe également d'autres manières pour l'Administration de respecter les *droits sociaux* qui contestent en même temps le caractère public des prestations. En effet, de nouveaux rôles pour l'Administration ont fait leur apparition lors de l'émergence du principe de la concurrence, comme par exemple celui de *régulateur*¹⁵⁷⁴. Il s'ensuit que la position doctrinale serait tout à fait exacte si les services publics sociaux constituaient la *seule manière* pour l'Administration d'être en charge d'une prestation matérielle, ce qui n'est certainement plus le cas désormais.

965. Le principal point problématique de la vision des *droits sociaux constitutionnels* en tant que fondements de la *pérennité* services publics sociaux repose sur le constat suivant : les droits sociaux fondamentaux ne fondent pas seulement la *pérennité* des services publics sociaux, mais également le *principe de continuité*. Ce qui est essentiel au regard des droits sociaux constitutionnels est que les individus *accèdent* à différentes prestations, indépendamment du statut de l'opérateur en charge. Il s'agit d'une garantie qui peut être satisfaite même à travers un *contrôle étatique* sur des *prestataires privés* ou la prise en charge par l'Administration seulement du *service universel*. De ce point de vue, le respect des droits sociaux constitutionnels n'est pas opposé à une démarche de privatisation des services publics sociaux ; il peut même offrir un argument en sa faveur¹⁵⁷⁵.

966. Le constat selon lequel les droits sociaux constitutionnels sont *neutres* vis-à-vis du *statut public* des prestataires est corroboré par leur interprétation. Il est possible de constater qu'au regard des droits sociaux tels que consacrés par le Préambule de la Constitution de 1946¹⁵⁷⁶ et par la Constitution hellénique¹⁵⁷⁷, les organes étatiques ont l'obligation de « garantir/protéger » ou de « veiller sur » l'octroi des prestations matérielles. La différence

¹⁵⁷⁴ Voir *supra*, p. 366 et s.

¹⁵⁷⁵ Spiros VLACHOPOULOS, *Privatisation : le cadre constitutionnel d'une décision politique*, *op. cit.*, p. 54, 56. Selon cet auteur, la privatisation/suppression de l'organisme public du logement n'est pas contraire au droit constitutionnel au logement (article, 21 par. 3 de la Constitution hellénique), puisque la Constitution impose des obligations, sans imposer une certaine manière de les satisfaire. Voir sur ce sujet, *supra*, p. 369 et s.

¹⁵⁷⁶ Préambule de la Constitution de 1946 : « 10. La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». 11. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs (...) 13. La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture ».

¹⁵⁷⁷ Article 21 de la Constitution hellénique : « 1. La famille, en tant que fondement du maintien et du progrès de la nation, ainsi que le mariage, la maternité et l'enfance se trouvent sous la protection de l'État (...) 3. L'État veille à la santé des citoyens et prend des mesures spéciales pour la protection de la jeunesse, de la vieillesse et des invalides, ainsi que pour l'aide aux indigents. 4. L'acquisition d'un logement par ceux qui en sont privés ou qui sont insuffisamment logés fait l'objet d'un soin particulier de la part de l'État ». Article 22 : « 1. Le travail constitue un droit et est sous la protection de l'État, qui veille à la création des conditions de plein emploi pour tous les citoyens, ainsi qu'au progrès moral et matériel de la population active, rurale et urbaine (...) 5. L'État veille à la sécurité sociale des travailleurs, ainsi qu'il est prévu par la loi ».

terminologique est significative par rapport à *l'objectif-fondement* des deux Constitutions définissant *l'Etat* comme *social*¹⁵⁷⁸. Le premier cas n'exclut nullement que l'Administration puisse être simplement *régulateur de la prestation*, alors que le second impose son exercice *par des organes étatiques*. Par ailleurs, un argument tiré du droit comparé appuie le point de vue développé ici. Le droit primaire de l'Union consacre également des droits sociaux¹⁵⁷⁹, élément qui n'empêche nullement que les services publics sociaux soient considérés comme des *activités économiques* susceptibles d'être partiellement privatisées¹⁵⁸⁰.

967. Enfin, si les droits sociaux constitutionnels ne sont pas des fondements aux services publics sociaux, il n'existe pas en tant que tel un *droit au maintien d'un service public social*. Du point de vue de notre étude, le bénéficiaire d'une prestation n'a pas le droit de se prévaloir du maintien de telle ou telle structure objective avec des caractéristiques particulières, mais seulement de la satisfaction de son propre besoin matériel¹⁵⁸¹. Les deux n'étant pas *indissociables*, une modification des règles relatives aux services publics sociaux ne pourra pas *a priori* être attaquée au motif d'être *constitutive* d'une violation d'un droit social fondamental¹⁵⁸².

968. Toutefois, même si les individus ne disposent pas d'un *droit à la pérennité* des services publics sociaux mais seulement à la *continuité* de leur prestation, ils seront habilités à saisir les tribunaux afin de contrer la *suppression* de son caractère public¹⁵⁸³. Dès lors que les services publics sociaux leur permettent de bénéficier d'une prestation, tout changement restrictif de la législation sur les premiers aura des conséquences sur la jouissance de leurs droits. De ce point de vue, dans les deux Etats étudiés, ils peuvent demander le contrôle des démarches législatives restreignant les services publics sociaux sans que cette possibilité les rende pour autant bénéficiaires du droit de les maintenir comme tels.

¹⁵⁷⁸ En France, l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 dispose : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ». En Grèce, l'article 25, par. 1 al. 1 de la Constitution de 1975 énonce : « Les droits de l'homme, en tant qu'individu et en tant que membre du corps social, et le principe de l'État-providence constitutionnel sont garantis par l'État. Tous les agents de l'État sont tenus d'en assurer l'exercice effectif et sans obstacle ».

¹⁵⁷⁹ Voir *supra*, p. 171.

¹⁵⁸⁰ Voir *supra*, p. 335 et s.

¹⁵⁸¹ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 77. « Si certaines permissions constitutionnelles d'agir sont indissociables de structures permettant leur exercice, il s'agira de DF qui auront des effets "institutionnels", c'est-à-dire que la modification de règles concernant ces structures pourra être attaquée comme constitutive d'une violation d'un DF ».

¹⁵⁸² *Ibidem*.

¹⁵⁸³ Ainsi, dans l'ordre juridique hellénique, le Conseil d'Etat (arrêt CdE, n° 1906/ 2014) a admis l'intérêt général des requérants à invoquer l'inconstitutionnalité de la *privatisation* de l'entreprise publique de l'eau. Pour en savoir plus sur le sujet, lire Eleni LAPPA, « L'inconstitutionnalité de la privatisation de l'EYDAP- Commentaire de l'arrêt n° 1906/2014 », *EfDD*, n° 4, 2014, p. 441 (en grec).

ii - Les difficultés de la théorie de l'« acquis social » des droits sociaux fondamentaux

969. Une manière de lier les *droits sociaux fondamentaux* aux services publics sociaux constitutionnels, autre que celle de recourir à la théorie des garanties institutionnelles, est de faire appel à la notion d'« acquis social ». On entend par cette expression la position selon laquelle bien que le législateur soit libre de *modifier* la législation sociale, il ne peut *complètement l'éliminer*¹⁵⁸⁴. Il est toujours contraint de respecter le *niveau matériel acquis* grâce aux concrétisations antérieures de droits sociaux, sans nécessairement maintenir en vigueur les lois sociales du passé.

970. Le lien de la théorie en question avec le sujet examiné est manifeste : si une telle obligation constitutionnelle incombe au législateur, la suppression des services publics sociaux est interdite dans la mesure où elle conduirait à éliminer le niveau matériel acquis¹⁵⁸⁵. Leur abrogation aura un impact négatif très fort sur ce dernier, que le juge de constitutionnalité peut en théorie empêcher.

971. En France, *la théorie de l'acquis social* n'est pas systématisée en tant que telle par la doctrine. Elle trouve pourtant à s'exprimer par le biais de la notion de « garanties légales des exigences constitutionnelles »¹⁵⁸⁶ par laquelle le juge constitutionnel contrôle les *restrictions législatives* apportées aux droits fondamentaux¹⁵⁸⁷, y compris les droits sociaux¹⁵⁸⁸. En théorie, si le juge constitutionnel veille à une *modification modérée* de la législation sociale existante, il ne permettra pas la suppression des services publics sociaux. Le juge constitutionnel français a, par exemple, contrôlé la *privatisation* des Aéroports de Paris au regard des *garanties légales*

¹⁵⁸⁴ Il s'agit également d'une théorie issue du droit allemand reçue par la doctrine hellénique, mais non par la doctrine française. Lire sur cette théorie : Dimitris TSATSOS, *Droit constitutionnel, Tome III, Droits fondamentaux, op. cit.*, 1988, p. 207 (en grec). Dans la mesure où la *théorie de l'acquis social* est également conçue en tant que possibilité de limiter le législateur pour restreindre des droits sociaux et non seulement lui interdire leur élimination ; d'où une certaine confusion, voir *infra*, p. 496.

¹⁵⁸⁵ Xenofon KONTIADIS, « La fonction stabilisatrice des droits sociaux : l'exemple de l'acquis social », *to S*, n° 2, 1999, p. 199, p. 211. Stavroula KTISTAKI, « L'impact de la crise économique sur les droits sociaux », *EDKA, ND*, n° 4, p. 481, p. 635 (en grec).

¹⁵⁸⁶ Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986 : « 2. Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles ; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ».

¹⁵⁸⁷ Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001 pour la liberté individuelle. Décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003 pour le droit d'asile. Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 pour le principe d'égalité.

¹⁵⁸⁸ Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003 considérant, n° 8 : « Considérant que, du point de vue de son économie générale, la loi déferée a mis en œuvre l'exigence constitutionnelle précitée sans la priver de garanties légales ».

de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946¹⁵⁸⁹. Même s'il n'a pas été amené jusqu'aujourd'hui à contrôler de la même manière la suppression d'un service public social¹⁵⁹⁰, un tel contrôle serait cohérent avec la décision citée.

972. En Grèce, la situation contraste avec celle de la France. Le Conseil d'Etat hellénique refuse de consacrer la *garantie de l'acquis social* en tant que telle, s'opposant ce faisant à la doctrine majoritaire qui s'y réfère systématiquement¹⁵⁹¹. Dans les deux Etats analysés, la théorie de l'acquis social est même parfois combinée avec la *théorie des garanties institutionnelles*. En Grèce, certaines analyses doctrinales mentionnent un « acquis institutionnel » au regard des droits sociaux constitutionnels¹⁵⁹². Une partie de la doctrine française se réfère, dans le même sens, aux services publics en tant qu'« institutions » des droits fondamentaux dont le maintien est assuré par le biais des *garanties légales*¹⁵⁹³.

973. Quoi qu'il en soit, le lien entre les droits sociaux constitutionnels et les services publics sociaux par le biais de *l'acquis social* se révèle, du point de vue de notre étude, problématique. La raison principale en est que le simple fait d'interdire l'élimination de la législation sociale concrétisant un droit social constitutionnel ne suffit pas à interdire également la *suppression* du *service public prestataire*. Cela s'explique par le fait que l'on n'est toujours pas en position de savoir dans quelle mesure la *suppression du caractère public de la prestation* élimine la *liberté matérielle* des individus. La difficulté principale réside dans *l'absence de définition* permettant de préciser ce que signifie une *élimination* des droits sociaux constitutionnels.

974. Les droits sociaux constitutionnels constituent les fondements d'une pluralité de lois sociales et il est impossible de déterminer *a priori* pour lesquelles exactement une *abrogation* est interdite. Dans cette perspective, il serait possible de s'interroger à l'infini sur le degré permis de violation des droits sociaux fondamentaux sans jamais pouvoir donner une réponse déterminée à la question. Tel est le dilemme principal auquel se trouve confronté tout auteur

¹⁵⁸⁹ Décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005.

¹⁵⁹⁰ Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, considérant n° 24 : « Considérant que les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, aux termes duquel la Nation "garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé", ne sauraient excuser la fraude ou l'inobservation des règles du code de la sécurité sociale ».

¹⁵⁹¹ Julia ILIOPOULOS-STRAGA, « Constitution et droits sociaux, Grèce », *op. cit.*

¹⁵⁹² Stavroula KTISTAKI, « L'impact de la crise économique sur les droits sociaux », *op. cit.* Ioannis IGGLEZAKIS, *L'Etat social de droit*, *op. cit.*, p. 131.

¹⁵⁹³ Ariane VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 256, 268. Selon l'auteur : « En définitive, en privilégiant une approche institutionnelle des libertés et la reconnaissance d'obligations positives, les garanties légales contribuent à l'objectivation des libertés ». Vanessa BARBE, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, *op. cit.*, p.71.

qui recherche la *substance* des droits sociaux¹⁵⁹⁴ sans précédemment avoir défini la *structure* du principe de l'Etat social. La détermination des *obligations préalables* qui pèsent sur les organes étatiques nous permet de connaître les limites de la restriction des permissions ; non l'inverse. En effet, sauf à considérer un *point défini* au-delà duquel la restriction de la législation sociale est interdite, il n'est pas possible de déterminer la neutralisation de la liberté matérielle des individus. Du point de vue de notre étude, la détermination de la *substance* des droits sociaux fondamentaux présuppose la compréhension d'un autre *fondement constitutionnel extérieur* aux droits sociaux fondamentaux : l'objectif-fondement du principe de l'Etat social.

Conclusion du § 1 :

975. Ni la *souveraineté* de l'Etat ni les *droits sociaux constitutionnels* ne constituent des fondements appropriés de la *pérennité* des services publics sociaux constitutionnels. Le premier concept, entendu comme *la compétence de la compétence* de l'Etat, ne fonde pas les différentes *compétences particulières* de l'Administration dont l'exercice des services publics fait partie.

976. S'agissant des droits sociaux constitutionnels, ils ne peuvent être considérés comme fondements des services publics sociaux pour deux raisons principales : d'une part, parce que leurs énoncés ne présupposent nullement le caractère public du service (*pérennité*) mais seulement l'accès des individus aux prestations (*continuité*) ; d'autre part, parce que le fait d'affirmer un tel rapport entre les droits sociaux et les services publics sociaux présuppose que la définition des actes éliminant la liberté matérielle des individus est déjà connue. Or, en l'absence d'une telle définition préalable, il n'est pas possible de savoir si la suppression d'un service public social viole les droits sociaux fondamentaux. Le recours à un fondement *extérieur* aux droits sociaux fondamentaux devient alors impératif si l'on souhaite défendre leur *substance*, mais aussi le *caractère public* de l'octroi des prestations. C'est à la place d'un tel fondement extérieur aux droits sociaux fondamentaux que l'on recourt à l'*objectif-fondement* du principe de l'Etat social.

§ 2 - L'objectif-fondement du principe de l'Etat social comme fondement de la *pérennité* des services publics sociaux

977. L'objectif-fondement du principe de l'Etat social est, du point de vue de notre étude, la norme qui garantit le caractère public des prestations. Cette norme serait violée si les *structures publiques prestataires* étaient supprimées par le législateur. L'interprétation de l'objectif-

¹⁵⁹⁴ Voir *infra*, p. 442 et s.

fondement nous amène à identifier les services publics sociaux constitutionnels, soit des *prestations matérielles inabrogeables*, ainsi que les caractéristiques essentielles dont ils doivent disposer afin d’accomplir leur mission spécifique. A cet égard, l’étude des services publics constitutionnels coïncide avec l’identification des prestations dont l’Administration ne peut pas se décharger et pour lesquelles le *financement public ne peut être suspendu*.

978. Au-delà du constat d’une telle interdiction, il conviendra de préciser *l’étendue du financement* accordé aux services publics sociaux. Certes, tous les services publics sociaux ne sont pas garantis de la même manière par le législateur, certains couvrant les besoins de l’ensemble des individus (« services publics d’accès général ») alors que d’autres concernent seulement une partie de ceux-ci en fonction de critères fondés sur leurs ressources (« services publics ciblés »). Le fait pour le législateur de *cibler un service public d’accès général* (technique du « ciblage »¹⁵⁹⁵) alors que l’objectif-fondement ne le permet pas constituerait ainsi une suspension interdite du financement du service public et, partant, une atteinte à sa pérennité.

Il s’agira alors de déterminer plus précisément les services publics sociaux inabrogeables au regard de l’objectif-fondement du principe de l’Etat social (A), avant d’examiner la possibilité pour le législateur d’en faire des services d’accès ciblé (B).

A - Les services publics sociaux inabrogeables au regard de l’objectif-fondement

979. Il convient ici d’identifier les services publics sociaux constitutionnels à travers une interprétation historique de l’objectif-fondement du principe de l’Etat social (i). Si une interdiction de les abroger pèse sur le législateur, elle implique également celle de suspendre leur financement (ii).

i - L’identification des services publics constitutionnels par le biais d’une interprétation historique

980. Le recours à l’objectif-fondement comme *limite à la suppression des services publics sociaux* ne ressort jusqu’à présent ni de la jurisprudence constitutionnelle ni des analyses doctrinales ; en France comme en Grèce. La plupart des travaux se focalisent en effet sur les services publics sociaux inabrogeables en s’éloignant rarement de l’étude des droits sociaux fondamentaux¹⁵⁹⁶. L’objectif-fondement du principe de l’Etat social est dans la plupart des cas

¹⁵⁹⁵ Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 56.

¹⁵⁹⁶ Voir *supra*, p. 388 et s.

négligé par les études, même si on parle en France de *garanties légales des exigences constitutionnelles* et en Grèce des *institutions issues des droits sociaux*¹⁵⁹⁷. Notre approche constitue ainsi, dans une certaine mesure, une *reconsidération de la théorie des garanties institutionnelles* des droits sociaux fondamentaux qui trouve un nouveau fondement dans *l'objectif-fondement* du principe de l'Etat social.

981. Une *analyse historique* de l'objectif-fondement du principe de l'Etat social permet de dégager le *sens originaire* de celui-ci en tenant compte du contexte de sa consécration en 1958 en France et en 2001 en Grèce. L'approche choisie nous permet de constater que certains *services publics sociaux* existaient avant 1958 en France et avant 2001 en Grèce. Les constituants français de 1958 et grecs de 2001 ont consacré *le principe de l'Etat social* en considérant certaines données objectives parmi lesquelles la présence des *structures publiques prestataires*. *L'Etat social* esquissé par les objectifs-fondements a exactement le même sens que celui qu'il avait au moment de sa consécration en France et en Grèce. De ce point de vue, les *missions sociales* dont l'Administration ne peut pas se décharger en tant que *fournisseur* ne sont autres que celles prises en charge par l'Etat lorsqu'il a été qualifié de « social » par les constituants. Il importe alors de démontrer la valeur constitutionnelle des services publics sociaux selon la méthode décrite ci-dessus en se demandant lesquels existaient *déjà* au moment de la consécration des objectifs-fondements.

982. Il est alors possible de constater, en premier lieu, que le *service public de l'enseignement* existait en France en 1958¹⁵⁹⁸ et en Grèce en 2001¹⁵⁹⁹, caractérisé par trois niveaux d'enseignement : l'enseignement primaire, l'enseignement secondaire et l'enseignement universitaire. En second lieu, dans les deux Etats en question, *le service public de la sécurité sociale* existait également auparavant, avec toutes les branches qu'on lui connaît aujourd'hui. Il s'agissait, d'une part, des *retraites de base* et, d'autre part, de *l'assurance-maladie de base* en France¹⁶⁰⁰ et en Grèce¹⁶⁰¹. Par ailleurs, le service public de la sécurité sociale en France et

¹⁵⁹⁷ Voir, cependant, Anne-Sophie GINON, « Les transformations de la Sécurité sociale : question de droits ou du droit ? », *RDSS*, n° 1, 2016, p. 80. Apostolos PAPAKONSTANTINOUS, « Les limites juridiques de la réforme de la sécurité sociale », *EfDD*, n°1, 2016, p. 23 (en grec). Selon l'auteur, « l'institution de la sécurité sociale se fonde sur le noyau de l'Etat social ».

¹⁵⁹⁸ Loi du 28 juin 1833 pour l'enseignement obligatoire. Loi du 10 juillet 1896, JORF du 13 juin 1896, p. 196, qui restaura formellement les universités en les dotant de la personnalité juridique.

¹⁵⁹⁹ Loi n° 4373/19, JO A/309/ 24-8-1929 sur l'enseignement primaire, loi n° 3341/1925 sur la première université (JO A/54, 22-6-1925).

¹⁶⁰⁰ En France, l'ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale (JORF du 6 octobre 1945, p. 6280).

¹⁶⁰¹ En Grèce, il s'agit de la loi n° 46/1951, JO A/179/21- 6-1951.

en Grèce octroyait déjà des *allocations familiales*¹⁶⁰², ainsi que l'*allocation-chômage*¹⁶⁰³. En ce qui concerne précisément l'*assurance-maladie complémentaire* en France¹⁶⁰⁴ et les *retraites complémentaires* en France¹⁶⁰⁵ et en Grèce¹⁶⁰⁶, elles existaient également au moment de la consécration constitutionnelle du principe de l'Etat social. Toutefois, tel n'était pas le cas des *retraites supplémentaires* créés plus récemment par le législateur¹⁶⁰⁷ et qui n'entrent donc pas dans le cadre des *contre-limites relevant de la structure* du principe de l'Etat social.

983. S'agissant, en troisième lieu, du *service public de santé*, les hôpitaux publics¹⁶⁰⁸ fonctionnaient en prenant en charge l'ensemble des soins non seulement des personnes assurées, mais également de celles non assurées¹⁶⁰⁹. C'est pourquoi, même si les dispositifs législatifs d'*aide sociale* encadrant la prise en charge des soins de santé des patients non assurés de revenus modestes sont ultérieurs¹⁶¹⁰, ils doivent également être considérés comme des *garanties inabrogeables* de l'Etat social en France et en Grèce. Aucun doute ne subsiste quant à la prise en charge des *soins urgents* pour l'ensemble de la population¹⁶¹¹. Enfin, le service

¹⁶⁰² En France, la loi du 11 mars 1932 (JORF n° 61 du 12 mars 1932) rend obligatoires les allocations familiales. En Grèce, c'est le décret législatif n° 3868/58 (JO A/279/23-12-1959).

¹⁶⁰³ L'assurance-chômage a été créée en France par un accord entre partenaires sociaux conclu le 31 décembre 1958. L'assurance-chômage est née sous la forme d'associations prévues par la loi de 1901. La loi confia aux organisations patronales et aux organisations syndicales représentatives sur le plan national et interprofessionnel la gestion de l'assurance-chômage, obligatoire pour la majeure partie des employeurs et salariés du secteur privé. En Grèce, c'est le décret législatif n° 2961/1954 (voir *supra* note de bas de page n° 467) qui créa le service public de l'emploi.

¹⁶⁰⁴ Ordonnance n° 45-2456 du 19 octobre 1945 portant statut de la mutualité, JORF du 20 octobre 1945, p. 6731.

¹⁶⁰⁵ La convention collective interprofessionnelle pour les cadres de l'industrie et du commerce du 14 mars 1947 a créé l'AGORC. 1961 - Extension de la retraite complémentaire aux salariés non cadres du secteur privé, avec la signature, par les partenaires sociaux, de l'Accord instituant l'ARRCO en vue de fédérer et d'assurer la pérennité des régimes de retraite complémentaire conventionnels organisés en faveur de ces salariés.

¹⁶⁰⁶ De nombreux régimes complémentaires de retraites existaient depuis les années 1930-1940 mais la loi n° 997/1979 (JO A/287/28-12-1979) les a réformés.

¹⁶⁰⁷ Voir *infra*, p. 539 et s.

¹⁶⁰⁸ En France, la loi du 21 décembre 1941 (JORF du 30 décembre 1941, p. 5574) ouvrait l'hôpital à toute la population mais institua un prix journalier d'hospitalisation. En Grèce, la loi n° 965/1937 (JO A/476/24/11/1937) régit les hôpitaux publics.

¹⁶⁰⁹ En France, la loi du 15 juillet 1893 (JORF du 18 juillet 1893, p. 3681) sur l'assistance médicale gratuite. En même temps, une des ordonnances du 19 octobre 1945 créa l'assurance de longue maladie. Une exonération du ticket modérateur a été accordée au malade « atteint d'une affection de longue durée nécessitant un traitement régulier, et notamment l'hospitalisation, ou lorsque son état nécessite le recours à des traitements ou à des thérapeutiques particulièrement onéreux ». Dans la mesure où en Grèce le séjour dans des hôpitaux publics n'était pas payant, de telles mesures d'exonération n'ont pas été décidées de manière officielle. L'accueil des personnes non assurées relevait de la pratique.

¹⁶¹⁰ Il s'agit en France de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création de la couverture maladie universelle. Voir *supra*, note de bas de page n° 1102. Il s'agit en Grèce de la loi n° 1759/1988, ΦΕΚ A/50/18-3-1988.

¹⁶¹¹ En France, depuis 1891 la Cour de cassation juge que les dispositions du Code pénal prévoyant ces infractions sont générales et s'appliquent à toutes les professions, y compris celle de médecin (Cour de Cassation, chambre criminelle, 28 mai 1891, Bull. n° 210). En Grèce, la loi n° 1565/1939 (JO A/16) a pénalisé le refus de soins urgents de la part des médecins.

public du *logement social*¹⁶¹² et le *service public de l'emploi*¹⁶¹³ sont également inabrogeables, puisqu'ils existaient avant la consécration du principe de l'Etat social dans les deux Etats.

984. En ce qui concerne tous les services publics sociaux qualifiés d'*inabrogeables*, les législateurs français et grec ne peuvent supprimer la tâche qui revient à l'Administration de les fournir. Or, un financement public spécifique est nécessaire pour que celle-ci remplisse effectivement sa mission constitutionnelle d'octroi de prestations matérielles. Il s'avère que l'abrogation par le législateur grec du service public du *logement social* en 2012 et sa fusion avec le *service public de l'emploi* est inconstitutionnelle¹⁶¹⁴. Par ailleurs, bien qu'il puisse habiliter des personnes privées à exercer ces missions sociales sous sa tutelle, leur privatisation *totale ou partielle* est interdite. Il n'est dès lors pas permis que les *services publics sociaux* perdent leurs *caractéristiques essentielles* au point d'être rattachés à des personnes privées et que l'Administration ne se contente que de les *réguler*. Il s'ensuit que leur contestation par le droit de l'Union, tel qu'elle se manifeste aujourd'hui notamment dans le cas des *hôpitaux publics* en France¹⁶¹⁵, porte atteinte au principe constitutionnel de l'Etat social.

985. Une remarque s'impose, enfin, au sujet de *l'aide sociale*, soit l'octroi de *prestations sociales non contributives aux personnes défavorisées*. Les prestations d'aide sociale existaient sous une forme élémentaire en France en 1958 et en Grèce en 2001, notamment à travers des *minima vieillesse* qui visaient à compléter des retraites d'un montant très bas¹⁶¹⁶. Il en résulte une obligation pesant sur le législateur de ne pas supprimer les dispositifs d'aide sociale, ce qui est manifeste pour le *minimum vieillesse*¹⁶¹⁷. Cependant, pour le reste des dispositifs relevant aujourd'hui de *l'aide sociale*, il convient de signaler l'absence à leur égard de garantie explicite de non-abrogation.

¹⁶¹² En France, même si certains dispositifs sur le logement social existaient longtemps avant (la loi du 30 novembre 1894, par exemple, encourageait la création d'organismes d'habitations à bon marché par des exemptions d'impôts et l'ouverture de sources de crédit), la loi du 28 juin 1930 concernant les logements à loyers modérés (JORF du 1^{er} juillet 1930, p. 7260) l'a établi tel qu'on le connaît aujourd'hui. En Grèce, le service public du logement social a été créé par le décret législatif n° 2963/1954 (JO A/195/1954).

¹⁶¹³ En France l'affiliation l'assurance chômage est obligatoire depuis l'accord du 31 décembre 1958 qui la crée. En Grèce, il en va de même depuis la loi qui crée la caisse d'assurance chômage (OAED) par le décret n° 2961/1954.

¹⁶¹⁴ Voir *supra*, p. 112.

¹⁶¹⁵ Voir *supra*, p. 354 et s.

¹⁶¹⁶ En France, la loi n° 56-639 du 30 juin 1956 (JORF du 1^{er} juillet 1956 p. 6070) porta création du fonds national de solidarité permettant d'assurer une prestation non contributive aux personnes âgées. En Grèce, la loi n° 2434/1996 (JO A/188/20-8-1996) a établi un minimum vieillesse pour ceux qui bénéficiaient d'une retraite très basse ou qui en était privés.

¹⁶¹⁷ Xenofon KONTIADIS, *Le nouveau constitutionalisme et les droits fondamentaux après la révision de 2001*, *op. cit.*, p. 577, p. 578. Est à cet égard inconstitutionnelle la suppression de la part du législateur grec du minimum vieillesse par la dernière loi de 2016, voir *infra* p. 478.

986. Il s'ensuit un deuxième constat concernant le « rôle » exact que le législateur doit réserver à l'*aide sociale* par rapport à la *sécurité sociale*. Au moment de la consécration du principe de l'Etat social en France et en Grèce, il ne s'agissait nullement d'un service public indépendant de celui de l'assurance. Au contraire, dès sa création, l'aide sociale était une *prestation subsidiaire* au regard de celles issues de la *sécurité sociale*, remplissant ainsi une fonction de *filet de sécurité* pour les non-assurés¹⁶¹⁸. Il en résulte que le rôle réservé à l'*aide sociale* est celui de combler *les lacunes de l'assurance*. Même si les systèmes de protection sociale français et grecs sont *mixtes* - incluant tant la sécurité sociale que l'aide sociale - la *substitution de la sécurité sociale par l'aide sociale* est *a priori* interdite.

987. Toutefois, une démarche législative récente en France illustre clairement une tendance vers une telle *substitution interdite*, le Parlement y ayant voté le passage d'un *modèle assurantiel* financé par des cotisations sociales à un *modèle assistanciel* financé par le budget public pour l'*assurance-chômage*¹⁶¹⁹. Or, le service public de protection sociale en France et en Grèce ne peut perdre ses caractéristiques propres, soit l'octroi de prestations destinées aux *travailleurs* et financées par des *cotisations sociales*, pour fournir des prestations minimales financées par le budget public et attribuées selon des conditions des ressources. De ce point de vue, la suppression des cotisations sociales comme sources de financement de l'*assurance-chômage*, même si elle a été validée par le Conseil constitutionnel français¹⁶²⁰, se révèle problématique. Dans des Etats comme la France et la Grèce, il conviendrait de procéder à une *révision constitutionnelle* afin de modifier le système de protection sociale de *type bismarckien* et le remplacer par un mécanisme de *type beveridgien*¹⁶²¹.

¹⁶¹⁸ Voir *supra*, p. 107 et s.

¹⁶¹⁹ Il s'agit de l'article 8 de la loi de financement de la sécurité sociale 2018, loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 (JORF n°0305 du 31 décembre 2017) qui supprime les cotisations salariales chômage, compensée par une hausse de la contribution sociale générale. L'*assurance-chômage* devient désormais en France *non contributive* (Lire sur ce sujet, Jean-Yves KERBOUC'H, « Indemnisation du chômage et déclin de la logique assurantielle », *Droit social*, n° 7-8, 2018, p. 607). Par ailleurs, la loi de financement de la sécurité sociale a été suivie par la loi accordant la liberté de choisir son avenir professionnel (JORF n° 0205 du 6 septembre 2018). Non seulement le financement de l'*assurance-chômage* sera désormais fiscalisé, mais en plus le *risque* perdra son caractère jusqu'à aujourd'hui aléatoire. Le risque n'est plus aléatoire à partir du moment où la nouvelle loi prend en charge des ruptures volontaires de contrats de travail. Il s'agit donc d'une transformation générale du modèle qui, du point de vue de notre étude, méconnaît la sécurité sociale telle que garantie par le principe de l'Etat social. Une telle transformation a été partiellement opérée également pour l'*assurance-maladie*, puisque la loi de financement de 2018 supprime une partie des cotisations sociales pour son financement. Sur les enjeux liés à l'*assurance-maladie*, voir *infra*, p. 423 et s.

¹⁶²⁰ Décision n° 2017-756 DC du 21 décembre 2017.

¹⁶²¹ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « L'impact des memoranda sur la sécurité sociale », *EDKA, NST*, n° 3, 2014, p. 469 (en grec).

ii - L'interdiction de suspendre le financement des services publics sociaux constitutionnels

988. En raison de la valeur constitutionnelle des services publics sociaux, il n'est pas permis au législateur de suspendre leur financement. Il s'agit d'une *interdiction* qui permet, en théorie, la garantie de leur *pérennité*. Pour autant, elle n'est directement consacrée ni dans la Constitution française ni dans la Constitution hellénique. Notre étude vise cependant à établir le lien entre la pérennité des services publics sociaux et la maîtrise des dépenses y afférentes.

989. Dans un premier temps, notons que dans les deux ordres juridiques, la Constitution *habilite* le législateur à voter la *loi de finances* annuelle¹⁶²². En France, la *loi organique relative aux lois de finances* du 1^{er} août 2001 (« LOLF ») prévoit les conditions dans lesquelles la loi de finances est votée tous les ans par le Parlement¹⁶²³. La Cour des Comptes française joue désormais un rôle d'assistant du Parlement en certifiant les comptes¹⁶²⁴. En Grèce, la loi sur le budget annuel est votée d'après une procédure spécifique et la Cour des Comptes est chargée de sa vérification¹⁶²⁵. Dans aucun des deux Etats, la Cour des Comptes n'est cependant chargée du contrôle juridictionnel de la loi en question.

990. Les *dépenses sociales*, qui constituent le budget finançant les services publics sociaux, sont prévues dans la *loi de finances* en Grèce¹⁶²⁶. En France, depuis la révision constitutionnelle de 1996, une loi spécifique *de financement de la sécurité sociale* (« LFSS »)¹⁶²⁷, également

¹⁶²² En France, il s'agit de l'article 47, al. 1^{er} de la Constitution de 1958 selon lequel : « Le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique ». L'article 72, par. 1 de la Constitution hellénique de 1975 dispose : « Sont également votées en assemblée plénière, la loi de finances et la loi de règlement, tant de l'État que de la Chambre des députés ». Voir également, l'article 79, par. 1, al. 1^{er} : « La Chambre des députés vote, au cours de sa session ordinaire annuelle, la loi de finances qui détermine les ressources et les charges de l'État pour l'année qui vient ».

¹⁶²³ Il s'agit de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (JORF n°177 du 2 août 2001, p. 12480).

¹⁶²⁴ Issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le nouvel article 47, par. 2 de la Constitution de 1958 énonce que : « La Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du Gouvernement. Elle assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la sécurité sociale ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques. Par ses rapports publics, elle contribue à l'information des citoyens ».

¹⁶²⁵ Article 98, par. 1., al. 1 : « De la compétence de la Cour des Comptes relèvent notamment : Le contrôle des dépenses de l'État, ainsi que des collectivités territoriales ou des autres personnes morales de droit public qui sont chaque fois placées sous ce contrôle par des lois spéciales ».

¹⁶²⁶ Article 79, par. 8 : « Les programmes de développement économique et social sont approuvés par l'assemblée plénière de la Chambre des députés, ainsi qu'il est prévu par la loi ». Article 80, par. 1 : « 1. Un traitement, pension, allocation ou gratification n'est inscrit à la loi de finances de l'État, ni n'est accordé qu'en vertu d'une loi organique ou d'une autre loi spéciale ».

¹⁶²⁷ Depuis la loi constitutionnelle du 22 février 1996, l'article 34 de la Constitution énonce que : « Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique ». Article 47-1 : « Le Parlement vote les projets de loi de financement de la sécurité sociale dans les conditions prévues par une loi organique ».

votée annuellement, prévoit les dépenses de la plupart des services publics sociaux¹⁶²⁸. Consacrée à l'article 34 de la Constitution, la loi de financement de la sécurité sociale détermine plus précisément les conditions permettant *l'équilibre financier de la sécurité sociale* et fixe des objectifs de dépenses en fonction des prévisions de recettes¹⁶²⁹. La réforme de 1996 a été jugée nécessaire, afin de permettre au Parlement d'intervenir davantage dans la détermination des dépenses et des recettes du système de sécurité sociale, laissant ainsi une moindre autonomie financière aux organismes prestataires¹⁶³⁰.

991. En France, tant la *loi de finances* que la *loi de financement de la sécurité sociale* ont introduit une politique d'« objectifs-résultats » et des prévisions pluriannuelles à l'égard de l'*Administration*. Les lois de finances déterminent des missions de nature interministérielle et des programmes ministériels auxquels sont attachés des objectifs chiffrés. Il revient ensuite à l'Administration d'adapter aux objectifs la prestation des services publics sociaux pour répondre aux attentes budgétaires¹⁶³¹. A cet égard, l'étude des lois de finances permet de constater l'établissement de liens étroits entre les services publics sociaux et les finances publiques¹⁶³². La même remarque est pertinente en ce qui concerne la Grèce. Le vote de la loi budgétaire par le Parlement avec une prévision stricte de budget social vise la maîtrise des dépenses ainsi que la *viabilité* des services publics sociaux¹⁶³³. Dans cette perspective, la

¹⁶²⁸ C'est aussi le terme d'« administrations de sécurité sociale » (ASSO) qui est employé en ce sens. Elles regroupent l'ensemble des régimes de sécurité sociale (régimes généraux et régimes spéciaux), les hôpitaux ainsi que les régimes de retraite complémentaire et l'assurance chômage. Voir l'ordonnance n° 96-344 du 24 avril 1996 portant mesures relatives à l'organisation de la sécurité sociale (JORF n° 98 du 25 avril 1996, p. 6301)

¹⁶²⁹ Article LO 111-3, par. 1, al. 3 du Code de la sécurité sociale : « La loi de financement de la sécurité sociale de l'année comprend (...) une partie comprenant les dispositions relatives aux recettes et à l'équilibre général pour l'année à venir ». Article L. 114-4-1 du Code de la sécurité sociale : « Chaque année, au plus tard le 1^{er} juin, et en tant que de besoin, le comité rend un avis sur le respect de l'objectif national de dépenses d'assurance maladie pour l'exercice en cours. Il analyse notamment l'impact des mesures conventionnelles et celui des déterminants conjoncturels et structurels des dépenses d'assurance maladie. Il analyse les conditions d'exécution de l'objectif national de dépenses d'assurance maladie pour l'année précédente et le risque qui en résulte pour le respect de l'objectif de l'année en cours ».

¹⁶³⁰ Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, Jean-Jacques DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, op. cit., p. 307. « Le parlement ne pouvait pas continuer de se contenter de voter des textes abstraits sans se préoccuper de leurs incidences financières le budget de la sécurité sociale dépassant largement celui de l'Etat ».

¹⁶³¹ Michel RODRIGUEZ, *Le service public et la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001*, P.U.A.M., 2013, p. 68.

¹⁶³² *Ibidem*. « L'ambition de la LOLF est de trouver un équilibre entre les besoins des services publics, en moyens humains et matériels, et les contraintes économiques et budgétaires imposant une réduction des dépenses. Les lois de finances déterminent des missions découpées en programmes et actions auxquelles sont attribués des objectifs chiffrés. Reste à adapter les services aux attentes budgétaires ».

¹⁶³³ Vanessa BARBE, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative Allemagne, France, Royaume-Uni*, op.cit., p. 297, 298. « Le contrôle budgétaire est donc une occasion d'évaluer les actions du gouvernement dans la mise en œuvre de certaines politiques impliquant des droits fondamentaux ».

pérennité des services publics sociaux est concrétisée dans les deux ordres juridiques par le biais de la maîtrise de leurs dépenses¹⁶³⁴.

992. La question qui se pose, dans un second temps, est celle de savoir dans quelle mesure le législateur a l'obligation de maîtriser les dépenses des *services publics sociaux*. Il s'agit, en particulier, de savoir dans quelle mesure le législateur est obligé de veiller à la *viabilité* des services en question. En France, le Conseil constitutionnel contrôle tant la loi de finances, que la loi de financement de la sécurité sociale. Par opposition à la France, la *constitutionnalité* de la loi budgétaire grecque n'est pas contrôlée en tant que telle à défaut de juridiction constitutionnelle centralisée¹⁶³⁵. Néanmoins, dans le cas d'une *suspension* du financement des services publics sociaux, les juges grecs pourraient contrôler la constitutionnalité des actes administratifs qui l'appliquaient. De ce point de vue, les conditions sont réunies dans les deux Etats pour admettre l'obligation du législateur de maintenir un financement des services publics sociaux¹⁶³⁶. Aucune suspension du financement des services publics sociaux ne pourrait avoir lieu ni en France ni en Grèce, car cela signifierait *l'inconstitutionnalité des lois de finances* au regard du principe de l'Etat social.

993. Le lien établi entre la comptabilité publique et les services publics sociaux n'est cependant *directement* affirmé dans aucun des deux ordres juridiques nationaux étudiés¹⁶³⁷ ; sauf s'agissant de la *sécurité sociale* au regard de laquelle le lien est admis par le biais de la

¹⁶³⁴ Cela est vrai même dans le cas où le Parlement est empêché de voter la loi de finances ou la loi budgétaire. Est ainsi évité un « *shut down* » des services publics sociaux. En France, en cas d'impasse budgétaire, l'article 15 de la loi organique relative aux lois de finances qui règle la question en énonçant que « le Parlement a 70 jours pour voter le budget, cette période dépassée, le gouvernement peut néanmoins par décret, en vertu du principe de continuité de l'État, continuer à financer les *services publics qu'il juge indispensables* à la seule condition de ne pas dépasser les crédits ouverts par la LOLF précédente ». En Grèce, l'article 79, par.5 de la Constitution hellénique dispose : « Si, à cause de la fin de la législature, il n'est pas possible de voter la loi de finances ou la loi spéciale prévue au paragraphe précédent, la validité de la loi de finances de l'année budgétaire terminée ou arrivant à son terme est prolongée de quatre mois par décret édicté sur proposition du Conseil des ministres ».

¹⁶³⁵ La raison en est que la loi des finances en Grèce est une *loi formelle*, c'est-à-dire qu'elle est qualifiée de loi en fonction d'un critère organique (production par le Parlement), par opposition à la *loi matérielle* qui peut aussi désigner des actes administratifs (sur la distinction, voir *intro*, p. 50). Or, en Grèce, les juridictions contrôlent la constitutionnalité des lois formelles seulement s'il existe des actes administratifs qui les concrétisent. Le contrôle de constitutionnalité est incident.

¹⁶³⁶ Voir les travaux préparatoires à la loi constitutionnelle précitée de 1996 (disponibles sur le site de l'Assemblée Nationale) selon lesquels l'établissement des lois de financement de la sécurité sociale contribuera, d'après le Premier ministre Alain Juppé, à assurer l'« *équilibre durable* » de la sécurité sociale. Voir également, Michel RODRIGUEZ, *Le service public et la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001*, *op.cit.*, p. 125, p. 262. « Le droit public financier rénové tend à pérenniser le modèle du service public français ». Il s'agit, d'après la doctrine hellénique, de la manifestation principale de la protection de la sécurité sociale en tant qu'*institution* (Xenofon KONTIADIS, *Le nouveau constitutionnalisme et les droits fondamentaux après la révision de 2001*, *op. cit.*, p. 546. Aggelos STERGIOU, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 159).

¹⁶³⁷ En France, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a inscrit dans l'article 34 de la Constitution « l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques ». Ainsi, le Conseil constitutionnel pourrait contrôler son respect, même si pour l'instant aucune décision n'a censuré une loi de finances pour ce grief malgré les saisines répétées en ce sens.

consécration constitutionnelle de son « équilibre budgétaire ». Il s'agit en France d'un *objectif de valeur constitutionnelle* d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁶³⁸. Il est question en Grèce du *principe de viabilité financière* de la sécurité sociale ou de *protection de son capital financier*¹⁶³⁹. Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique, le principe est consacré comme l'obligation pour le législateur de se fonder pour toute modification concernant la sécurité sociale sur une *étude logistique* qui prévoit les recettes et les dépenses s'y rapportant¹⁶⁴⁰. La consécration constitutionnelle de l'équilibre financier de la sécurité sociale en France et en Grèce est ainsi une manifestation *a contrario* de la garantie de sa pérennité.

994. Cependant, l'obligation de garantir l'équilibre financier de la sécurité sociale étant un *objectif*, cela implique que les juridictions peuvent même s'y appuyer pour limiter le *droit* à la sécurité sociale. Il en va de même en ce qui concerne la *garantie de l'équilibre budgétaire* en général. L'objectif de *maîtrise des dépenses* s'exprime dans la plupart des cas par le biais de l'« intérêt général financier » de l'Etat et sert souvent de fondement à des *restrictions de prestations sociales* dont il convient de préciser le degré permis¹⁶⁴¹. Plus simplement, les prestations sociales peuvent être réduites, mais la *pérennité* des services publics sociaux ne peut jamais être mise en péril. S'il s'agit de contester le caractère public des prestations, les législateurs français et grec auront l'obligation de le financer même en cas de déficit. La *garantie de l'équilibre financier* est censée renforcer la *viabilité* des services publics et non la « menacer ». Cela peut être admis seulement dans la mesure où l'équilibre financier n'est pas *strict*, dans le sens de devoir être respecté même s'il est mis fin au financement des *services publics constitutionnels*.

¹⁶³⁸ Décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997 selon laquelle « l'objectif de l'équilibre financier de la Sécurité sociale est un objectif de valeur constitutionnelle ». Dans sa décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, le Conseil constitutionnel a considéré qu'il appartient « au législateur de concilier, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, les exigences de valeur constitutionnelle qui s'attachent tant à la protection de la santé, qui implique la coordination des soins et la prévention des prescriptions inutiles ou dangereuses, qu'à l'équilibre financier de la Sécurité sociale ». Voir aussi la décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001

¹⁶³⁹ CdE, n° 1692/88, n° 731/94, n° 178/1998 selon lesquels est nécessaire la protection du « capital de la sécurité sociale » (« αρχή βιωσιμότητας ή προστασίας ασφαλιστικού κεφαλαίου »). Des doutes subsistent en revanche quant à la valeur constitutionnelle de l'objectif d'équilibre financier de la sécurité sociale. Jusqu'à récemment (et précisément l'arrêt n° 2287/2015) ce principe n'était pas directement admis en tant que principe à valeur constitutionnelle, une situation critiquée par la doctrine hellénique (Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « L'impact des memoranda sur la sécurité sociale », *op. cit.*).

¹⁶⁴⁰ CdE, n° 731 /94 selon lequel toute réforme de la sécurité sociale doit s'accompagner d'une étude logistique des recettes et des dépenses qui garantit l'équilibre. Voir également CdE, n° 14/1996, n°2199/2010.

¹⁶⁴¹ Voir *infra*, p. 442 et s.

995. Cependant, la constitutionnalisation envisageable de la « règle d'or » en France et en Grèce fait émerger de nouvelles questions sur le sujet¹⁶⁴². Il s'agit d'un objectif qui a récemment été introduit dans les deux Etats dans le prolongement d'obligations issues du droit de l'Union¹⁶⁴³. Or, l'hypothèse d'une « règle d'or » de valeur supra-législative pose des questions dans la mesure où ce n'est plus l'équilibre du budget qui est globalement garanti mais l'*interdiction des déficits*. Il s'ensuit que tout financement qui dépasse un certain seuil pourrait être suspendu au regard de l'interdiction. Dans l'hypothèse donc de sa consécration constitutionnelle, il entrerait nécessairement en conflit avec la *pérennité* des services publics sociaux constitutionnels¹⁶⁴⁴.

Après avoir envisagé la maîtrise des dépenses des services publics sociaux en tant que concrétisation de leur pérennité, la question qui se pose alors consiste à se demander dans quelle mesure le législateur pourrait réduire leur financement public.

B - La question d'accès ciblé aux services publics sociaux

996. La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure les services publics sociaux constitutionnels peuvent avoir un caractère *ciblé* et être ainsi destinés seulement à une partie défavorisée de la population. Il convient, tout d'abord, de constater une confusion s'agissant du sens de la prestation ciblée à travers l'exemple des allocations familiales (i), puis de proposer un critère d'interprétation quant à la conformité du ciblage (ii).

¹⁶⁴² Dans aucun des deux Etats, cet objectif n'a pour le moment un caractère constitutionnel. Sur ce sujet, voir : Eric OLIVA, « Les interactions entre saisine parlementaire et contrôle des finances publiques », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, 2015, p. 93. Philippe MARINI, Michel BOUVIER, Jean-Raphaël ALVENTOSA, « L'introduction de la 'règle d'or' budgétaire dans la Constitution », *Constitutions*, n° 1, 2011, p. 23.

¹⁶⁴³ Directive 2011/85/UE du Conseil du 8 novembre 2011 sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres (L 306/41 publiée le 23 novembre 2011). Désormais, en France, la *loi organique* du 17 décembre 2012 (JORF n° 0294 du 18 décembre 2012, p. 19816) énonce la programmation et à la gouvernance des finances publiques impliquant un nouvel ordonnancement des règles financières basé sur la technique de la *programmation pluriannuelle* et sur la définition d'objectifs et d'une trajectoire des finances publiques sur trois ans par le moyen de la loi de programmation des finances publiques. Voir la Décision n° 2012-658 DC du 13 décembre 2012 du Conseil constitutionnel. En Grèce, c'est la loi n° 4270/2014 (JO 143/A publié le 28 juin 2014) qui a transposé ladite directive.

¹⁶⁴⁴ Eric OLIVA, « Les interactions entre saisine parlementaire et contrôle des finances publiques », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* Panagiotis MANTZOUFAS, « La règle d'or constitutionnelle. Solution au problème où encore un obstacle à l'adaptation financière et la protection des droits », in Christina Akrivopoulou, Nikos Papachristos, *L'invitation pour une révision constitutionnelle*, Sakkoulas Athina-Thessaloniki, 2013, p. 123

i - La confusion par rapport au sens de la prestation ciblée : l'exemple des allocations familiales

997. Nous avons précédemment pu mettre en évidence une distinction parmi les *droits sociaux législatifs* entre droits *limités* à certains bénéficiaires et droits *généraux* en considération de leur création législative respective en France et en Grèce¹⁶⁴⁵. Les premiers sont ceux que le législateur réserve au bénéfice des personnes défavorisées (*aide sociale, logement, emploi*), alors que les seconds désignent ceux qui couvrent l'ensemble de la population indépendamment de toute condition spécifique (*enseignement, sécurité sociale, santé*). Dans le prolongement de la distinction, il est possible de considérer que les *services publics sociaux* sont d'*accès ciblé* lorsqu'ils assurent des *droits limités* et d'*accès général* lorsqu'ils assurent des *droits généraux*. Dans le dernier cas, on peut aussi se référer à des services publics d'*accès universel*.

998. Pourtant, une grande partie de la doctrine française¹⁶⁴⁶ et hellénique¹⁶⁴⁷ emploie les mêmes concepts - c'est-à-dire ceux de *prestation générale* ou *universelle* par opposition à *prestation ciblée* - dans un sens inverse. Par le premier terme, elle entend un service public social qui assure des prestations sociales au bénéfice d'individus *défavorisés*. Une telle approche s'explique par le fait que les prestations destinées à cette catégorie de population visent à lutter contre leur exclusion sociale dans une perspective d'*universalité*¹⁶⁴⁸.

999. Cela devient explicite à travers notamment l'exemple de la protection sociale. Dans la plupart des études doctrinales portant sur ce sujet¹⁶⁴⁹, l'étendue du bénéfice de la sécurité sociale aux *non travailleurs* est appréhendée comme une *généralisation* de la prestation. De leur point de vue, le *service public ciblé* désigne les prestations de sécurité sociale réservées aux *travailleurs* et acquiert ainsi un sens inverse de celui retenu dans le cadre de la présente étude. Or, la promotion d'un tel modèle « universel » dans le domaine de la *protection sociale* - ainsi que pour le reste des prestations matérielles - implique plus un modèle adapté à la *précarité* qu'un modèle garantissant le *niveau de vie acquis* des anciens travailleurs. Une telle

¹⁶⁴⁵ Voir *supra*, p. 99 et s.

¹⁶⁴⁶ Voir Romain MARIE, « Vers un basculement du système français de sécurité sociale dans le modèle beveridgien ? », *RDSS*, n° 4, 2011, p. 727.

¹⁶⁴⁷ Aggelos STERGIU, *Les allocations familiales, op.cit.*, p. 16, p.17.

¹⁶⁴⁸ Voir en France la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 (JORF du 5 juillet 1975) tendant à la généralisation de la sécurité sociale. Article 1 : « Un projet de loi prévoyant les conditions d'assujettissement à un régime obligatoire de sécurité sociale de toutes les personnes n'en bénéficiant pas et exclues des dispositions du présent titre devra être déposé au plus tard le 1^{er} janvier 1977 ». En Grèce, une telle tentative a été réalisée par la loi n° 1296/ JO A/128 publié le 12 octobre 1982 qui octroyait des retraites aux personnes privées d'assurance, sans toutefois être qualifiée d'initiative de *généralisation*.

¹⁶⁴⁹ Michel BORGETTO, « La Sécurité sociale à l'épreuve du principe d'universalité », *RDSS*, n° 1, 2016, p. 11. Maryse BEDEL, « La Sécurité sociale a 70 ans. Vive l'universalisation ! », *Droit social*, n° 3, 2016, p. 263.

signification de l'*universalité* des prestations tend à légitimer le passage vers un modèle assistanciel de la sécurité sociale. Il se manifeste souvent à travers le conditionnement de l'accès aux prestations à un niveau de ressources.

1000. La confusion autour du sens de la *prestation ciblée* et de ses répercussions est devenue manifeste dans le cas particulier des *allocations familiales*. Parmi toutes les prestations matérielles auxquelles le principe de l'Etat social garantit le caractère inabrogeable, les allocations familiales ont suscité les plus grands débats quant au sujet du *ciblage*. Dans les deux Etats¹⁶⁵⁰, les allocations familiales ont été créés en tant que prestations matérielles réservées aux *travailleurs*, relevant ainsi de la sécurité sociale et non de l'aide sociale. Ensuite, elles ont été entendues également aux *non travailleurs* en France¹⁶⁵¹ et en Grèce¹⁶⁵².

1001. Les allocations familiales font aujourd'hui de plus en plus l'objet de *démarches restrictives* de la part des législateurs français et grec qui visent à limiter le cercle de leurs bénéficiaires par le biais de conditions de ressources. En France, la première initiative réductrice a eu lieu en 1998, lorsqu'un plafond de ressources a été introduit pour restreindre le montant de l'impôt sur le revenu en fonction du nombre d'enfants (« quotient familial »)¹⁶⁵³. Elle a été achevée en 2014, lorsqu'une condition de ressources a été imposée pour la plupart des allocations familiales¹⁶⁵⁴. En Grèce également, deux lois ont unifié les allocations familiales existantes en imposant parallèlement pour la première fois une condition de ressources¹⁶⁵⁵. Une

¹⁶⁵⁰ Voir *supra*, note de bas de page n° 1602, n° 1651.

¹⁶⁵¹ À la suite de la création des allocations familiales en France par une loi de 1932, le décret-loi du 29 juillet 1939 (JORF du 30 juillet 1939, p. 9607) a étendu le bénéfice des allocations familiales à l'ensemble de la population active, salariée ou non, de même qu'aux personnes en inactivité forcée pour cause de maladie ou de chômage. Avec la loi précitée du 4 juillet 1975, l'octroi des allocations familiales a été définitivement déconnecté de la qualité de travailleur.

¹⁶⁵² La loi n° 3868/1958 avait créé les allocations familiales au bénéfice des travailleurs salariés. Celles-ci se distinguaient, toutefois, des allocations accordées aux familles nombreuses, dont la plupart était fournie par la Caisse des Assurances de l'Agriculture (OGA) notamment avec la loi 1892 /1990, JO A 101 / 31-7-1990.

¹⁶⁵³ En juin 1997, le gouvernement avait annoncé la mise sous condition de ressources des allocations familiales. Cependant, face à une forte contestation, la mesure a été remplacée par une réforme du quotient familial. Loi de finances pour 1998, n° 97-1269 du 30 décembre 1997 (JORF n° 303 du 31 décembre 1997, p.19261).

¹⁶⁵⁴ Loi de financement de la sécurité sociale pour 2015, n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 (JORF n°0297 du 24 décembre 2014, p. 21748). Désormais, dans des conditions fixées par décret et au plus tard le 1^{er} juillet 2015, tous les ménages ayant au moins deux enfants à charge percevront des allocations familiales dont le montant mensuel sera modulé en fonction du niveau des ressources et du nombre d'enfants.

¹⁶⁵⁵ La même démarche a été suivie par le législateur en Grèce, initialement par la loi n° 4141/2013 (JO A/81 publié le 5 avril 2013). Cette loi, intitulée « Moyens d'investissement pour le développement, octroi des garanties et d'autres dispositions », concrétisait en réalité des obligations issues du Mémoire. Sur l'orientation des politiques familiales vers un modèle minimal et ciblé au niveau supranational, voir le guide de l'OCDE sur ses propositions pour la sécurité sociale en Grèce : *Greece: Reform of Social Welfare Programmes*, OCDE publishing, 22 août 2013, p. 200, disponible en ligne sur oecd-ilibrary.org.

loi récente de 2018 a achevé la réforme des allocations familiales en étendant cette condition stricte à l'ensemble des prestations au bénéfice des familles¹⁶⁵⁶.

1002. Le Conseil d'Etat hellénique ne s'est pas prononcé sur le sujet, alors que deux décisions du Conseil constitutionnel français ont confirmé la constitutionnalité du ciblage des allocations. Dans une première décision en date de 1997¹⁶⁵⁷, le juge constitutionnel a ainsi jugé que le Préambule de la Constitution de 1946 ne garantit pas « l'universalité des allocations familiales » et qu'en conséquence l'imposition de conditions de ressources est permise. La décision constitutionnelle de 2015 s'inscrit dans la continuité de celle de 1997¹⁶⁵⁸.

1003. Le raisonnement du juge constitutionnel en 1997 présente un intérêt plus fort au regard de notre objet de recherche. D'après les considérants de la décision, c'est parce que les allocations familiales ont été créées par les constituants comme des allocations dépendant du *statut des travailleurs* que leur « universalité » n'est pas un principe fondamental reconnu des lois de la République¹⁶⁵⁹. Selon le raisonnement du juge constitutionnel français, l'approche historique du droit constitutionnel à la sécurité sociale ne permet pas d'en dégager son « universalité », les allocations familiales ayant été *ciblées* dès leur création. Le juge constitutionnel a donc employé le terme « universalité » *dans le sens inverse* que celui de notre étude qui considère une prestation *générale /universelle* à partir du moment où il n'y a aucune condition de ressources.

1004. Une telle confusion quant au sens exact des *prestations générales* et *ciblées* pose interrogation. La raison en est que les lois qui imposent des critères de revenus ont un impact sur l'étendue du *financement accordé* aux services publics, ainsi que sur la nature des prestations concernées. Par exemple, les allocations familiales deviennent désormais des

¹⁶⁵⁶ Loi n° 4512/2018, JO A'5 publié le 17 janvier 2018. Désormais, il n'existe qu'une seule allocation familiale octroyée en fonction de conditions de ressources.

¹⁶⁵⁷ Décision n° 97-393 du 18 décembre 1997. Considérant n° 29 : « Considérant que la législation républicaine intervenue avant l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé, à partir des années 1930, le devoir de la collectivité de protéger la cellule familiale et d'apporter, dans l'intérêt de l'enfant, un soutien matériel aux familles, en particulier aux familles nombreuses ; que, cependant, *cette législation n'a jamais conféré un caractère absolu au principe selon lequel cette aide devrait être universelle* et concerner toutes les familles ». Il s'ensuit que l'inconditionnalité des allocations familiales n'était pas protégée au regard du Préambule de la Constitution de 1946.

¹⁶⁵⁸ Décision n° 2014-706 DC du 18 décembre 2014. Selon les juges constitutionnels, la nouvelle mesure n'est pas contraire ni au principe d'égalité ni au droit constitutionnel à la protection sociale (al. 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946).

¹⁶⁵⁹ Considérant 29 de la décision « allocations familiales » de 1997 : « l'ordonnance du Gouvernement provisoire de la République française du 4 octobre 1945, portant organisation de la sécurité sociale, de même que la loi du 22 août 1946, fixant le régime des prestations familiales, ont *subordonné au rattachement à une activité professionnelle* le bénéfice des allocations familiales ; qu'ainsi l'attribution d'allocations familiales à toutes les familles, quelle que soit leur situation, ne peut être regardée comme figurant au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République mentionnés par le Préambule de la Constitution de 1946 ».

prestations assistancielles réservées à une partie défavorisée de la population et non à l'ensemble des individus. Il s'agit, en ce sens, d'une deuxième manifestation d'un processus de *substitution de l'aide sociale à la sécurité sociale* en principe interdite au regard du principe constitutionnel de l'Etat social, qui s'ajoute par conséquent à celle déjà signalée au regard de l'allocation-chômage en France¹⁶⁶⁰.

1005. Le constat précédent nous conduit à nous interroger : dans quelle mesure le législateur pourrait-il cibler également les retraites ou l'enseignement de la même manière ? Dans l'hypothèse de leur octroi sous conditions de ressources, il ne s'agirait plus de services publics constitutionnels qui s'adressent à tout individu, mais de services visant à réduire l'exclusion sociale et la pauvreté. La réorientation des politiques sociales comporte selon certains auteurs un « risque de fragmentation » de l'Etat social à travers l'exclusion d'individus disposant de revenus moyens¹⁶⁶¹. L'Etat social serait dans cette hypothèse transformé en « Etat providence » ; il ne sera plus un Etat fournisseur de prestations mais un Etat qui comble les lacunes de l'initiative privée en ce domaine. Face à la confusion née de l'expression de prestation *ciblée*, il importe d'élaborer un critère qui nous permettra de démontrer dans quels cas la technique du ciblage devrait être considérée inconstitutionnelle.

ii - La proposition d'un critère de conformité du ciblage des prestations

1006. Distinguer les *prestations générales ou universelles* des *prestations ciblées* exige à nouveau le recours à une approche historique de *l'objectif-fondement* du principe de l'Etat social qui est le fondement de la *pérennité* des services publics sociaux. Du point de vue de notre étude, l'objectif-fondement ne rend pas seulement les prestations matérielles *inabrogeables* à l'égard du législateur, mais lui impose aussi de financer certaines d'entre elles au bénéfice *de tous les individus* indépendamment de leurs revenus. Il convient, en particulier, de déterminer les *limites constitutionnelles* à la restriction de l'*universalité* de l'accès aux services publics sociaux en tenant compte du contexte historique de 1958 en France et de 2001 en Grèce.

¹⁶⁶⁰ Voir *supra*, p. 399. Les récentes évolutions de l'assurance-chômage en France ont à nouveau alimenté les discussions autour de ce que signifie l'« universalité » d'une prestation. [La loi pour la liberté pour choisir son avenir professionnel](#) énonce l'« universalité » de l'assurance chômage à travers la couverture des professions libérales, en même temps qu'elle fait perdre justement à cette branche de la sécurité sociale son caractère « assurantiel ». Lire sur ce sujet Lola ISIDRO, « L'universalité en droit de la protection sociale », *Droit social*, n° 4, 2018, p. 378 selon laquelle « l'universalisation » des prestations va de pair avec une uniformisation réductrice des prestations. Il s'agit toujours d'une « universalisation vers le bas ».

¹⁶⁶¹ Francis KESSLER, « Le ciblage des allocations familiales est constitutionnel en son principe », *Constitutions*, n° 1, 2015, p. 92.

1007. Par le biais d'une *interprétation historique* du principe constitutionnel de l'Etat social, il est possible de distinguer *trois catégories* principales de prestations matérielles inabrogeables de l'Etat social. Une *première* catégorie, la catégorie de *prestations ciblées*, comprend celles de *l'aide sociale*, du *logement* et de *l'emploi* en France et en Grèce. Dès leur création, les prestations en question étaient destinées à une partie défavorisée de la population de la même manière qu'elles le sont aujourd'hui¹⁶⁶². Le législateur, en subordonnant l'octroi de ces prestations à différentes conditions - notamment de ressources ou de chômage de longue durée - pratiquait dès le début une *sélection* de leurs bénéficiaires. Il s'ensuit que les services publics sociaux concernés n'ont jamais été des services publics d'accès général, mais qu'au contraire ils excluaient la plus grande partie de la population.

1008. En revanche, la *deuxième* catégorie de services publics sociaux ne se caractérise pas par une sélection de leurs bénéficiaires. Il s'agit, au contraire, de prestations matérielles octroyées d'une manière *obligatoire* à l'ensemble de la population¹⁶⁶³. De tels *services publics obligatoires* implique une *interdiction de sélection* et, dès lors, l'*universalité* des prestations comprises dans la seconde catégorie¹⁶⁶⁴. Tel est le cas, notamment, en France¹⁶⁶⁵ et en Grèce¹⁶⁶⁶, de *l'enseignement scolaire obligatoire* pour tous les *mineurs*. En outre, tant en France¹⁶⁶⁷ qu'en Grèce¹⁶⁶⁸, le *service public de la santé* étant aussi *obligatoire* pour les patients *en situation d'urgence*, le refus de soins de la part des médecins est dans ce cas pénalisé.

1009. Tel est le cas également de la *sécurité sociale de base* qui était dès le début *obligatoire* pour tous les *travailleurs*. Sont concernées, en particulier, les retraites et l'assurance-maladie en France et en Grèce¹⁶⁶⁹. Cela n'est pas certain s'agissant de *sécurité sociale complémentaire* :

¹⁶⁶² Il s'agit de prestations qui n'étaient jamais créées au bénéfice de toute la population. Voir *supra*, p. 107 et s.

¹⁶⁶³ Voir *supra*, p. 96.

¹⁶⁶⁴ Aggelos STERGIOU, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 163.

¹⁶⁶⁵ Loi du 28 mars 1882 sur l'instruction obligatoire (loi Ferry, JO du 29 mars 1882) jusqu'à treize ans. Ensuite, la loi du 9 août 1936 (JORF du 13 août 1936, p. 8706) prévoit l'instruction obligatoire jusqu'à quatorze ans.

¹⁶⁶⁶ C'est notamment le décret législatif n° 4379/1964 (JO A/182, 24-10-1964) qui accentua le caractère obligatoire de l'enseignement primaire.

¹⁶⁶⁷ En effet, les patients dépourvus d'assurance-maladie (car pour les assurés les dépenses de santé étaient prises en charge) mais en situation d'urgence devaient être obligatoirement traités par des médecins en France et en Grèce. Aujourd'hui l'article 47 du Code de déontologie médicale énonce que : « Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles ». Même s'il s'agit d'une disposition relativement récente, la responsabilité des médecins en cette matière date depuis longtemps au regard du Code pénal et du refus d'assister la personne en danger. En effet, depuis 1891 la Cour de cassation juge que les dispositions du Code pénal prévoyant ces infractions sont générales et s'appliquent à toutes les professions, y compris celle de médecin (Cour de Cassation, chambre criminelle, 28 mai 1891, Bull. n° 210).

¹⁶⁶⁸ En Grèce, la loi n° 1565/1939 (JO A/16) a pénalisé le refus de soins urgents de la part des médecins.

¹⁶⁶⁹ En France, l'ordonnance de 1945 établissant la sécurité sociale énonce son caractère obligatoire contre les risques vieillesse, maladie, maternité, accidents du travail. Voir *supra* note de bas de page n° 1600. En Grèce, la loi de 1951 a établi la sécurité sociale d'une manière obligatoire. Voir *supra* note de bas de page n° 1601.

d'une part, les *retraites complémentaires* n'étaient pas *obligatoires* pour tous les travailleurs ni dans l'ordre juridique français¹⁶⁷⁰ ni dans l'ordre juridique hellénique¹⁶⁷¹ ; d'autre part, cela n'est pas certain s'agissant de *l'assurance-maladie complémentaire* en France¹⁶⁷², dont le caractère obligatoire n'a été affirmé que récemment par le législateur¹⁶⁷³. S'agissant, ensuite, des différentes allocations liées à la sécurité sociale, les *allocations familiales* étaient aussi obligatoires dès leur création pour tous les travailleurs en France et en Grèce¹⁶⁷⁴. Il en va de même de l'assurance-chômage dans les deux ordres juridiques ici examinés¹⁶⁷⁵. Il en résulte que pour les services publics sociaux appartenant à cette catégorie, le *ciblage* est interdit. Il s'agit d'un constat qui rend problématiques les initiatives législatives récentes au regard des allocations familiales¹⁶⁷⁶.

1010. Enfin, une troisième catégorie de prestations matérielles existe, qui n'est *ni obligatoire* comme la seconde *ni sélective* comme la première. L'accès aux prestations matérielles relevant de la troisième et dernière catégorie est *libre* pour tous ceux qui souhaitent en bénéficier. Il s'agit de services publics *d'accès potentiellement général* à partir du moment où les prestations ne sont pas *ciblées* au bénéfice des individus défavorisés. Tel est le cas de la *sécurité sociale complémentaire* en France et en Grèce qui, à l'origine, n'a pas été créée en tant que prestation matérielle obligatoire pour l'ensemble de la population active¹⁶⁷⁷. Les individus qui souhaitaient y accéder le faisaient *librement* dans l'objectif de compléter leur sécurité sociale

¹⁶⁷⁰ En France, la convention collective créant l'AGIRC établit un système de retraites obligatoires pour les cadres, c'est-à-dire que la convention s'appliquait obligatoirement aux entreprises appartenant à toutes les branches professionnelles. L'ARRCO établie en 1961 a suivi le même modèle pour les non cadres. Enfin, la loi n° 72-1223 du 29 décembre 1972 (JORF 30 décembre 1972 p.13781) a étendu à tout le secteur privé l'obligation de cotiser à un régime complémentaire de retraite.

¹⁶⁷¹ En Grèce, dès le début les retraites complémentaires étaient obligatoires (voir loi n° 997/1979). Leur caractère obligatoire a été affirmé par la loi n° 2084/1992 (JO A/165 publié le 7 octobre 1992). Cependant, leur caractère obligatoire concernait seulement *certain*s régimes et non l'ensemble de la population active à l'instar de la sécurité sociale *de base*.

¹⁶⁷² La création de la sécurité sociale en octobre 1945 organise l'action des mutuelles en coopération avec les assurances sociales devenues obligatoires pour les travailleurs. Certaines mutuelles gèrent le régime obligatoire préexistant, tel celui des fonctionnaires (loi Morice du 9 avril 1947 pour les fonctionnaires, (JORF du 10 avril 1947, p. 3334), ou créé ultérieurement (régime des étudiants en 1948). Mais la mutuelle est devenue obligatoire récemment, avec la loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016 (JORF du 22 décembre 2015, p. 23635). Depuis le 1^{er} janvier 2016, chaque entreprise du secteur privé est dans l'obligation de proposer une complémentaire santé à tous ses salariés.

¹⁶⁷³ Voir *infra*, p. 428.

¹⁶⁷⁴ Il s'agit de la loi du 11 mars 1932 en France rendant obligatoire l'affiliation aux caisses d'allocations familiales. En Grèce, il en va de même avec le décret législatif n° 3868/58.

¹⁶⁷⁵ En France, l'affiliation à l'assurance chômage est obligatoire depuis l'accord du 31 décembre 1958 qui l'a créée. En Grèce, il en va de même depuis l'institution de la caisse d'assurance chômage (OAED) par le décret n° 2961/1954.

¹⁶⁷⁶ Voir *supra*, p. 406.

¹⁶⁷⁷ Voir *supra*, p. 397.

de base. L'exemple le plus caractéristique de cette dernière catégorie de prestations matérielles est celui de *l'enseignement universitaire* qui n'est ni obligatoire ni sélectif.

1011. En France, le *principe de non-sélection* de l'enseignement universitaire était déjà consacré par une loi en 1958¹⁶⁷⁸. Or, une polémique a récemment émergé portant sur la « sélection » des candidats du deuxième cycle d'enseignement universitaire promue par le législateur en 2016¹⁶⁷⁹. Toutefois, du point de vue de notre étude, l'accès à une prestation matérielle peut être considérée comme étant *libre* même en présence de certains critères de sélection minimale, à la condition que ceux-ci ne visent pas une partie défavorisée de la population. Un choix en fonction du dossier de l'étudiant ou de la réussite à un concours ne peuvent être considérés comme constituant de tels *critères sélectifs*. En Grèce, où l'entrée à l'université se fait sur *concours* depuis la création de l'enseignement universitaire¹⁶⁸⁰, l'accès aux universités est considéré comme *libre*. La réussite à ce concours est, d'après le raisonnement des juges du Conseil d'Etat hellénique, une *épreuve objective* visant à évaluer les capacités des futurs étudiants et constitue, dès lors, une condition constitutionnellement valide d'accès à la prestation¹⁶⁸¹.

Conclusion du § 2 :

1012. *L'objectif-fondement* du principe de l'Etat social constitue la limite à la suppression des *services publics sociaux constitutionnels* et, dès lors, le fondement de leur *pérennité*. Au regard de cette acception, il est possible d'identifier à travers le prisme d'une *approche historique* les prestations matérielles *inabrogeables* de l'Etat social en France et en Grèce : l'enseignement scolaire et universitaire, la sécurité sociale de base et complémentaire, les soins de santé pour

¹⁶⁷⁸ Le refus de toute sélection à l'entrée dans l'enseignement supérieur est l'un des piliers sur lesquels repose le système éducatif français. C'était le décret impérial du 17 mars 1808 portant organisation de l'Université qui donnait accès de plein droit à l'enseignement supérieur. La loi n°68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur (JORF du 13 novembre 1968 p. 10579) a maintenu le principe de non sélection à l'université.

¹⁶⁷⁹ Loi n° 2016-1828 du 23 décembre 2016 portant adaptation du deuxième cycle de l'enseignement supérieur français au système Licence-Master-Doctorat (JORF n°0299 du 24 décembre 2016). Désormais le législateur exige pour l'inscription en master le double consentement de l'université et de l'étudiant concernés. Saisi d'une demande d'avis par le TA d'Orléans, le Conseil d'Etat a unifié la jurisprudence par son arrêt CE,10 février 2016, n° 394594 où il admet que l'admission à une formation de deuxième cycle au terme de laquelle est délivré le grade de master ne peut dépendre des capacités d'accueil d'un établissement ou être subordonnée au succès à un concours ou à l'examen du dossier des candidats, sauf à certaines exceptions. Voir sur cette question : Marie-Christine DE MONTECLER, « Un "compromis historique" pour la réforme du master », *AJDA*, n° 33, 2016, p. 1836. André LEGRAND, « Entrée en master : vraie ou fausse sélection ? », *AJDA*, n° 10, 2017, p. 570.

¹⁶⁸⁰ Initialement, la loi n° 2905/1922 (JO A/127/1927) établissait comme condition d'entrée à l'université seulement la possession du baccalauréat. Puis la loi n° 4379/1964 a prévu pour la première fois une sélection par le biais d'un concours d'entrée.

¹⁶⁸¹ CdE, n° 673/1987, n° 3140/1980. Dans ces arrêts, la haute juridiction administrative appréhende le concours d'entrée à l'université en tant que *critère objectif* qui permet de constater le niveau des étudiants qui est conforme au droit à l'enseignement.

les assurés et les non assurés, l'emploi, le logement social et les *minima vieillesse* complétant les retraites. L'aide sociale n'est pas du point de vue de notre étude une *prestation inabrogeable* mais une prestation créée ultérieurement comme un *élément subsidiaire* de la sécurité sociale qui ne peut se substituer à la dernière.

1013. Le législateur a l'obligation de veiller à la *pérennité* des services publics constitutionnels à travers leur financement. L'interdiction de suspendre leur financement n'est pas directement consacrée par les dispositions constitutionnelles mais résulte indirectement de l'objectif-fondement. Elle se concrétise par l'obligation de *maîtrise des dépenses sociales* qui pèse sur le législateur en France comme en Grèce.

1014. Au-delà de la détermination des prestations matérielles inabrogeables, il importe aussi de définir l'*étendue du financement* qui leur est accordé selon le cas. Certains services publics sociaux ne peuvent perdre leur caractère de services d'accès *général ou universel*. Se pose alors la question du critère pertinent pour leur identification. Par le biais de l'interprétation historique des objectifs-fondements, il convient de déterminer dans quelle mesure les prestations matérielles ont été octroyées *dès leur création* en fonction de *condition des ressources*. Il s'ensuit que seuls les services publics sociaux de l'emploi, du logement social et de l'aide sociale impliquent des prestations ciblées en fonction de conditions de ressources. Ceux-ci se différencient ainsi des services publics d'accès *obligatoire* (enseignement scolaire, soins urgents de santé, sécurité sociale) ou *libre* (assurance-maladie complémentaire, enseignement universitaire).

Conclusion de la 1^{re} section :

1015. Considérant les fondements des services publics sociaux constitutionnels, il convient d'en exclure la *souveraineté étatique* et les *droits sociaux constitutionnels*. Les services publics sociaux ne sont pas *constitutifs* de la souveraineté, ni *indissociables* des droits sociaux constitutionnels. Le recours à l'*objectif-fondement* du principe de l'Etat social permet, en revanche, d'identifier le fondement de la *pérennité* des services publics sociaux.

1016. Non seulement le législateur doit garantir cette dernière à travers le financement des services publics sociaux, mais il doit aussi assurer dans certains cas leur *universalité*. Seules peuvent être exemptées de l'interdiction de *condition des ressources* les prestations qui étaient dès leur création *ciblées*. Le fait que le législateur ne puisse se décharger du financement des services publics sociaux constitutionnels nous invite à examiner une nouvelle piste portant sur la question de leur *gratuité*.

Section 2 - La question de la gratuité des services publics sociaux

1017. S'il est certain que le législateur doit financer les services publics sociaux constitutionnels afin de ne pas mettre en péril leur existence, le niveau exact d'un tel financement reste toutefois incertain. On touche ici à la question de la *gratuité* des services publics sociaux sachant que, d'une manière générale, ceux-ci sont considérés comme étant gratuits quand ils sont financés *entièrement ou partiellement* par l'impôt¹⁶⁸². Il s'agit alors de nous demander dans quelle mesure le financement public peut être réduit et contrebalancé par des contributions versées par les usagers.

1018. Puisque les services publics sociaux reposent pour l'essentiel sur un financement de l'Etat, ils cessent d'être gratuits lorsque le législateur diminue leur financement et que la charge financière pèse sur les individus. Le recul peut se manifester par le biais d'une contrepartie financière. Dans ce cas de figure, l'individu paye deux fois pour la même prestation : une première à travers l'impôt et une autre à travers les « frais » imposés. Tel est, par exemple, le cas des frais relatifs à *l'enseignement universitaire* en France et en Grèce. Il en va de même lorsque le financement *partiel* de la part de l'Etat cesse et que les individus doivent alors supporter seuls la charge financière des services publics sociaux par le biais de leurs *cotisations sociales*. C'est ici la *sécurité sociale* qui est concernée et le renforcement de son élément de *contributivité*¹⁶⁸³.

Le sujet de la gratuité des services publics sociaux sera ainsi examiné à travers l'étude de ces deux cas de figure : l'imposition de frais de scolarité pour l'enseignement universitaire (1) et le renforcement de la contributivité au regard de la sécurité sociale (2).

§ 1 - L'imposition de frais de scolarité pour l'enseignement universitaire

1019. Des frais de scolarité pour l'enseignement universitaire ont été imposés récemment en France et en Grèce. Il convient, dans un premier temps, de présenter la démarche de relativisation de gratuité dans les deux Etats (A), avant de nous interroger sur la constitutionnalité des mesures prises (B).

¹⁶⁸² Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Claudie BOITEAU, Clotilde DEFFIGIER, *Droit des services publics, op. cit.*, p. 617, 618. Il s'agit, selon les auteurs, du fait que l'administré ne paie pas « deux fois » pour une prestation, c'est-à-dire une première fois à travers l'impôt ou les cotisations et une seconde à travers une contrepartie directe à la prestation accordée.

¹⁶⁸³ Par contributivité, on a entendu au titre précédent (voir *supra*, p. 106) cette propriété de toute prestation de sécurité sociale qui implique un rapport entre les cotisations versées par des travailleurs et les prestations attribuées.

A - La relativisation de la gratuité de l'enseignement universitaire en France et en Grèce

1020. Notons, tout d'abord, que la question de la gratuité de l'enseignement universitaire se présente de manière différente dans les deux Etats analysés : elle concerne tous les cycles de l'enseignement universitaire en France mais seulement les programmes de master en Grèce. Se pose alors la question de l'imposition de frais de scolarité à tous les niveaux universitaires en France (i) et au niveau du master en Grèce (ii).

i - L'imposition de frais de scolarité à tous les niveaux de l'enseignement universitaire en France

1021. L'enseignement universitaire en France n'est pas totalement gratuit, fait qui contraste avec la gratuité absolue de l'enseignement scolaire¹⁶⁸⁴. Depuis une loi de 1951¹⁶⁸⁵, les diplômes nationaux sont effectivement assujettis à des *frais d'inscription* fixés par un arrêté ministériel chaque année. Or, selon la doctrine majoritaire française¹⁶⁸⁶, la loi porte atteinte à l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946 qui énonce l'« égal accès à tous les degrés de l'enseignement ».

1022. La constitutionnalité de la loi en question n'a cependant jamais été contrôlée par le juge constitutionnel qui n'a pas été saisi de cette question. Pour sa part, le Conseil d'Etat français a refusé de contrôler sa constitutionnalité en faisant application de la *théorie de la loi-écran*¹⁶⁸⁷. Dans son arrêt *Conseil transitoire de la faculté des lettres et des sciences humaines*¹⁶⁸⁸, le juge administratif a en effet rejeté une requête tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté fixant le montant des droits de scolarité dans les établissements d'enseignement supérieur, en considérant inopérant le moyen tiré du Préambule de la Constitution.

1023. Néanmoins, même si le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur le sujet des frais d'inscription, il l'a fait au sujet des rémunérations pour des services rendus en sus des derniers. Connus comme « droits complémentaires », ces charges spécifiques se distinguent des « droits

¹⁶⁸⁴ Il s'agit de la loi du 16 juin 1881 établissant la gratuité absolue dans les écoles publiques (JORF du 17 juin 1881, p. 3313). Le principe de la gratuité de l'enseignement primaire est également affirmé par une jurisprudence constante du Conseil d'Etat (Voir notamment CE, 9 novembre 1990, n° 56049, *Commune de Compiègne*). Sur ce sujet, voir Basile TOULEMONDE, *Le système éducatif en France*, la Documentation Française, 2003.

¹⁶⁸⁵ Il s'agit de la loi de finances n° 51-598 du 24 mai 1951, JORF du 26 mai 1951, p. 5467.

¹⁶⁸⁶ Pierre ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public, op. cit.*, p. 182. François LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés, op. cit.*, p. 314.

¹⁶⁸⁷ Dès lors que ce décret trouvait un fondement dans la loi, le juge a estimé que le moyen tiré d'une violation du principe de gratuité posé par le Préambule de la Constitution de 1946 était inopérant. Voir sur la théorie dite de la « loi-écran », *intro*, p. 50.

¹⁶⁸⁸ CE, ass., 28 janvier 1972, n° 79200, *Conseil transitoire de la Faculté des lettres et des sciences humaines de Paris*.

d'inscription »¹⁶⁸⁹. D'après la jurisprudence de la haute juridiction administrative¹⁶⁹⁰, les frais supplémentaires sont *facultatifs* par opposition aux frais d'inscription qui sont *obligatoires* et *forfaitaires*. Par ailleurs, toute rémunération correspondant à une prestation normalement assurée par le service public sans contrepartie relève de la seule compétence ministérielle et non de celle des universités¹⁶⁹¹. Il s'agit d'une jurisprudence du Conseil d'Etat français qui implique, selon la doctrine française¹⁶⁹², une approche restrictive de la rémunération des services de l'enseignement universitaire.

1024. A partir du moment où des frais de scolarité sont imposés dans l'enseignement universitaire en France, la question essentielle qui se pose est celle de leur *montant* exact. Il est évident qu'afin que le principe de gratuité de l'enseignement ne soit pas totalement remis en cause, les droits d'inscription ne doivent être *particulièrement élevés*¹⁶⁹³. La question revêt une importance particulière dans l'ordre juridique français où l'enseignement supérieur n'est pas seulement assuré par des universités, mais également par des *grandes écoles publiques et consulaires*¹⁶⁹⁴ qui exigent souvent des frais d'inscription largement supérieurs à ceux des universités publiques¹⁶⁹⁵. Il en est de même des *grandes écoles privées* dont les tarifs sont souvent très élevés.

1025. La problématique est de plus en plus prégnante depuis la loi « SRU » de 2010¹⁶⁹⁶ qui a visé une ouverture minimale des établissements français d'enseignement supérieur au principe de la concurrence et a ainsi permis pour la première fois leur *financement privé*. Il s'agit ainsi d'une loi qui a créé un cadre plus incitatif pour les aides financières provenant des entreprises. La démarche s'inscrit dans l'objectif de mobiliser des sources de financement complémentaires aux subventions étatiques dans la perspective d'une plus grande autonomie financière¹⁶⁹⁷, mais

¹⁶⁸⁹ Selon l'article 41 de la loi 84-52 du 26 janvier 1984 (JO du 27 janvier 1984, p. 431), les conseils d'administration des établissements d'enseignement supérieur peuvent imposer le paiement de droits complémentaires correspondant à des « rémunérations de services » (activités sportives et culturelles, accès illimité aux salles informatiques...).

¹⁶⁹⁰ CE, 7 juillet 1993, n° 144310, *Université Pierre-Mendès-France*. « Si les établissements d'enseignement supérieur peuvent percevoir, en sus des droits d'inscription en vue de l'obtention d'un diplôme national, des rémunérations pour services rendus, cette faculté ne leur est offerte qu'à la condition que les prestations correspondantes soient facultatives et clairement identifiées ».

¹⁶⁹¹ CE, 10 décembre 1993, n° 80720, *Université Jean-Moulin-Lyon III contre Mlle Chahinian et autres*.

¹⁶⁹² Rémy SHWARTZ, « Education : une confluence de libertés publiques », *AJDA*, 1998, p. 177.

¹⁶⁹³ *Ibidem*.

¹⁶⁹⁴ Les établissements consulaires ou grandes écoles sont reconnus par l'Etat mais dépendent des chambres de commerce et de l'industrie. Ils fixent leurs propres frais de scolarité.

¹⁶⁹⁵ Pierre-Michel MENGER, Collin MARCHIKA, Danièle HANET, « La concurrence positionnelle dans l'enseignement supérieur. Les grandes écoles de commerce françaises et leur académisation », *Revue économique*, vol. 66, n° 1, 2015, p. 237-288.

¹⁶⁹⁶ Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007, JORF n°0185 du 11 août 2007 p. 13468.

¹⁶⁹⁷ Vincent BOYER, « L'autonomie financière des universités après la loi relative aux libertés et responsabilités des universités », *AJDA*, n° 6, 2010, p. 316.

aussi d'une restriction du financement public. La conséquence en est, toutefois, un risque que les frais d'inscription augmentent dans les établissements qui intéressent moins le secteur privé. La question de la constitutionnalité des frais de scolarité dans l'enseignement supérieur se pose différemment dans l'ordre juridique hellénique.

ii - L'imposition de frais de scolarité au niveau des masters universitaires en Grèce

1026. Par opposition au cas français, l'enseignement universitaire de premier cycle en Grèce est complètement gratuit. Tel n'est cependant pas le cas depuis l'année 2008 des programmes universitaires de *niveau post licence*¹⁶⁹⁸ ; une situation qui pose potentiellement difficulté au regard de l'article 16, paragraphe 4 de la Constitution hellénique disposant que « tous les degrés de l'enseignement sont gratuits »¹⁶⁹⁹. L'opinion majoritaire de la doctrine hellénique sur le sujet considère que la loi de 2008 est *inconstitutionnelle*¹⁷⁰⁰.

1027. La *constitutionnalité* de la loi établissant des frais de scolarité a pourtant été confirmée par le Conseil d'Etat hellénique dans son arrêt n° 2411/2012¹⁷⁰¹ qui présente un double intérêt : premièrement, son raisonnement définit la gratuité de l'enseignement universitaire qui consiste en « l'absence des frais de scolarité, ainsi qu'en l'octroi gratuit des livres universitaires »¹⁷⁰² ; deuxièmement, son dispositif limite la gratuité de l'enseignement universitaire au premier cycle d'études universitaires en écartant ainsi les masters universitaires.

1028. Ces deux éléments sont aujourd'hui à l'origine de fortes polémiques. Dans le premier cas, le problème repose sur le fait que progressivement le législateur grec a pris des mesures pour limiter l'octroi gratuit de livres universitaires. Il a, par exemple, restreint leur nombre ou même imposé des conditions de ressources¹⁷⁰³. Or, dans l'hypothèse où l'octroi gratuit de livres universitaires disparaissait totalement, il serait question d'une méconnaissance de la gratuité telle que définie par le Conseil d'Etat hellénique.

¹⁶⁹⁸ Loi n° 3685/2008, JO A/148 publié le 16 juillet 2008.

¹⁶⁹⁹ Sur le fait que la gratuité est réservée aux « Grecs », voir *supra*, p. 295.

¹⁷⁰⁰ Kostas CHRYSOGONOS, *Droits individuels et sociaux*, *op. cit.*, p. 338. Akritas K Aidatzis, « Le droit à l'enseignement gratuit entre la Constitution et la loi », *Thpdd*, n° 12, 2012, p. 1046. Antonis Argiros, « Enseignement gratuit et master », *No B*, n° 60, 2012, p. 1293. Georgios Gerapetritis, « Frais aux programmes du master : La Constitution face à la réalité », *Sinigoros*, n° 94, 2012, p. 42. (en grec).

¹⁷⁰¹ CdE, n° 2411/2012. Selon cette décision, les dispositions énonçant l'imposition des frais aux masters sont conformes à l'article 16, par. 4 de la Constitution hellénique.

¹⁷⁰² Considérant n° 8.

¹⁷⁰³ Certaines lois ont limité le droit aux livres gratuits, sans toutefois l'éliminer. Loi n° 3549/2007, JORF 69/A publié le 20 mars 2007. Loi 409/2011, JO A/195 publié le 6 septembre 2011.

1029. Néanmoins, c'est le second cas qui nous intéresse davantage en raison notamment de la *méthodologie* employée par les juges du Conseil d'Etat hellénique pour exempter les masters de la garantie de la gratuité. Selon le raisonnement des juges, l'exemption se justifie par le fait que « lors du moment de la consécration constitutionnelle du droit à l'enseignement en 1975, l'existence des programmes de master était très peu répandue et les constituants ne pourraient pas l'avoir pris en compte »¹⁷⁰⁴. Ainsi, si l'on suit ce raisonnement, c'est parce que les constituants n'avaient *pas pris en considération* la présence de programmes d'études post-licence que ceux-ci ne sont pas concernés par la garantie constitutionnelle de la gratuité de l'enseignement.

1030. Il s'agit d'une méthodologie qui semble, à *première vue*, se rapprocher d'une interprétation historique des dispositions constitutionnelles¹⁷⁰⁵. Toutefois, en approfondissant l'analyse de la méthode employée, il convient de constater qu'il s'agit, en réalité, d'une *reconstruction* du sens du droit constitutionnel à l'enseignement d'après des données psychologiques¹⁷⁰⁶. La méthode suivie en l'espèce se différencie ainsi de l'*interprétation originnaire* et ne définit pas le droit à l'enseignement dans le contexte historique de sa consécration constitutionnelle. Elle opère, en revanche, un choix entre *plusieurs significations possibles* de la norme en question en se rapprochant ainsi de méthodes connues sous le nom de « pétrification » ou « originalisme »¹⁷⁰⁷.

1031. Il ne s'agit nullement, dans ce cas de figure, de déterminer les conditions historiques objectives dans lesquelles le droit à l'enseignement a été doté d'un fondement constitutionnel, mais de deviner la volonté des constituants au moment de la consécration constitutionnelle. Dès lors, le raisonnement de l'arrêt veut reconstruire le sens du droit à l'enseignement en 1975¹⁷⁰⁸ mais ignore un paramètre significatif du problème ; le fait qu'au moment de la consécration

¹⁷⁰⁴ Considérant n° 8.

¹⁷⁰⁵ Lina PAPAPOULOU, « De la gratuité dans l'enseignement universitaire aussi ? Commentaires aux trois arrêts : Def Patr 705/2010, CdE 2714/2010, CdE 2411/2012 », *DiA*, n° 55, 2013, p. 169. Antonis KAI DATZIS, « Le droit à l'enseignement gratuit entre la Constitution et la loi », *op. cit.* (en grec).

¹⁷⁰⁶ Georgios GERAPETRITIS, « Frais aux programmes du master : La Constitution face à la réalité », *op.cit.* (en grec).

¹⁷⁰⁷ Otto PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », *op. cit.*. « Ces conceptions sont des théories doctrinales ayant pour objet des données du droit positif et visant un choix à opérer entre plusieurs significations possibles, l'interprétation originnaire n'a pas d'objet normatif car elle vise que l'identification des significations des formulations des normes dans le contexte de leur production. L'interprétation originnaire ne dit évidemment rien, considérée en elle-même, sur le mode des concrétisations prévus par ailleurs dans le système, à moins qu'elle ait précisément pour objet des normes prescrivant comment certaines normes doivent être concrétisées ». Pour plus d'informations sur la théorie de la pétrification ou de l'originalisme, voir : Andras JAKAB, Arthur DYE VRE, Giulio ITZKOVITCH, *Comparative constitutional reasoning*, Cambridge University, 2017, p. 89. Voir également, Apostolos VLACHOXIAGIANNIS, *Les juges de la Cour Suprême des Etats-Unis et la notion de constitution vivante*, Université Panthéon - Assas, 2011.

¹⁷⁰⁸ Akritas KAI DATZIS, « Le droit à l'enseignement gratuit entre la Constitution et la loi », *op.cit.*

constitutionnelle du droit à l'enseignement, des programmes de master existaient déjà¹⁷⁰⁹. Il s'agit d'un élément qui démontre les faiblesses d'une reconstruction de la volonté des constituants et dès lors, le problème d'une telle interprétation *subjective* de la rédaction constitutionnelle.

1032. En tout état de cause, à la suite de l'arrêt en question, dès lors que des frais de scolarité sont désormais courants pour la plupart des programmes de masters, la question principale qui se pose concerne désormais davantage la hauteur permise de leur montant. Les juges du Conseil d'Etat hellénique, par une sorte de « réserve d'interprétation »¹⁷¹⁰, énoncent l'obligation de ne pas demander de frais *d'un tel niveau* qui rendrait les masters inaccessibles aux étudiants de revenus modestes. Dans l'hypothèse des frais très élevés, la constitutionnalité des frais pourrait alors être à nouveau remise en question. Il s'agit, toutefois, d'une obligation indéterminée qui pose le problème de savoir quel est le montant des frais qui serait effectivement considéré comme portant atteinte au droit à l'enseignement. Dans cette perspective, il convient de préciser la question de la constitutionnalité des frais dans l'enseignement universitaire.

B - La question de la constitutionnalité de la relativisation de la gratuité de l'enseignement universitaire

1033. L'analyse qui suit vise à répondre à la double question soulevée précédemment, à savoir celle de la constitutionnalité de la relativisation de la gratuité de l'enseignement universitaire et celle de la hauteur permise des frais demandés. Du point de vue de notre étude, il est possible pour le législateur de limiter la gratuité de l'enseignement universitaire (i), cependant une activité universitaire lucrative n'est pas permise (ii).

i - La possibilité de relativiser la gratuité de l'enseignement universitaire

1034. La possibilité pour le législateur de relativiser la gratuité de l'enseignement universitaire résulte *indirectement* de l'interprétation historique de l'objectif-fondement du principe de l'Etat social. Cette dernière nous a précédemment permis de déterminer dans quelle mesure il est constitutionnellement possible de *limiter le financement public* en conditionnant l'accès au *critère des revenus*¹⁷¹¹. Afin de déterminer dans quelle mesure il est permis de le faire en

¹⁷⁰⁹ Il est intéressant, dans cette perspective, de lire l'avis minoritaire des conseillers d'Etat selon lequel avant 1975 la loi (n° 5343/1932) réglait la possibilité de poursuivre des études universitaires au niveau du master et du doctorat.

¹⁷¹⁰ La disposition législative est, certes, valide. Dans le cas pourtant d'une « violation » de la réserve d'interprétation, la voie sera ouverte à une condamnation par le juge administratif.

¹⁷¹¹ Voir *supra*, p. 404 et s.

exigeant une contrepartie financière aux individus, il convient ici de recourir à nouveau à la classification des services publics sociaux constitutionnels en trois catégories, en France et en Grèce : les services d'accès *obligatoire, sélectif et libre*¹⁷¹².

1035. Dans un premier temps, relevons que la *relativisation de la gratuité* n'est possible ni pour les services publics sociaux *obligatoires* ni pour les services publics *sélectifs*. S'agissant de la première catégorie, celle des *services publics sociaux obligatoires*, l'obligation de leur octroi est une condition *exclusive* de la relativisation de la gratuité. Nécessairement, une prestation matérielle ne peut être au même moment *obligatoire* pour l'ensemble de la population, mais aussi *payante*¹⁷¹³. Ainsi, en France et en Grèce, le législateur ne peut charger les individus pour l'accès à *l'enseignement primaire*, ni pour l'accès aux *soins urgents de santé*. S'agissant des prestations obligatoires relevant de la *sécurité sociale de base*, comme les retraites et l'assurance maladie *de base*, l'assurance chômage et les allocations familiales, la gratuité acquiert ici le sens de ne pas permettre un recul important du financement par le budget public. Au-delà des *cotisations sociales*, il doit toujours s'agir d'un *cofinancement* par le budget public. Le dernier élément implique pour l'essentiel la garantie d'un système de *protection sociale par répartition*¹⁷¹⁴.

1036. En ce qui concerne la seconde catégorie, celle des *services publics sociaux sélectifs ou ciblés*, la gratuité est également imposée. La raison tient au fait que les services publics sociaux en question, *de l'aide sociale, du logement et de l'emploi*, ciblent une *partie défavorisée* de la population. Dans la mesure où le législateur octroie des prestations matérielles pour faire face à l'exclusion sociale, ils ne peuvent être payants. Dans l'hypothèse contraire, il serait nécessaire de constater un paradoxe : le législateur combattrait la pauvreté avec des moyens inopérants conduisant ainsi à l'inefficacité totale de la législation. Les prestations relevant de la seconde catégorie reposent *exclusivement* sur le budget public, puisque dans leur cas le versement précédent de cotisations sociales n'est pas exigé. Ce dernier élément justifie leur caractère *minimal et ciblé* qui, pour l'essentiel, les différencie des prestations assurantielles¹⁷¹⁵.

¹⁷¹² On distingue ainsi les services d'accès *obligatoire* ouverts à tous les individus (enseignement primaire, sécurité sociale de base, soins urgents de santé), les services d'accès *ciblé* accessible seulement à une partie de la population (aide sociale, logement, aide pour chercher un emploi) selon des critères bien déterminés et les services du *libre accès* dont l'accès n'est ni obligatoire ni ciblé mais ouvert à tous les individus (enseignement universitaire, assurance-maladie complémentaire).

¹⁷¹³ Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT, Claudie BOITEAU, Clotilde DEFFIGIER, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 620. Voir l'arrêt CE, 5 décembre 1984, n° 48639, *Ville de Versailles contre Lopel*. Voir également, Antonis KAIATZIS, *Les limites constitutionnelles aux privatisations*, *op. cit.*, p. 346.

¹⁷¹⁴ Voir *infra*, p. 482.

¹⁷¹⁵ Voir *supra*, p. 107.

1037. C'est, enfin, la troisième catégorie, celle des *services publics sociaux d'accès libre*, qui est, selon le critère ici employé, susceptible d'une *relativisation de la gratuité*. Il s'agit notamment de *l'enseignement universitaire* et, dans certains cas, de la *sécurité sociale complémentaire*. Parce que ces services publics sociaux sont en principe *ouverts* à tous les individus sans pour autant que leur octroi soit obligatoire, leur gratuité peut être en principe *relativisée*. Le critère du *libre accès* n'est pas incohérent avec un important *recul* du financement public, comme cela est le cas de *l'accès obligatoire et sélectif*. Il importe, toutefois, de préciser quel est le degré permis de celui-ci en ce qui concerne l'enseignement universitaire, puis la sécurité sociale complémentaire¹⁷¹⁶.

ii - L'interdiction d'une activité lucrative comme limite à la relativisation de la gratuité de l'université

1038. Si un certain recul du financement public est permis au législateur en matière d'enseignement universitaire, il ne peut aller jusqu'à sa neutralisation. Dans l'hypothèse contraire, il serait question d'une atteinte au caractère inabrogeable de l'enseignement universitaire. Le législateur français et grec est toujours obligé de financer l'enseignement universitaire. Cela signifie, d'une part, que l'Etat doit prendre en charge les frais de scolarité pour les étudiants de revenus modestes qui ne sont pas dans la capacité de les payer ; d'autre part, que les frais fixés pour l'ensemble d'étudiants doivent rester *relativement bas* afin d'être compatibles avec le caractère public de l'enseignement universitaire.

1039. La question qui se pose alors est celle de la *hauteur* du montant que les frais de scolarité ne peuvent dépasser. Afin de la déterminer, il est nécessaire de recourir à la distinction entre *activité de service public* et *activité des personnes privées* qui repose, selon les auteurs français¹⁷¹⁷ et grecs¹⁷¹⁸, sur *l'absence* pour la première *de but lucratif*. En suivant ce critère, il est interdit au législateur de poursuivre un but lucratif par le biais des frais de scolarité, car cela équivaudrait à une absence totale de financement public. Le fait de ne pas rechercher le profit

¹⁷¹⁶ Voir *infra*, p. 423.

¹⁷¹⁷ Denis BROUSSOLLE, « Redevance et service public », *AJDA*, n° 5, 1995, p. 403. Didier TRUCHET, « Unité et diversité des "grands principes" du service public », *AJDA*, HS, 1997, p. 38. Viginie DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, n° 6, 2006, p. 1219. André LEGRAND, « Un nouveau venu dans le paysage de l'enseignement supérieur », *AJDA*, n° 27, 2017, p. 1537, Geneviève KOUBI, « Réflexions sur la gratuité dans le droit de la santé », *RDSS*, n° 1, 1999, p. 1.

¹⁷¹⁸ Aggelos STERGIU, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 19, p. 20. Konstantinos KREMALIS, *Problèmes de délimitation de l'assurance privée par rapport à la sécurité sociale*, *op.cit.*, p. 111.

est considéré comme un élément spécifique du service public. Si cette caractéristique disparaît, il s'ensuit un alignement interdit avec le secteur privé¹⁷¹⁹.

1040. Le critère d'*activité non lucrative* dispose de fondements législatifs. Tel est le cas, notamment, des lois qui déterminent les conditions nécessaires pour qu'un *établissement privé* soit habilité à exercer une mission sociale de service public. Lors d'une *délégation* du service public, l'habilitation n'est donnée qu'à des établissements privés *non lucratifs*¹⁷²⁰. Il en va, ainsi, en France pour les établissements assurant le service public d'*enseignement supérieur*¹⁷²¹. En France et en Grèce, il en va de même pour le service public *hospitalier* qui peut seulement être fourni par des établissements privés de santé d'intérêt collectif¹⁷²², ainsi que pour les organismes privés assurant le service public de la sécurité sociale en matière de *retraites*¹⁷²³. Si l'habilitation des *personnes privées à but lucratif* est interdite, il sera également prohibé que les organes étatiques exercent une activité lucrative. De ce point de vue, les conditions de délégation de services publics à des personnes privées coïncident avec la relativisation de la gratuité des services publics. Dans les deux cas, l'activité de service public et le but lucratif sont considérés comme des éléments inconciliables.

1041. La question qui se pose est celle de la signification exacte de *l'activité lucrative*. D'après la jurisprudence constitutionnelle française et hellénique, d'une manière générale, la contrepartie exigée ne doit pas *dépasser le coût* du fonctionnement du service public¹⁷²⁴. La

¹⁷¹⁹ Dimitris TRIANTAFYLLOY, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *RTD eur.*, 1999, p. 21

¹⁷²⁰ Sur le concept de « délégation », voir *supra*, p. 114.

¹⁷²¹ Voir la loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 (JORF n°0169 du 23 juillet 2013, p. 12235) relative à l'enseignement supérieur et à la recherche selon laquelle coexistent désormais les établissements publics, les établissements privés du secteur associatif à but non lucratif et les établissements privés à caractère lucratif.

¹⁷²² Ainsi, en France, l'article 261 du Code général des impôts dispose que : « Sont exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée (71A) les services de caractère social, éducatif, culturel ou sportif rendus à leurs membres par les organismes légalement constitués agissant sans but lucratif, et dont la gestion est désintéressée ». Voir aussi la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, (JORF n°0167 du 22 juillet 2009, p. 12184) dite « loi HPST » qui attribue aux établissements du secteur non lucratif la qualification d'établissements de santé privés d'intérêt collectif. En Grèce, la loi 4172/2013 (JO A/167/23-07-2013) règle les taxes imposées aux cliniques exerçant du service public hospitalier.

¹⁷²³ Voir en Grèce la loi 3029/2002 créant des régimes des retraites professionnelles qui les qualifie de personnes morales du droit privé à but non lucratif. Voir en France, l'article L922-1 du Code de la sécurité sociale sur la protection sociale complémentaire : les institutions de retraite complémentaire sont des personnes morales de droit privé à but non lucratif et remplissant une mission d'intérêt général, administrées paritairement par des membres adhérents et des membres participants, tels que définis à l'article L. 922-2, ou par leurs représentants.

¹⁷²⁴ Décision n° 77-100 du 16 novembre 1977. En ce qui concerne les dispositions de l'article 235 du Code de l'urbanisme et de l'habitation soumises à l'examen du Conseil constitutionnel : « 1. Considérant que le produit de la redevance prévue par l'article 235 du code de l'urbanisme et de l'habitation est destiné à couvrir notamment les dépenses du contrôle qui, en vertu de l'article 233 du même code, est exercé par l'administration sur les organismes d'habitations à loyer modéré ; que, compte tenu de cette affectation, la redevance n'est pas uniquement la contrepartie d'un service rendu et qu'elle a, dès lors, le caractère d'une taxe que l'article 34 de la Constitution réserve à la loi ». Voir également, la décision du Conseil d'Etat hellénique n° 2411/2012 précitée selon laquelle les frais imposés aux masters « ne doivent pas couvrir le coût du fonctionnement du service ».

même définition de l'activité lucrative a été retenue par les Conseils d'Etat français¹⁷²⁵ et hellénique¹⁷²⁶ concernant également les *services publics en réseaux considérés comme des services économiques*. Elle s'applique également dans le cas des *services publics sociaux*, qui sont des services publics *non économiques*¹⁷²⁷. Il devient alors explicite que la jurisprudence concrétise l'absence d'activité lucrative ainsi définie comme un élément commun à tout service public. En ce qui concerne particulièrement le montant des frais de scolarité pour l'université, question qui nous intéresse ici, il est dès lors nécessaire qu'il soit équivalent au coût du service¹⁷²⁸ et qu'il ne se rapproche ainsi pas du prix du marché¹⁷²⁹. De ce point de vue, la démarche récente de l'Administration française visant à augmenter de manière substantielle les frais d'inscription pour les étudiants étrangers ne peut qu'être contestée¹⁷³⁰.

Conclusion du § 1 :

1042. La gratuité des services publics sociaux, qui implique leur financement par le budget public, est aujourd'hui questionnée par une tendance à la *relativiser* : on assiste de plus en plus à un recul du financement public et au déplacement des charges vers les individus. Dans le cas de l'enseignement universitaire, la relativisation de la gratuité se manifeste par l'établissement de *frais de scolarité*. Dans la mesure où la prestation matérielle en question ne relève ni d'un octroi *obligatoire* ni d'un octroi *sélectif* de la part de l'Etat, une contrepartie financière peut être *a priori* permise. Elle ne peut, toutefois, dépasser un certain montant et se rapprocher de l'exercice d'une *activité lucrative*. Une relativisation semblable de la gratuité se constate en matière de sécurité sociale.

¹⁷²⁵ CE, 16 novembre 1962, n° 42202, *Syndicat intercommunal d'électricité de la Nièvre et autres* ; CE, 2 décembre 1987, n° 71028, *Commune de Romainville*.

¹⁷²⁶ CdE, n° 1972/2012 et n° 293/2014 selon lesquels l'entreprise publique d'électricité ne peut fonctionner selon un but lucratif.

¹⁷²⁷ D'après la jurisprudence du Conseil d'Etat français, il n'existe pas de principe général de gratuité des services publics administratifs (CE, 10 juillet 1996, n° 168702, n° 168734, n° 169631, n° 169951, *Société « Direct Mail Promotion »*). Si une contrepartie est permise, elle doit toutefois être en relation directe avec les services rendus (CE, 20 mars 2000, n° 205266, *Gisti*). Voir aussi CE, 5 novembre 1969, n° 74932, *Association Hôpital Saint-Jacques*.

¹⁷²⁸ Akritas Kaidatzis, « Le droit de l'enseignement gratuit entre la Constitution et la loi », *op. cit.*

¹⁷²⁹ Jean-François Lachaume, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 620. Didier Truchet, « Unité et diversité des "grands principes" du service public », *op. cit.*, p. 38.

¹⁷³⁰ Arrêté du 21 août 2018 fixant les droits de scolarité d'établissements publics d'enseignement supérieur relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur, JORF n°0201 du 1^{er} septembre 2018, texte n° 22.

§ 2 - Le renforcement de la *contributivité* de la sécurité sociale

1043. La sécurité sociale est financée par le budget public et des cotisations sociales. Le premier moyen de financement implique l'élément de *solidarité* ; le second le principe de *contributivité*. Le recul du financement public dans le financement de la sécurité sociale aboutit à la restriction du premier élément et au renforcement du second.

1044. Des réformes votées dans les deux Etats étudiés s'inscrivent dans cette tendance en relativisant ainsi la *gratuité* de la sécurité sociale : il s'agit de la réforme entreprise en 2004 en France dans le domaine de l'assurance-maladie¹⁷³¹ et celle mise en place en Grèce en 2010 dans le domaine des retraites¹⁷³². Ces mesures ont par ailleurs valorisé la *sécurité sociale complémentaire*, principalement financée par les cotisations sociales, par rapport à la *sécurité sociale de base* qui repose sur un cofinancement du budget public et des usagers.

1045. Les réformes en question ont comme point commun le fait d'avoir été votées dans l'objectif de combler le déficit budgétaire de la sécurité sociale (« trou de la sécurité sociale ») à travers des mesures « structurelles »¹⁷³³. Dans la mesure où elles ont opéré une *scission* entre une partie minimale financée par des impôts et une partie financée par des cotisations, elles ont circonscrit une partie « publique par excellence » par rapport à une partie « moins publique » de la sécurité sociale. Il est difficile, en ce sens, de ne pas y voir à nouveau l'influence du principe communautaire de la *concurrence* sur les législations nationales¹⁷³⁴.

1046. Etant donné les changements structurels qu'elle a subis, le rôle de l'Administration au regard de la *sécurité sociale complémentaire* doit être précisé ; tout comme les éléments essentiels qui forment son caractère public. Si l'on admet que le *caractère public* de la sécurité sociale complémentaire est *affaibli*, une telle *scission* impliquerait la limitation de la sécurité sociale à une *sécurité sociale de base*. Dans la mesure où sa mission sociale spécifique serait dans cette hypothèse changée, il serait question d'une *suppression* de la sécurité sociale.

¹⁷³¹ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 (JORF n°0190 du 17 août 2004, p. 14598) relative à l'assurance maladie.

¹⁷³² Loi n° 3863/2010, JO A/115 publié le 15-7-2010.

¹⁷³³ On ne va pas ici examiner ces mesures qu'on pourrait qualifier « de gestion », soit des mesures d'organisation des régimes de sécurité sociale, comme par exemple la mise en place de nouvelles instances ou les unifications de caisses. Même si celles-ci font partie des réformes dans les deux cas et présentent nécessairement un intérêt financier, elles ne présentent pas un intérêt du point de vue juridique. Certes, des objections pourraient être opposées à l'encontre des unifications administratives effectuées par le législateur, mais leur étude dépasserait l'objectif de la présente étude. Voir toutefois Patrino PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « Le nouveau système de la sécurité sociale issu de la loi n° 4387/2016 », *EDKA*, vol. 58, n° 2, 2016, p. 194 (en grec).

¹⁷³⁴ Yves SAINT-JOURS, « L'assurance maladie resituée dans une logique libérale », *Revue Dalloz*, n° 39, 2004, p. 2795.

Toutes les interrogations soulevées par le renforcement de la contributivité de la sécurité sociale seront traitées ; en premier lieu, s’agissant de la réforme de l’assurance-maladie en France (A), puis, au regard de la réforme des retraites en Grèce (B).

A - La réforme de l’assurance-maladie en France

1047. Afin de répondre aux interrogations suscitées par la réforme de l’assurance-maladie en France, il convient de présenter le recul de l’assurance maladie *obligatoire* vis-à-vis de l’assurance-maladie *complémentaire* (i), avant de démontrer qu’il s’agit d’une démarche qui ne met cependant pas en cause son caractère inabrogeable (ii).

i - Le recul de l’assurance-maladie de base vis-à-vis de l’assurance-maladie complémentaire

1048. Dans l’ordre juridique français, *l’assurance-maladie de base*, dès sa création, ne prenait pas entièrement en charge les dépenses de soins des patients¹⁷³⁵. Dans la terminologie courante de la doctrine française¹⁷³⁶, la partie qui restait à leur charge constitue le « ticket modérateur » ou le « reste à charge » et peut être remboursée par une *assurance-maladie* complémentaire.

1049. La réforme de l’assurance-maladie de 2004 comporta plusieurs mesures dans l’objectif de renforcer la « responsabilisation » des patients à l’égard du coût des soins¹⁷³⁷, mais aussi celle des professionnels de santé. Elle visa notamment la restriction de la dispense de soins considérés comme non nécessaires. Plusieurs mesures ont ainsi été prises en vue de mettre fin aux abus de soins, comme par exemple la mise en place d’un *parcours de soins coordonnés*¹⁷³⁸ dans le cadre duquel toute consultation de médecins en dehors du parcours est désormais exposée à des majorations ou *dépassements d’honoraires*. Seuls les patients

¹⁷³⁵ Le ticket modérateur (TM) était déjà prévu dans la loi du 30 avril 1930 sur les assurances sociales (JORF du 1 mai 1930, p. 4818). Dans la loi de 1930, le TM équivalait à la participation de l’assuré au tarif de responsabilité établi dans les conventions et se situe entre 15 et 20%. Au moment de la création de la sécurité sociale, le TM est fixé à 20% et la nécessité d’une assurance complémentaire admise dès l’ordonnance du 4 octobre 1945.

¹⁷³⁶ Rémi PELLET, « Établissements de santé et restes à charge », *RDSS*, HS, 2017, p. 45. « Le ‘reste à charge’ est défini comme étant le ‘montant de la dépense de santé qui reste à acquitter par les ménages après intervention des assurances maladie de base et complémentaire’ ».

¹⁷³⁷ Anne-Sophie GINON, « Le glissement de l’assurance maladie obligatoire vers les complémentaires : vers une autre conception des dépenses de santé ? », *RDSS*, HS, 2017, p. 91.

¹⁷³⁸ Plusieurs mesures ont été adoptées, visant à la fois à favoriser la coordination des soins et la lutte contre les abus et les fraudes. Il s’agit notamment du dossier médical personnel, du choix du médecin traitant et du dépassement éventuel d’honoraires par un spécialiste non prescrit par le médecin traitant. Le parcours de soins coordonnés consiste à confier à un médecin traitant les différentes interventions des professionnels de santé pour un même assuré, dans un objectif de rationalisation des soins. Par ailleurs, la loi du 13 août 2004 instaure une contribution forfaitaire sur les actes médicaux et les actes de biologie qui est fixée à 1 euro dans la limite d’un plafond annuel de 50 euros, afin de responsabiliser les patients dans leur recours au système de soins.

souffrant d'*affections de longue durée*¹⁷³⁹ ont été complètement exonérés de ce nouveau *reste à charge*. Parmi les mesures de maîtrise des dépenses introduites par la réforme, celles qui nous intéressent particulièrement sont les mesures qui ont augmenté la participation financière des patients et ainsi déplacé le coût vers l'assurance-maladie complémentaire. La participation accrue des patients a notamment été réalisée par le biais de l'instauration de différents *forfaits hospitaliers*¹⁷⁴⁰.

1050. Depuis la réforme, les dépenses laissées à la charge des patients et transférées à l'assurance-maladie complémentaire ont effectivement augmenté en comparaison de la situation sous l'empire de la législation antérieure. L'assurance-maladie *complémentaire* intervient désormais davantage pour compléter les prestations non prises en charge par l'assurance-maladie *de base* et rembourser le ticket modérateur ainsi que les dépassements d'honoraires des patients. A partir de 2004, la législation a donc durci les conditions de prise en charge des patients par l'assurance-maladie obligatoire et marqué son *recul* vis-à-vis de l'assurance-maladie complémentaire.

1051. Transférer les dépenses de l'assurance-maladie obligatoire vers l'assurance-maladie complémentaire contribue à résoudre le problème du déficit de la première. Il s'agit d'un *déchargement du budget public* dans la mesure où l'assurance-maladie *obligatoire* fonctionne d'une manière plus *redistributive* que l'assurance-maladie complémentaire. Les ressources de l'assurance-maladie *de base* sont constituées de prélèvements obligatoires proportionnels aux salaires des cotisants, sans qu'un choix de soins ne soit possible. Les ressources de l'assurance-maladie *complémentaire* sont quant à elles forfaitaires, variant en fonction de l'étendue de la couverture choisie par le cotisant et les cotisations versées¹⁷⁴¹. L'assurance-maladie complémentaire dépend ainsi du niveau de revenus et du statut des assurés, alors que l'assurance-maladie obligatoire ne repose nullement sur la capacité du patient à cotiser¹⁷⁴².

¹⁷³⁹ Sont considérées comme affections de longue durée ces maladies dont la gravité ou le caractère chronique nécessitent un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse, ouvrant droit à la prise en charge à 100 % (sur la base du tarif de la Sécurité sociale) pour les soins et traitements liés à cette pathologie (article L322-3 du Code de la sécurité sociale). D'autres exemptions sont également possibles en matière de ticket modérateur et de forfait hospitalier, selon les cas, vis-à-vis des enfants, des femmes enceintes, ou des bénéficiaires de la CMU.

¹⁷⁴⁰ Le forfait hospitalier laisse une partie des frais hospitaliers à la charge de l'assuré pour toute personne hospitalisée plus de 24h. Le forfait hospitalier a été établi par la loi n° 83-25 du 9 janvier 1983 mais a successivement été augmenté d'une telle manière qu'il peut aller aujourd'hui jusqu'à 20 euros (article L. 174-4 du Code de la sécurité sociale).

¹⁷⁴¹ Rémi PELLET, « Établissements de santé et restes à charge », *RDSS*, 2017, p. 45

¹⁷⁴² Gérard CORNILLEAU, « Financement de l'assurance maladie et système de remboursement des soins », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 5, n° 1, 2009, p. 90-97, disponible sur cairn.fr. Isabelle VACARIE, « L'assurance maladie complémentaire : élément du statut social de la personne ? », *RDSS*, 2014, p. 625.

C'est ainsi que le renforcement de l'assurance-maladie complémentaire entraîne celui de la *contributivité* de la sécurité sociale.

1052. La différence essentielle entre l'assurance-maladie obligatoire et l'assurance-maladie complémentaire a suscité de nombreuses réactions de la part de la doctrine française qui, dans sa majorité, considère que la réforme met en cause le *principe de solidarité*¹⁷⁴³. Elle est vue comme une source d'inégalité pour ceux qui ne disposent pas d'une assurance complémentaire et qui se retrouvent face au risque de préférer renoncer à des soins¹⁷⁴⁴. Le glissement vers l'assurance-maladie complémentaire, impliquant le transfert du financement vers les cotisants, serait par conséquent l'équivalent, selon une partie de la doctrine¹⁷⁴⁵, d'une *privatisation* prohibée de la sécurité sociale. En revanche, pour sa part, le Conseil constitutionnel¹⁷⁴⁶ a jugé que la loi de 2004 était *conforme* au Préambule de la Constitution de 1946.

1053. La question qui se pose, dès lors, est celle de l'évaluation de la constitutionnalité du transfert de charges aux particuliers, soit du fait de rendre l'assurance-maladie « moins gratuite ». Il convient, dans cet objectif, de recourir à une interprétation historique de l'objectif-fondement du principe de l'Etat social¹⁷⁴⁷ pour constater que le *ticket modérateur* existait dès le début de la création de l'assurance-maladie¹⁷⁴⁸. Considérant notre précédente analyse sur les services publics sociaux gratuits¹⁷⁴⁹, l'assurance-maladie complémentaire, dès l'origine, n'était pas *obligatoire* pour les individus mais constituait un *service public de libre accès*. Certaines charges ont donc depuis toujours reposé sur les cotisations des patients et non sur le budget public.

1054. Dans le cadre de notre étude, le renforcement de *l'élément de contributivité* n'est pas inconstitutionnel en soi, mais la question qui persiste est celle du degré permis de recul du financement public. En théorie, le financement public de l'assurance complémentaire peut

¹⁷⁴³ Didier TABUTEAU, « Santé et assurance-maladie : l'inquiétante dilution des services publics », *Droit social*, n° 12, 2011, p. 1277.

¹⁷⁴⁴ Jean-Marie ANDRE, Pascale TURQUET, « L'assurance maladie complémentaire en France : état des lieux et perspectives », *RDSS*, n° 2, 2011, p. 210.

¹⁷⁴⁵ Jean – Pierre CHAUCHARD, Jean – Yves KERBOUC'H, Christophe WILLMANN, *Droit de la sécurité sociale, op.cit.*, p. 241.

¹⁷⁴⁶ Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004. « Il appartient au législateur de concilier, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, les exigences de valeur constitutionnelle qui s'attachent tant à la protection de la santé, qui implique la coordination des soins et la prévention des prescriptions inutiles ou dangereuses, qu'à l'équilibre financier de la sécurité sociale ». Il en va de même pour l'établissement du système de « franchises » selon la décision n° 2007-558 DC du 13 décembre 2007 sur la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008. Cette loi a créé un système de « franchises » avec un « reste à charge » qui s'applique aux boîtes de médicaments, actes paramédicaux et transports.

¹⁷⁴⁷ Voir *supra*, p. 395 et s.

¹⁷⁴⁸ En effet, le ticket modérateur était déjà prévu dans la loi du 30 avril 1930 sur les assurances sociales.

¹⁷⁴⁹ Voir *supra*, p. 413 et s.

régresser jusqu'au point de ne pas entraîner sa *suppression*. L'examen de la réforme de l'assurance-maladie soulève donc l'interrogation suivante ; dans quelle mesure s'agit-il vraiment d'un *changement* de la mission sociale de l'assurance-maladie ?

ii - La non mise en cause du caractère inabrogeable de l'assurance-maladie

1055. Par opposition aux analyses doctrinales précitées, nous défendons la *constitutionnalité* de la réforme de l'assurance-maladie de 2004, comme l'a confirmé le Conseil constitutionnel français. De notre point de vue, le constat selon lequel la place de l'assurance-maladie *complémentaire* se renforce vis-à-vis de l'assurance-maladie *de base* ne suffit pas, à lui seul, à révéler une *suppression* du rôle traditionnel de l'assurance-maladie.

1056. Tout d'abord, le seul transfert de charges de la sécurité sociale *de base* vers la sécurité sociale *complémentaire* n'équivaut pas à une perte du caractère public de la première. Pour cela, il serait nécessaire, en outre, que l'assurance-maladie *complémentaire* soit *déconnectée* de l'Administration. Il s'agirait, dans cette hypothèse, d'une *privatisation partielle* ou d'une *libéralisation* du secteur de l'assurance-maladie qui se limiterait à l'assurance-maladie *de base*. Alors, la « partie publique » de l'assurance-maladie deviendrait *minimale* par rapport à sa « partie privée ». L'Administration française jouerait ici plus un rôle de *garant du service universel* pour la partie défavorisée de la population que celui de *fournisseur* de l'assurance-maladie.

1057. Tel n'est cependant pas le cas. Afin de réussir à le démontrer, il importe de vérifier dans quelle mesure le législateur a garanti le *caractère public* de l'assurance complémentaire lors de la réforme de 2004. Les *institutions de prévoyance* et les *mutuelles* sont des organismes privés *habilités* à assurer le service public de la sécurité sociale sous le contrôle de l'Administration. La question n'est plus le glissement de l'assurance-maladie obligatoire vers l'assurance-maladie complémentaire, mais celle de savoir si cette dernière est toujours revêtue des *caractéristiques essentielles* relatives à sa mission sociale du service public.

1058. Un regard plus approfondi sur la réforme de 2004 démontre que non seulement les garanties liées à la mission de service public n'ont pas été supprimées par le législateur, mais qu'elles ont même été renforcées ; notamment l'*universalité* de la prestation de l'assurance-maladie *complémentaire*. Certains dispositifs visaient depuis longtemps à empêcher la présence de patients privilégiés et permettre l'accès aux soins à des individus défavorisés. Tel était déjà

l'objectif de la *couverture maladie universelle complémentaire* créée en 2000¹⁷⁵⁰ et de *l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé*¹⁷⁵¹. Le renforcement de l'*universalité* de l'assurance-maladie complémentaire est visible dans le cas particulier des « contrats solidaires et responsables ». Introduits par la réforme de 2004, ils accordent de *nombreux avantages fiscaux* aux organismes d'assurance-maladie complémentaire qui les concluent avec les patients en respectant un certain *contenu obligatoire*. Pour bénéficier de l'avantage fiscal, les organismes complémentaires doivent proposer un *panier de soins* dont le contenu doit être conforme aux règles énoncées¹⁷⁵².

1059. Les contrats répondent à un double objectif puisque, d'une part, ils contribuent à la « responsabilisation » des patients en renforçant leur respect du *parcours coordonné de soins*¹⁷⁵³ et, d'autre part, ils sont un moyen pour l'Administration de *réguler* l'accès à l'assurance-maladie complémentaire en interdisant la « sélection des risques »¹⁷⁵⁴. Il n'est pas permis aux organismes complémentaires d'assurer certains patients en excluant d'autres au motif que leurs problèmes de santé sont plus coûteux. Aucune contestation quant à l'universalité de l'assurance-maladie complémentaire ne peut être recevable dans la mesure où le législateur a rendu l'assurance-maladie complémentaire *obligatoire* pour toute la population à partir de 2013¹⁷⁵⁵.

¹⁷⁵⁰ La loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 (JORF n° 0172 du 28 juillet 1999, p. 11229) a créé la couverture maladie universelle et la couverture maladie universelle complémentaire. Ensuite, l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé a été prévue par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 (JORF n° 0190 du 17 août 2004, p. 14598).

¹⁷⁵¹ Loi 13 août 2004, (JORF n°0190 du 17 août 2004 p. 14598).

¹⁷⁵² Tel a été déjà l'objectif de la loi Envin. Loi ° 89-1009 du 31 décembre 1989 (JORF n° 1 du 2 janvier 1990, p.13). Cette loi pose un principe de non-discrimination interdisant à l'assureur de refuser sa garantie à un salarié du groupe.

¹⁷⁵³ En parallèle de la mise en place du parcours de soins coordonnés autour du médecin traitant, de franchises et de la participation forfaitaire d'un euro, a ainsi été créée la notion de contrat responsable. Pour qu'un contrat soit responsable, il faudrait que son bénéficiaire suive le parcours des soins coordonnés. Ainsi, l'invention des contrats responsables vise à mieux coordonner les remboursements entre régime général de la sécurité sociale et acteurs complémentaires, et en particulier à instaurer un reste à charge pour les assurés dans le recours aux soins, que les complémentaires n'avaient pas le droit de prendre à leur charge. En réalité, l'absence complète du reste à charge de l'assurance maladie complémentaire priverait du sens l'établissement du reste à charge de l'assurance maladie obligatoire. Pourquoi établir des dépenses de santé non remboursées si quelqu'un peut se faire rembourser en totalité par l'assurance-maladie complémentaire ?

¹⁷⁵⁴ Marion DEL SOL, « Restes à charge et assurance santé complémentaire : des régulations (presque) tous azimuts », *RDSS*, HS, 2017, p. 73. L'établissement de contrats responsables servait également l'objectif de « discipliner » les pratiques tarifaires de certains professionnels, comme les opticiens.

¹⁷⁵⁵ Les contrats responsables sont la version la plus récente du « Ticket Modérateur d'Ordre Public » établi par les ordonnances Jeanneney de 1967 (ordonnance n° 67-706 du 21 août 1967, JORF du 2 août 1968) mais qui n'était finalement pas appliqué. La loi précitée (voir *supra* note de bas de page n° 1731) de 2004 le rétablit. Il s'agit précisément de son article 57 selon lequel seulement certains contrats pourront bénéficier des avantages sociaux et fiscaux accordés aux contrats d'assurance maladie complémentaire. Ils ont fait l'objet d'une réforme spéciale avec la loi ° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014 (JORF n°0297 du 24 décembre 2014, p. 21748).

1060. Il s'ensuit que bien que le législateur français ait réalisé une *scission* entre l'assurance-maladie de base et l'assurance-maladie complémentaire en renforçant le rôle de la seconde, cette initiative ne doit pas être vue comme étant inconstitutionnelle. Même si l'assurance-maladie est devenue *moins redistributive*, la réforme n'a pas mis en cause le *caractère public* de l'assurance-maladie complémentaire. Au contraire, elle l'a renforcé en accentuant son *universalité* et, ainsi, son lien avec l'Administration *fournisseur* de la prestation pour l'ensemble de la population. La réforme française est intéressante s'agissant de la conciliation entre la nécessité de maîtriser les dépenses publiques et celle de maintenir des propriétés propres aux *services publics sociaux constitutionnels*. Au contraire, sur ce point, la réforme est beaucoup moins réussie dans le cas hellénique.

B - La réforme des retraites en Grèce

1061. En Grèce, la réforme législative des retraites a marqué le recul de la *retraite de base* par rapport à la *retraite complémentaire* (i). Ici, par opposition au cas français, la démarche législative a mis en cause le caractère inabrogeable des retraites (ii).

i - Le recul de la retraite de base vis-à-vis de la retraite complémentaire

1062. La réforme du système des retraites en Grèce a eu lieu en 2010, à la suite des accords signés avec ses créanciers¹⁷⁵⁶. Plus récemment, dans la continuité de la première réforme, une nouvelle loi a été votée en 2016¹⁷⁵⁷. Toutes les démarches législatives entreprises durant cette période, issues des Mémoires d'accords signés par la Grèce, ont comme point commun de servir l'objectif principal de maîtrise des dépenses publiques. On se concentrera sur l'étude de la dernière, tout en soulignant qu'il s'agit de l'aboutissement de la réforme initiée dans le passé.

1063. On concentrera notre analyse sur les *mesures structurelles* et non celles qui ont exclusivement un *intérêt financier*¹⁷⁵⁸, comme par exemple les restrictions du montant des retraites ou les augmentations des cotisations sociales¹⁷⁵⁹. La réforme des retraites en Grèce,

¹⁷⁵⁶ Il s'agit dans un premier temps des lois n° 3863, n° 3865 de 2010 concrétisant le premier mémorandum (JO 115/A, publié le 15 juillet 2010). Voir *intro*, p. 17.

¹⁷⁵⁷ Loi n° 4387/2016 (JO A/85/12-5-2016), « troisième Mémorandum ».

¹⁷⁵⁸ La différence entre les deux catégories de mesures porte sur le fait que les mesures dites structurelles ne visent pas exclusivement la restriction des dépenses des régimes de sécurité sociale (à travers la restriction du montant des retraites ou l'augmentation des cotisations) mais qu'elles visent un intérêt plus général qu'il convient ici d'examiner. Sur la distinction entre mesures structurelles et mesures purement financières, voir Patrino PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « L'impact du Mémorandum sur la sécurité sociale », *op. cit.* Kostas CHRYSOGONOS, Akritas Kaidatzis, « Réforme des retraites et Constitution. Un premier bilan à l'occasion de l'arrêt 668/2012 », n° 14, 2010, p. 857(en grec).

¹⁷⁵⁹ Voir *infra*, p. 480 et s.

initiée en 2010 et achevée en 2016, a renforcé l'élément de *contributivité* : la participation financière du budget public a été diminuée et les charges sont par conséquent davantage couvertes par les cotisations sociales. Elle a ainsi porté atteinte à la *gratuité* de la prestation d'une manière qu'il importe ici de mettre en exergue. Désormais, l'architecture du système des retraites comprend une *part minimale* de dépenses financée par le budget public clairement distincte d'une autre *part financée par des cotisations sociales*.

1064. Deux principales mesures illustrent l'évolution mentionnée. Il s'agit, dans un premier temps, de l'introduction d'une « retraite nationale » qui, complétée par la « retraite proportionnelle », constitue désormais la *retraite de base*¹⁷⁶⁰. La « retraite nationale » consiste en un montant financé exclusivement par le *budget public*, destiné à l'ensemble de la population à la seule condition de l'âge indépendamment de leur qualité de travailleur. La « retraite proportionnelle », financée par des *cotisations sociales*, complète la *retraite nationale*, mais uniquement pour les individus qui avaient dans le passé la qualité de travailleurs. Il importe en l'espèce est de constater qu'au sein de la *retraite de base*, il existe désormais une *partie non contributive* destinée à tous nettement distincte d'une *partie contributive* destinée aux anciens travailleurs. Si l'établissement d'une *retraite nationale* accentue le caractère *minimal* de la « partie purement publique » des *retraites de base*, des mesures concernant les *retraites complémentaires* sont venues achever la *scission*.

1065. Dans un second temps, le renforcement de la contributivité du système des retraites se manifeste à travers une modification en matière de financement des *retraites complémentaires* qui ne se financent plus par *répartition*, comme cela était le cas par le passé, mais à travers un *système de répartition mixte avec des éléments de capitalisation*¹⁷⁶¹. L'élément de capitalisation introduit, implique plus précisément la concentration des cotisations sociales versées sur un « compte notionnel » au bénéfice du futur retraité¹⁷⁶². A travers l'introduction de cet élément,

¹⁷⁶⁰ Celle-ci a été introduite en 2010, mais le même schéma a été suivi par le législateur en 2016 qui a consacré, d'une part, la retraite de base et, d'autre part, la retraite complémentaire en intégrant la retraite nationale (article 7) dans la première.

¹⁷⁶¹ Cette modification a été initialement prévue par la loi n° 4052/2012 (JO A/41, 1-3-2012). Elle a été reprise par l'article 78 de la loi de 2016.

¹⁷⁶² L'idée selon laquelle les cotisations se concentrent à une portion réservée à l'égard de l'assuré est un emprunt notamment du système suédois. Pour l'essentiel, dans un *régime par points*, l'assuré acquiert des points au fil de sa carrière professionnelle, le nombre de points dépendant des cotisations versées et de la valeur d'acquisition du point. Lors de la liquidation, le nombre de points est appliqué à la valeur dite de service du point à cette date. Dans le régime des *comptes notionnels*, les cotisations versées par l'assuré rejoignent un compte personnel où s'accumule un capital qui reste néanmoins virtuel. Il est aussi connu selon les termes anglais « *Pay As You Go* ». En France, le même *système de comptes notionnels* est préconisé par la proposition de réforme des retraites prévue en 2019, concernant en particulier les *retraites complémentaires*. La réforme proposée prévoit aussi l'introduction d'un *système de points* (actuellement valable pour les retraites complémentaires, il repose sur l'accumulation de points durant la vie active grâce à des cotisations) pour le calcul des *retraites de base*. Dans la mesure où une telle réforme

emprunté au système suédois de protection sociale, le rapport entre montants cotisés et retraites finales est devenu plus *strict*¹⁷⁶³.

1066. En principe, un système de retraites *par répartition* implique la *gratuité* dans la mesure où il repose sur un cofinancement du budget public et des travailleurs. La restriction de son caractère *redistributif* conduit alors à la *relativisation* de son caractère gratuit, en raison d'un recul de la participation du budget public à son financement. Or, si la réduction va jusqu'à la modification du système par répartition en système *par capitalisation*, cela signifierait que l'Etat n'y participe plus. Une telle évolution serait inconstitutionnelle au regard du principe de l'Etat social¹⁷⁶⁴.

1067. Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce, car le système de financement fonctionne toujours principalement *par répartition*. Le seul fait de renforcer la *contributivité* du système de retraites n'entraîne donc pas l'inconstitutionnalité de la réforme qui peut même avoir des conséquences positives en accentuant l'indépendance du système vis-à-vis du budget public dégressif¹⁷⁶⁵. Dès leur création, les retraites complémentaires se finançaient notamment par des *cotisations sociales* et le rôle de l'Etat était à leur égard *secondaire*¹⁷⁶⁶. Le constat résout la question de la relativisation de la gratuité de la sécurité sociale complémentaire, mais non le reste des difficultés nées de la *scission* opérée entre les retraites de base et les retraites complémentaires. Même si le service public des retraites complémentaires est exercé par une *personne morale de droit public*¹⁷⁶⁷, le caractère public de la prestation est contesté au point d'ériger une question d'inconstitutionnalité.

ii - La mise en cause du caractère inabrogeable des retraites

1068. La *garantie de la pérennité des retraites complémentaires* ne signifie pas nécessairement un financement public exclusif de la participation financière des individus ; il est possible que

renforce la contributivité, sans modifier la nature *par répartition* du système, elle ne pose pas de problème au regard du principe de l'Etat social tel qu'interprété dans le cadre de notre étude. Voir sur le débat déjà déclenché en France autour de ce sujet : Pierre-Yves VERKINDT, « Un chantier à hauts risques politiques : la réforme du système des retraites », *RDSS*, n° 6, 2017, p. 1028.

¹⁷⁶³ Aggelos STERGIU, « La réforme du système de la protection sociale sous la pression des memoranda », *EDKA, NZ*, n°2, 2015, p. 648 (en grec).

¹⁷⁶⁴ Voir *supra*, p. 347, p. 419.

¹⁷⁶⁵ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « L'impact des memoranda à la sécurité sociale », *op. cit.* Aggelos STERGIU, « La réforme du système de la protection sociale sous la pression des memoranda », *op. cit.*

¹⁷⁶⁶ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « Les restrictions des retraites de base et complémentaires - Réflexions à l'occasion des arrêts 3410/2014 et 3663/2014 du Conseil d'Etat », *EDKA*, 2014, n°3, p. 823, p. 829 (en grec).

¹⁷⁶⁷ La caisse principale de sécurité sociale complémentaire est une *personne morale de droit public* au regard de la loi n° 4052/2012 précitée.

cette contribution se renforce et que le l'Etat joue un rôle légèrement différent par rapport aux retraites complémentaires à la condition que le caractère public de la prestation ne soit pas contesté. Il est question de rechercher précisément dans quelle mesure le législateur a mis en cause les *retraites complémentaires* en tant que *service public* dont le maintien est assuré par l'Administration. Si le renforcement de l'assurance-maladie complémentaire en France a maintenu son lien avec l'Etat¹⁷⁶⁸, tel n'est pas le cas des retraites complémentaires en Grèce.

1069. La manifestation principale du *maintien des retraites complémentaires* serait le fait pour le législateur d'assurer les retraites complémentaires dans le cas d'un *déficit* des caisses. Même si son rôle n'est pas celui de les financer à titre exclusif, il serait obligé de les financer nécessairement dans le cas où les retraites complémentaires se trouvaient en péril. Dans l'hypothèse contraire, le législateur ferait défaut à son obligation de maintenir leur *pérennité*. Un problème s'est donc posé à partir du moment où les réformes législatives de 2010 et de 2016 ont déchargé le législateur grec de cette obligation.

1070. Les réformes ne se sont pas limitées à renforcer la *contributivité* des retraites, mais ont en outre introduit un « mécanisme de stabilité » qui contrôle le degré de participation financière du budget public au financement de la sécurité sociale¹⁷⁶⁹. La loi de 2016 a établi un *plafond* au financement public des retraites sous la forme d'un pourcentage du *produit intérieur brut* (PIB) de la Grèce¹⁷⁷⁰. Le mécanisme, emprunté au modèle suédois¹⁷⁷¹, établit ainsi une relation entre la valeur de la richesse nationale et les dépenses publiques en matière de retraites. Il concerne *a priori* les dépenses publiques de retraites dans leur ensemble, c'est-à-dire tant les retraites *de base* que les retraites *complémentaires* dans le cas notamment de leur *revalorisation*. Dans la mesure où le caractère redistributif des retraites *de base* - et ainsi la participation financière du budget public - est plus fort que celui des retraites *complémentaires*, il devient évident que ce sont ces dernières qui risquent d'être complètement déconnectées du financement public dans le cas d'une crise.

1071. Il s'agit d'un mécanisme qui a comme objectif principal de diminuer le montant des retraites lorsque l'économie connaît un ralentissement et de les augmenter dans le cas inverse.

¹⁷⁶⁸ Voir *supra*, p. 427.

¹⁷⁶⁹ Ces mécanismes doivent se différencier des *mécanismes d'indexation* des prestations sociales qui portent sur la revalorisation du montant attribué en fonction de l'inflation. Un tel mécanisme d'indexation s'applique aussi en France. Les *mécanismes de stabilité* portent sur la participation maximale budgétaire autorisée de la part de l'Etat.

¹⁷⁷⁰ Il s'agit de l'article 14, par. 4 de la loi n° 4387/2016 qui énonce que le niveau des retraites attribuées ne peut pas dépasser un pourcentage certain du produit intérieur brut en liant ainsi la revalorisation des retraites au niveau de croissance.

¹⁷⁷¹ Ole SETTERGEN. « La réforme du système de retraite suédois. Premiers résultats », *RFAS*, n° 4, 2003, p. 337-368, disponible sur cairn.fr.

Or, dépendant du niveau de la croissance économique, la démarche est contestable en période de crise financière. Introduit dans des Etats comme la Suède où les finances sont stables, il s'applique mal en Grèce qui connaît un important déficit public depuis plusieurs années¹⁷⁷². La participation de l'Etat au financement des retraites ne devrait légitimement dépendre des variations de l'économie, car il s'agit d'une *obligation constitutionnelle* issue du *principe de l'Etat social* qui devrait être respectée indépendamment de facteurs économiques.

1072. Si le premier mécanisme paraît déjà problématique, c'est surtout le *second mécanisme de stabilité* qui pose question. Consacré par la loi de 2016 et concernant particulièrement les *retraites complémentaires*¹⁷⁷³, il s'agit d'un « mécanisme de réadaptation automatique vers le bas » selon lequel il est interdit à l'Etat de combler les lacunes financières des *retraites complémentaires* par le budget public dans le cas d'un déficit des caisses en charge de ces retraites. Or, si l'Etat n'intervient pas pour combler le déficit des organismes prestataires de retraites complémentaires, il ne garantit plus la *pérennité du service public de la sécurité sociale complémentaire*. Ainsi, après la loi de 2016, le financement public a reculé non seulement à l'égard du financement direct des *retraites complémentaires* mais aussi quant à la garantie plus générale de leur viabilité¹⁷⁷⁴. Il s'agit d'une démarche inconstitutionnelle d'après la majorité de la doctrine hellénique qui souligne, notamment, l'absence d'études logistiques de la part du législateur sur le sujet de la *viabilité* des retraites complémentaires¹⁷⁷⁵.

1073. Enfin, bien que le Conseil d'Etat ne se soit pas jusqu'à présent prononcé sur la constitutionnalité de la loi de 2016¹⁷⁷⁶, d'après une jurisprudence constante, la *sécurité sociale complémentaire* dispose d'une valeur constitutionnelle¹⁷⁷⁷. Il est alors peu probable que la *déconnexion* des retraites complémentaires du financement public soit jugée conforme à la

¹⁷⁷² Aggelos STERGIU, « La réforme du système de la protection sociale sous la pression des memoranda », *op. cit.*

¹⁷⁷³ Il s'agit de l'article 96 de la loi n° 4387/2016 selon lequel les retraites complémentaires sont réajustées automatiquement vers le bas lorsque leur viabilité n'est pas garantie. Cela signifie que désormais, lorsque le budget de la caisse de sécurité sociale complémentaire ne suffit pas pour les octroyer au niveau prévu, il est interdit à l'Etat d'intervenir et ce sont les retraites complémentaires qui sont diminuées. On parle dans ce cas d'un *facteur de viabilité* où d'une *clause de zéro déficit*.

¹⁷⁷⁴ Aggelos STERGIU, « La réforme du système de protection sociale sous la pression des memoranda », *op. cit.*

¹⁷⁷⁵ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « Le nouveau système de la sécurité sociale de la loi 4387/2016 », *op. cit.* Aggelos STERGIU, « La loi 4387/2016 sur la réforme de la sécurité sociale », EDD, n° 3, 2016, p. 255 (en grec).

¹⁷⁷⁶ Le Conseil d'Etat hellénique a déjà été saisi de la loi n° 4387/2016, mais il ne s'est pas pour le moment prononcé sur la question.

¹⁷⁷⁷ CdE, n° 5024/87 (jurisprudence constante, voir *supra*, note de bas de page n° 1522). CdE, n° 2290/2015 : « La prise en charge des caisses de retraites de base et complémentaires obligatoires par l'Etat ou des personnes morales de droit public était effectuée pour des raisons d'intérêt général et notamment en tant que garantie vis-à-vis des personnes obligatoirement assurées qui cotisent vis-à-vis des risques de gestion liés à l'exercice de la fonction assurantielle ».

Constitution hellénique. En cas de *déficit* des organismes prestataires de retraites complémentaires, le législateur pourra certainement prendre des mesures restreignant le bénéfice des retraites¹⁷⁷⁸. Il ne peut, en tout état de cause, mettre en péril la *pérennité* des retraites complémentaires.

Conclusion du § 2 :

1074. La sécurité sociale est *a priori* gratuite dès lors qu'elle est cofinancée par le budget public et les cotisations sociales. La *relativisation* de sa gratuité signifie un renforcement de la part des cotisations sociales dans son financement et le recul parallèle du budget public ; soit le renforcement de la *sécurité sociale complémentaire* vis-à-vis à la *sécurité sociale de base*. L'analyse des réformes votées en France sur l'assurance-maladie et en Grèce sur les retraites nous a montré que le *renforcement de la contributivité* de la sécurité sociale ne porte pas, à lui seul, atteinte au principe de l'Etat social. A l'inverse, il peut même être nécessaire dans un contexte de crise financière où le budget public doit être ménagé.

1075. Ce qui pose question est le fait pour le législateur de complètement *déconnecter* la sécurité sociale complémentaire des prérogatives publiques, affaiblissant ce faisant le *caractère de service public* de celle-ci et son rôle de *fournisseur* de la prestation. Dans cette hypothèse, le transfert des charges vers les individus s'accompagne aussi d'un abandon des garanties de la part de l'Etat et on peut parler d'une *suppression* interdite du rôle traditionnellement accordé à la sécurité sociale en France et en Grèce. Tel n'est pas le cas en France où une scission entre assurance-maladie *de base* et *complémentaire* a été réalisée, mais l'*universalité* de la dernière a été renforcée par l'affirmation de son caractère obligatoire. La question d'une atteinte à la pérennité de l'assurance-maladie complémentaire ne se pose donc pas. En revanche, en Grèce, le sujet est plus délicat dans la mesure où il est désormais interdit à l'Administration de couvrir les déficits des organismes prestataires de retraites complémentaires dont la *pérennité* n'est, par conséquent, plus garantie.

Conclusion de la 2^e section :

1076. En France et en Grèce, le législateur doit garantir la *gratuité* des services publics sociaux constitutionnels conformément au principe de l'Etat social. La gratuité a ici le sens de financement *total ou partiel* par le budget public. La *relativisation* de la gratuité implique le recul du budget public et le transfert de charges vers les individus qui se manifeste, par exemple,

¹⁷⁷⁸ Se posera alors la question du degré permis de réduction des retraites, ainsi que celle de la restriction du groupe des retraités concernés. Voir *infra* le chapitre qui suit.

par l'imposition de frais de scolarité pour l'enseignement universitaire, ou encore par le renforcement de l'élément de contributivité de la sécurité sociale. Dans le premier cas, la relativisation de la gratuité est constitutionnelle lorsque les frais de scolarité se différencient essentiellement du prix d'activités lucratives d'enseignement. Dans le second cas, la démarche est constitutionnelle seulement si elle n'implique pas dans le même temps une déconnexion de la sécurité sociale complémentaire de son caractère public.

Conclusion du 2^e chapitre :

1077. Nous avons pu étudier les services publics sociaux constitutionnels au regard du principe de l'Etat social en France et en Grèce en écartant les dispositions constitutionnelles consacrant la *souveraineté étatique* et les *droits sociaux constitutionnels* de ses fondements. Il s'est agi de se concentrer sur *l'objectif-fondement* du principe de l'Etat social à la base duquel on a pu réaliser une *interprétation historique* qui nous a permis de révéler que le législateur doit garantir la *pérennité* des services publics sociaux qui existaient déjà en 1958 en France et en 2001 en Grèce ; lorsque l'Etat a été explicitement qualifié de « social » par les constituants.

1078. Etant des *prestations inabrogeables*, l'enseignement *scolaire* et *universitaire*, la sécurité sociale *de base* et *complémentaire*, les soins de santé pour les assurés et les non assurés, l'octroi de minima vieillesse, l'aide à la recherche d'un emploi et l'aide au logement sont pour les Administrations française et hellénique des missions dont elles ne peuvent se décharger en tant que *fournisseur*. Tous ces services publics sociaux doivent être maintenus et *l'aide sociale* être garantie en tant que prestation *subsidaire* à la *sécurité sociale* ; non s'y substituer.

1079. Par ailleurs, grâce à une interprétation historique, il devient possible de préciser *l'étendue du financement* public que le législateur doit accorder aux services publics sociaux. Une telle approche de l'objectif-fondement nous enseigne, d'une part, que pour certaines prestations (enseignement, sécurité sociale, soins urgents de santé), leur octroi en fonction de *conditions de ressources* est inconstitutionnel. Tel n'est cependant pas le cas des prestations relatives au *logement*, *l'emploi* et *l'aide sociale* qui étaient dès le début *ciblées* et destinées à une partie défavorisée de la population.

1080. S'agissant, d'autre part, de la *gratuité* des services publics sociaux constitutionnels, elle n'est pas absolue dans la mesure où les individus contribuent parfois à leur financement. Il a été question précisément des frais d'enseignement universitaire et des cotisations sociales de la sécurité sociale complémentaire. La limitation de la gratuité des services publics mentionnés est conforme au principe de l'Etat social dans la mesure où elle ne porte pas atteinte aux

caractéristiques essentielles qui résultent de leur caractère public, telle l'*universalité* des prestations.

Conclusion du 1^{er} Titre :

1081. Concentrer notre étude sur les *contre-limites relevant de la structure du principe de l'Etat social* a permis de mettre en exergue les *services publics sociaux constitutionnels* ou *prestations matérielles inabrogeables*. Il s'agissait de démontrer qu'en France et en Grèce le législateur ne peut décharger les organes de l'Administration de l'obligation de *fourniture* des prestations matérielles. Il était notamment question de rechercher le fondement de l'obligation de *pérennité* des services publics sociaux.

1082. Sont exclues d'une telle analyse les normes issues du droit primaire de l'Union qui consacre le principe de la concurrence sans déterminer dans le même temps ses limites vis-à-vis des services publics sociaux. Ces derniers sont ainsi qualifiés d'*activités économiques* par les organes communautaires exigeant leur ouverture à la concurrence et dès lors, leur *libéralisation*. Il s'agit d'une approche qui entre nécessairement en conflit avec leur concrétisation dans les deux ordres juridiques nationaux étudiés dans lesquels les services publics sociaux relèvent des *activités non économiques*. Il devient ainsi clair que même si le droit de l'Union garantit la *continuité* des services publics sociaux (*service universel*), il ne garantit pas leur *pérennité*. Le caractère public des prestations matérielles n'est par conséquent nullement assuré par le droit de l'Union européenne.

1083. Seules les dispositions constitutionnelles françaises et helléniques consacrent une *limite à la privatisation/abrogation* des services publics sociaux. A cet égard, à la différence de la majorité des analyses doctrinales, la présente étude n'envisage pas les *droits sociaux constitutionnels* comme constituant une telle limite. Elle propose une analyse de *l'objectif-fondement* du principe de l'Etat social qui a jusqu'à aujourd'hui été négligé par la plupart des études. L'étude de son *sens originel* nous a permis, en premier lieu, de démontrer le caractère inabrogeable de l'enseignement scolaire et universitaire, de la sécurité sociale de base et complémentaire, des soins de santé pour les assurés et les non assurés, de l'octroi des minima vieillesse, de l'aide à la recherche d'un emploi et de l'aide au logement. Les services publics sociaux constitutionnels sont, d'après notre analyse, ceux qui existaient déjà au moment où les constituants ont qualifié les Etats français (1958) et grec (2001) de « sociaux ».

1084. Il s'ensuit que la *suppression* ou *libéralisation* des services publics sociaux sont interdites. L'Administration ne peut se contenter de jouer un rôle de *régulateur* de prestations

au bénéfice d'une partie défavorisée de la population ; une configuration qui porterait atteinte à leur caractère public. Le législateur français et grec est généralement obligé de financer les prestations, afin de garantir leur *pérennité*. Dans certains cas limités, il est possible de conditionner leur accès aux ressources des individus ou de leur demander une contrepartie financière sans toutefois aller jusqu'au point de contester leur caractère de service public inabrogeable.

1085. Si le prisme de l'*objectif-fondement* nous a permis de préciser la tâche de fourniture de prestations qui incombe aux organes étatiques en France et en Grèce, et ainsi leurs obligations conditionnant la *liberté matérielle* des individus, il est à présent intéressant de rechercher les limites à la restriction des *permissions* accordées aux individus, cette fois sur la base des *droits sociaux fondamentaux*.

TITRE 2

LES CONTRE-LIMITES RELEVANT DE LA SUBSTANCE DU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL

1086. La garantie de la *substance* du principe de l'Etat social signifie que les individus accéderont aux prestations matérielles fournies par l'Administration conformément aux droits sociaux fondamentaux. Il n'est plus ici question de se demander quelles sont les prestations matérielles dont le législateur doit maintenir la *pérennité* (contre-limites relevant de la *structure*), mais de rechercher dans quels cas particuliers une concrétisation négative des prestations *restreint*, d'une manière excessive, le principe de l'Etat social. Le respect des droits sociaux fondamentaux marque la limite constitutionnelle à la *restriction* du principe de l'Etat social et ainsi la *contre-limite à son abrogation partielle*¹⁷⁷⁹.

1087. Il convient de se demander, en particulier, quel est le *degré permis* de concrétisation négative des prestations au regard des droits sociaux fondamentaux. Si la question principale autour de la restriction des prestations est celle de préciser son aspect « quantitatif », ce n'est pas la seule à susciter notre intérêt. L'aspect « temporel » est aussi important dans la mesure où, à travers ses réformes, le législateur met en cause le *niveau de la prestation acquise* par l'individu sur le fondement d'une loi précédente. Or, la détérioration de la situation du bénéficiaire d'une prestation conduit potentiellement à diminuer la *confiance* de ce dernier en le législateur. Les questions du degré et du temps permis de la restriction sont donc simultanément posées.

1088. Cependant, les deux aspects ne relèvent pas de la *substance* du principe de l'Etat social. Le problème lié à la *temporalité* n'a aucun rapport avec celui du *degré permis* de la restriction des prestations matérielles. Une restriction qui porte atteinte à la *substance* du principe de l'Etat social est toujours inconstitutionnelle indépendamment de l'atteinte ou non portée à la *confiance* des individus dans le maintien de leurs bénéfices¹⁷⁸⁰. D'autre part, une

¹⁷⁷⁹ Voir *supra*, p. 315, p. 316.

¹⁷⁸⁰ Lire en ce sens, Otto PFERSMANN, « Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand », *RFDA*, n° 2, 2000, p. 236, p. 237. « Dans le cas de la confiance légitime, il faut donc qu'une mesure législative défavorable dans un domaine d'intervention, en tant que tel licite, puisse être considérée comme inconstitutionnelle uniquement parce que, sous certaines conditions, les règles applicables avant cette modification fondent un droit du destinataire à ne pas être traité différemment à l'avenir. Si la marge d'action du

concrétisation négative qui porte atteinte à la confiance des bénéficiaires peut tout à fait être conforme à la substance du principe de l'Etat social. Le seul point commun entre les deux éléments est la *détérioration* de la situation du bénéficiaire de la prestation.

1089. On peut admettre, dès lors, qu'il existe en théorie deux garanties parallèles à l'encontre de la détérioration : celle de la substance et celle de la confiance. Une telle distinction entre *deux types de garanties* est impérative. Les *droits sociaux constitutionnels* fondent la *substance* du principe de l'Etat social, mais ne disent rien quant à l'aspect temporel de la restriction. On ne peut, dès lors, les envisager en tant que fondements de la *confiance* des individus, ce qui serait une modification du sens du principe de l'Etat social. Une mesure législative défavorable sera en tant que telle constitutionnelle ou inconstitutionnelle au regard des droits sociaux constitutionnels, mais c'est seulement dans la mesure où un autre droit existe - le droit du destinataire à ne pas être privé par des bénéfices acquis dans le passé - que sa *confiance* sera violée.

1090. Il s'agira, par conséquent, d'analyser la *substance* du principe de l'Etat social, mais aussi sa distinction de la garantie de la *confiance*. Seront ainsi mises en exergue d'une manière distincte une limite substantielle à la restriction des prestations matérielles (Chapitre 1) et une limite temporelle ne relevant pas de la substance (Chapitre 2).

législateur se trouve ainsi limitée, alors et alors seulement pourra-t-on parler d'un principe constitutionnel de protection de la confiance ».

Chapitre 1

La limite substantielle à la restriction des prestations matérielles

1091. La garantie de la *substance* des droits sociaux fondamentaux constitue une *limite absolue* à la restriction législative des prestations matérielles. Cela signifie que la limite substantielle définit la restriction excessive interdite avec le plus de précision possible sans que son sens exact ne dépende des circonstances de chaque litige¹⁷⁸¹. Toutefois, l'existence d'*autres limites relatives* à la restriction des prestations matérielles n'est pas exclue. Celles-ci ne s'identifient pas à la *substance* du principe de l'Etat social mais écartent des concrétisations négatives d'une manière différenciée.

1092. Leur contrôle lié aux conditions spéciales de chaque litige est nécessairement plus *faible* qu'un contrôle de la substance, car il repose sur une plus grande *marge d'appréciation discrétionnaire* du juge qui peut constater une éventuelle violation. Une difficulté surgit à partir du moment où l'on confond la *limite absolue* de la substance avec une *limite relative* en lui donnant un sens indéfini. Aborder la *substance* des droits sociaux fondamentaux dans un tel sens implique son affaiblissement. En effet, si rien n'est *a priori* interdit au législateur avec certitude, il convient de rechercher s'il y a atteinte à la substance des droits sociaux fondamentaux au cas par cas. Or, une telle démarche nuit au sens même de la garantie de la substance.

1093. La confusion entre *limite absolue* et *limite relative* a des répercussions quant à la protection accordée aux droits sociaux législatifs. Le droit qui a été le plus touché par les mesures restrictives du législateur est celui de la *sécurité sociale*. Dans un contexte de politiques visant la maîtrise des dépenses publiques et le comblement des « trous » de la sécurité sociale¹⁷⁸², on peut en effet relever de nombreuses initiatives législatives visant à limiter les prestations de sécurité sociale et notamment les *retraites*. La diminution de leur montant se trouve au cœur des politiques entreprises durant la crise financière hellénique. Ainsi, la restriction excessive du droit à la retraite offre l'exemple le plus pertinent des conséquences négatives d'une négligence du contrôle de la *substance* du droit à la sécurité sociale.

¹⁷⁸¹ Sur l'*obligation relative*, voir *supra*, p. 161.

¹⁷⁸² Voir *supra*, p. 423 et s.

Il convient donc de préciser la distinction entre limite *relative* et limite *absolue* à la restriction des droits sociaux fondamentaux (Section 1), avant de signaler les problèmes liés à la confusion entre les deux limites, particulièrement dans le cas des restrictions appliquées en matière de retraites (Section 2).

Section 1 - La distinction entre limite relative et limite absolue à la restriction des droits sociaux fondamentaux

1094. Une *limite relative* à la restriction des droits sociaux fondamentaux se distingue de la garantie de leur *substance*, ceci pour au moins deux raisons : premièrement, la limite *relative* ne définit pas en quoi consiste l'atteinte interdite, car elle implique une interdiction révélée *au cas par cas* ; deuxièmement, elle s'accompagne d'une *large marge d'appréciation* du juge pour prononcer la violation selon chaque cas. Par opposition donc à une limite *absolue* à la substance, la limite *relative* implique la prise en compte de l'objectif que le législateur a poursuivi en édictant la restriction. La limite relative se différencie alors de la limite absolue par le fait de ne pas définir ce qu'est une atteinte excessive aux droits sociaux fondamentaux (1) et de prendre en compte l'objectif de la restriction (2).

§ 1 - La question de la définition de l'atteinte excessive aux droits sociaux fondamentaux

1095. La limite *relative* ne détermine pas l'atteinte excessive de la même manière que la limite *absolue* le fait face à la restriction des droits sociaux fondamentaux. En tant que limite relative, est retenu ici le « principe de proportionnalité » entendu généralement comme la « garantie de la moindre atteinte possible »¹⁷⁸³. De cette définition, il est possible de déduire que la restriction interdite ne dispose pas d'un sens défini mais qu'elle relève d'un élément variable. Après avoir défini en quoi consiste une atteinte excessive aux droits sociaux fondamentaux par le recours à leur substance (A), il conviendra de signaler les difficultés que cette définition pose au regard du principe de proportionnalité (B).

A - La définition de l'atteinte excessive par le recours à la *substance* des droits sociaux fondamentaux

1096. Il convient, d'une part, de présenter l'origine du concept de *substance* des droits fondamentaux (i), avant de préciser ce qu'il convient d'entendre par substance des droits sociaux fondamentaux (ii).

¹⁷⁸³ Otto PFERSMANN, « Préface », in Thèse Vanessa BARBE, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux, étude comparative Allemagne, France, Royaume-Uni*, op.cit.

i - L'origine de la substance des droits fondamentaux

1097. Le concept de *substance* des droits fondamentaux trouve son origine dans l'ordre juridique allemand. L'interdiction de porter atteinte à la substance des droits fondamentaux figure parmi les trois limites constitutionnelles que l'article 19, alinéa 2 de la Loi fondamentale allemande pose au législateur¹⁷⁸⁴.

1098. Il s'agit d'une triple contrainte connue comme les « limites aux limites » des droits fondamentaux de l'ordre juridique allemand¹⁷⁸⁵. Au-delà du respect de leur substance, il est interdit au législateur de légiférer sur un cas particulier. Il doit aussi mentionner explicitement le droit fondamental faisant l'objet d'une limitation. Les deux limites, autres que la substance, présentent un intérêt limité ; elles portent, l'une sur un aspect procédural de la restriction, et l'autre, sur le principe de non-discrimination¹⁷⁸⁶. En revanche, la garantie de la *substance* a suscité dès le début le plus grand intérêt de la doctrine même en dehors des « frontières » allemandes. En effet, le concept de substance a été introduit dans plusieurs Etats, mais aussi dans des ordres juridiques supranationaux¹⁷⁸⁷. La substance en tant que limite à la restriction des droits fondamentaux a ainsi été directement intégrée dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE¹⁷⁸⁸ et consacrée par la jurisprudence de la Cour de Justice¹⁷⁸⁹.

¹⁷⁸⁴ Lire Christian AUTECHIER, *Introduction au droit public allemand*, *op.cit.*, p. 127. Vanessa BARBE, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative Allemagne, France, Royaume-Uni*, *op. cit.*, p.73. Voir également, David CAPITANT, *Les droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁷⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁸⁶ Le caractère général et impersonnel de la loi qui restreint un droit est admis par la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique (CdE, n° 2112/1984, n° 4036/1979) et par la doctrine hellénique parmi les limitations constitutionnelles de l'activité législative (Voir Dimitris TSATSOS, *Droit constitutionnel*, Tome I, *op. cit.*, p. 252). Il ne s'agit toutefois pas d'une garantie en soi, mais d'une garantie issue du principe d'égalité dans la mesure où la restriction d'un droit d'une catégorie de bénéficiaires et non d'une autre en serait contraire. Il n'y cependant pas de rapport avec la substance du droit limité.

¹⁷⁸⁷ Sur l'extension du principe de proportionnalité dans les ordres juridiques supranationaux, voir : Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Françoise TULKENS, François OST, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 367. Aharon BARAK, Doron KALIR, *Proportionality : Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, p. 133.

¹⁷⁸⁸ La Charte des DF de l'UE énonce dans son article 52, al. 1 que « toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel des dits droits et libertés ».

¹⁷⁸⁹ Cour EDH, plén., 23 juillet 1968, requêtes n° 1474, 1677, n° 1691/62, n° 1769, n° 1994/63 et n° 2126/64, affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » : « 5. Le droit à l'instruction, garanti par la première phrase de l'article 2 du Protocole, appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus. Il va de soi qu'une telle réglementation ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit, ni se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention ». Voir aussi Cour EDH, 11 janvier 2005, n° 66289/01, *PY contre France*.

1099. En ce qui concerne les Etats étudiés, la protection de la *substance* des droits fondamentaux n'est directement consacrée ni dans la Constitution française¹⁷⁹⁰ ni dans la Constitution hellénique. En France, le juge constitutionnel interdit au législateur de *dénaturer* le droit de la propriété¹⁷⁹¹, garantie qui peut également concerner le reste des droits fondamentaux. Il s'agit alors, selon la doctrine française, d'une consécration indirecte de la *substance* des droits fondamentaux¹⁷⁹². En Grèce, à défaut de disposition constitutionnelle directe, ce sont les hautes juridictions qui l'ont intégrée dans leur jurisprudence relative à la restriction des droits fondamentaux¹⁷⁹³. Pour leur part, les analyses doctrinales helléniques démontrent un intérêt particulièrement élevé s'agissant de ce concept¹⁷⁹⁴.

1100. En réalité, il convient d'admettre que même en l'absence de fondement direct de la *substance*, sa garantie résulte nécessairement du fait que les droits eux-mêmes *relèvent* de normes supra-législatives. Leur consécration constitutionnelle interdit concrètement leur élimination par le législateur¹⁷⁹⁵. Envisagée d'une telle façon, la substance n'est autre chose que le rappel d'une « évidence ». De ce point de vue, aucun doute ne subsiste quant à la garantie de la *substance* des *droits sociaux* ni en France ni en Grèce ; elle résulte de manière incontestable de l'admission de la valeur supra-législative des droits sociaux¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁹⁰ Même si certaines analyses tendent à aborder comme un tel fondement l'article 16 DDCH. Lire, Régis FRAISSE, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 44, 2014, disponible sur le site du Conseil constitutionnel (conseilconstitutionnel.fr). Il s'agit, d'après d'autres auteurs, du fondement du principe de proportionnalité. Voir. Louis FAVOREU, et *alii*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 457, 458.

¹⁷⁹¹ Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998. Considérant n° 7 : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, s'il appartient au législateur de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et s'il lui est loisible, à cette fin, d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires, c'est à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés ». Voir également : décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989.

¹⁷⁹² Louis FAVOREU et *alii*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 921. Xavier BIOY, Jean – Paul COSTA, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 256.

¹⁷⁹³ CdE, n° 903/1981. Voir aussi CdE, n° 3521/92, n° 3764/2015. Cour de Cassation, n° 326/1979.

¹⁷⁹⁴ Dimitris TSATSOS, *Droits fondamentaux*, Tome I, *op. cit.* ; p. 249. Konstantinos CHRYSOGONOS, *Droits individuels et sociaux*, *op. cit.*, p. 95. Spiros VLACHOPOULOS, « Théorie générale des droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 25, p. 26. Georges KATROUGALOS, *L'État social postindustriel*, *op.cit.*, p. 598.

¹⁷⁹⁵ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 92. « La norme constitutionnelle (ou conventionnelle) attribue des permissions d'agir aux bénéficiaires et impose des obligations équivalentes au législateur (ou à l'Etat membre) qui limitent son habilitation de production normative. Si on lit le même rapport au sens inverse, cela revient à dire que les compétences attribuées au législateur constituent l'habilitation délimitée d'imposer des obligations ou des interdictions aux bénéficiaires ».

¹⁷⁹⁶ Otto PFERSMANN in Louis FAVOREU et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, *op.cit.*, p. 91.

1101. Bien que la consécration de la substance soit admise, la détermination de son sens exact pose toutefois quelques difficultés. La majorité des auteurs français¹⁷⁹⁷ et grecs¹⁷⁹⁸ soulignent qu'il s'agit d'un concept *indéfini* dont la signification est impossible à saisir *a priori*. Il s'agit d'une interprétation qui n'est pas spécifique à la doctrine française et hellénique ; elle se situe dans la continuité de l'interprétation habituelle que l'on trouve dans l'ordre juridique allemand. Dès son émergence, la *substance* a impliqué un concept difficile à définir et identifiable *au cas par cas*¹⁷⁹⁹ ; des caractères qui résultent également de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande¹⁸⁰⁰.

1102. Il est toutefois certain que l'absence de définition de la substance des droits fondamentaux ne va pas de pair avec sa *nature absolue*. Si un concept implique des interdictions qui ne dépendent pas des conditions de chaque litige, il ne peut en principe être en même temps indéfini. Dans le cas contraire, il y aurait forcément une grande latitude à diverses interprétations. C'est devant la difficulté de dépasser cette forte indétermination de la substance que la tendance à y substituer le principe de proportionnalité s'est développée. Il importe alors de définir la substance des droits sociaux fondamentaux si l'on souhaite préserver sa nature absolue.

ii - La substance des droits sociaux fondamentaux

1103. L'indétermination de la *substance* ne signifie pas une impossibilité de la définir, même si elle rend la tâche plus complexe. La définition de la substance des droits sociaux fondamentaux n'a pas particulièrement fait l'objet de nombreuses analyses doctrinales. Cette lacune peut s'expliquer si l'on tient compte du lien fait par la doctrine entre les droits sociaux et les services publics sociaux constitutionnels¹⁸⁰¹. Il en va de même pour les études qui se focalisent sur le principe de proportionnalité au lieu de définir la substance des droits sociaux fondamentaux¹⁸⁰². Selon la doctrine, l'analyse de la substance des droits sociaux fondamentaux ne relève pas d'un objet spécifique d'étude.

¹⁷⁹⁷ Xavier BIOY, Jean – Paul COSTA, *Droits fondamentaux et libertés publiques, op. cit.*, p. 256.

¹⁷⁹⁸ Dimitris TSATSOS, *Droit constitutionnel*, Tome I, *op. cit.*, p. 249. *Contra* : Aggelos STERGIOU, « Les droits sociaux à l'épreuve de la crise. Le juge comme garant d'un niveau suffisant de vie », *EfDD*, n° 1, 2016, p. 78. (en grec).

¹⁷⁹⁹ Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Françoise TULKENS, François OST, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux, op. cit.*, p. 376.

¹⁸⁰⁰ Voir Vanessa BARBE, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative Allemagne, France, Royaume-Uni, op. cit.*, p. 73 à propos des décisions de la Cour constitutionnelle allemande BverfGE du 16 janvier 1957, BverfGE du 18 juillet 1967.

¹⁸⁰¹ Voir *supra*, p. 388 et s.

¹⁸⁰² Voir *supra*, p. 446.

1104. Pour la même raison, il n'existe pas non plus de jurisprudence constante qui affirme la garantie de la substance des droits sociaux fondamentaux. En raison de son indétermination, il s'agit d'un concept théorique difficilement appliqué. Au niveau supranational, la *substance* renvoie dans la plupart des cas à un corollaire du *contrôle de proportionnalité*, sans que son sens exact soit concrétisé¹⁸⁰³. En ce qui concerne les ordres juridiques nationaux, le Conseil constitutionnel français n'a jusqu'à présent jamais procédé à un *contrôle de non dénaturation* des droits sociaux issus du Préambule de la Constitution de 1946¹⁸⁰⁴. En Grèce, en revanche, le Conseil d'Etat a récemment défini la *substance* du droit à la retraite comme l'interdiction de porter atteinte au *niveau acquis de vie professionnelle*¹⁸⁰⁵. En matière de droits sociaux fondamentaux, la *garantie de la substance* ne relève toutefois pas d'une jurisprudence constante de la haute juridiction hellénique

1105. Si l'on admet des difficultés dans la définition de la *substance*, dans le cadre de la présente étude celles-ci sont résolues par le recours aux *contre-limites relevant de structure* du principe de l'Etat social¹⁸⁰⁶. La détermination de la *substance* des droits sociaux est possible après avoir précisé quelles sont les *prestations matérielles constitutives* de l'Etat social. Afin de mettre en lumière les limites à la *restriction* des prestations matérielles, il convient d'avoir défini les limites à leur *suppression*. Plus précisément, de notre point de vue, il est seulement possible de relever dans quels cas la restriction des *droits sociaux* est interdite, si les interdictions qui pèsent sur le législateur sont déjà connues. C'est parce que le législateur est obligé de maintenir telle ou telle prestation matérielle, avec telles ou telles caractéristiques essentielles déterminées, que l'individu ne verra pas son droit diminué au-delà d'un certain point. Il s'agit, dès lors, d'une définition qui est possible seulement en ce qui concerne les deux ordres juridiques *nationaux*, car une telle *structure* n'a pas été identifiée dans les ordres juridiques *supranationaux*¹⁸⁰⁷.

1106. Précisément, le fait pour une prestation matérielle d'être *obligatoirement universelle ou non* nous permet de déterminer les limites à la restriction des droits sociaux constitutionnels.

¹⁸⁰³ Voir *infra*, p. 468 et s.

¹⁸⁰⁴ Voir, toutefois, la décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987. « Considérant qu'il incombe, tant au législateur qu'au Gouvernement, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes proclamés par le onzième alinéa du Préambule, les modalités de leur mise en œuvre ; qu'il suit de là qu'il appartient au pouvoir réglementaire, dans chacun des cas prévus à l'article 4 de la loi, de fixer la durée de la condition de résidence de façon à ne pas aboutir à mettre en cause les dispositions précitées du Préambule et en tenant compte à cet effet des diverses prestations d'assistance dont sont susceptibles de bénéficier les intéressés ; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution ». Voir Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 351.

¹⁸⁰⁵ CdE, n° 2287/2015. Il s'agit du « second arrêt mémorandum » qui écarte les restrictions des retraites comme inconstitutionnelles, voir *infra*, p. 462, p. 484.

¹⁸⁰⁶ Voir *supra*, p. 446.

¹⁸⁰⁷ Voir *supra*, p. 372 et s.

Nous avons pu démontrer que certaines *prestations matérielles inabrogeables* de l'Etat social sont *universelles* (enseignement, sécurité sociale, santé), alors que d'autres sont *ciblées* et destinées à une partie défavorisée de la population (emploi, logement, aide sociale)¹⁸⁰⁸. En fonction de l'étendue de l'obligation de fourniture identifiée, il devient possible de circonscrire le sens des permissions accordées par les droits sociaux constitutionnels. Dans le prolongement des enseignements tirés de l'*universalité* de l'accès aux services publics sociaux, il est possible de répartir ceux-ci en deux catégories : d'une part, ceux qui fondent des droits sociaux « forts » ; d'autre part, ceux qui fondent des droits sociaux « faibles ». On emploiera le premier terme lorsqu'il est question de services publics sociaux *d'accès général* et le second lorsqu'il s'agit de services publics sociaux *d'accès ciblé*.

1107. Dans le premier cas, en ce qui concerne les *droits sociaux forts*, il est interdit au législateur de réserver la prestation à une partie seulement de la population. Dans ce contexte, la *privation* d'un individu de son droit à l'enseignement, à la sécurité sociale, ou à la santé est inconstitutionnelle car elle touche leur *substance*. Aucun individu ne peut être privé des *droits sociaux forts*, sauf à méconnaître le sens du principe de l'Etat social. Dans le second cas, s'agissant des *droits sociaux faibles*, il convient d'admettre que *certain*s bénéficiaires peuvent se passer des prestations d'*aide sociale*, de *logement*, d'*emploi*. Par opposition aux *droits sociaux forts*, il n'y a pas ici de structure objective qui couvre l'ensemble de la population et qui assure ainsi la fourniture des droits subjectifs des individus. L'interdiction de priver les bénéficiaires de prestations relevant des *droits sociaux faibles* ne peut alors être considérée comme générale de la même manière que celle décrite ci-dessus.

1108. Cependant, les bénéficiaires des *droits faibles* ne sont pas dépourvus de toute garantie à l'encontre d'une potentielle restriction législative. Dans la mesure où le législateur a l'obligation de garantir la *pérennité* de ces services publics sociaux pour répondre aux phénomènes d'exclusion sociale et de pauvreté¹⁸⁰⁹, *a fortiori* il ne peut provoquer de telles situations. Il en résulte qu'il ne peut retirer l'octroi de prestations matérielles à des individus pour lesquels de telles prestations constituent un *filet de sécurité* contre la pauvreté. Dans le cas où le législateur supprimerait, par exemple, une prestation d'aide sociale permettant aux individus disposant de revenus très bas de payer leur loyer et les priverait ainsi de logement, il s'agirait d'une atteinte à la *substance* du droit social au logement et de l'aide sociale. La substance des *droits sociaux faibles* ainsi conçue coïncide avec le droit de l'individu de disposer

¹⁸⁰⁸ Voir *supra*, p. 408.

¹⁸⁰⁹ Voir *supra*, p. 107, p. 397.

d'un *niveau matériel de vie suffisant* tel qu'on l'a précédemment analysé, soit comme une garantie à l'encontre des souffrances causées par la pauvreté extrême¹⁸¹⁰.

Si la détermination de l'atteinte excessive aux droits sociaux fondamentaux est possible par le biais du concept de *substance*, tel n'est pas le cas, en revanche, à travers le principe de proportionnalité.

B - Les problèmes de définition de l'atteinte excessive par le biais du principe de proportionnalité

1109. Il convient de présenter l'origine du principe de proportionnalité (i), avant de démontrer la relativité qu'il implique quant au contrôle du législateur (ii).

i - L'origine du principe de proportionnalité

1110. A l'instar du concept de *substance* des droits fondamentaux, le *principe de proportionnalité* vient lui aussi de l'ordre juridique allemand. Il a initialement été consacré par la jurisprudence administrative allemande à l'occasion du contrôle des interventions de la police dans l'objectif de maintenir l'ordre public¹⁸¹¹. Il a ensuite été reconnu par le juge constitutionnel allemand en tant que *principe jurisprudentiel de valeur constitutionnelle*¹⁸¹².

1111. Il est considéré que le principe de proportionnalité résulte *indirectement* de la Constitution allemande et de l'exigence d'un contrôle mesuré des restrictions portées aux droits issus du *principe de l'Etat de droit*¹⁸¹³. Selon sa définition originelle, le principe de proportionnalité doit être entendu comme un « triple test »¹⁸¹⁴ : celui de la *nécessité* de

¹⁸¹⁰ Voir *supra*, p. 221.

¹⁸¹¹ Michel FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, HS,1995, p. 156. Le principe de proportionnalité devient compréhensible par le biais de la phrase bien connue de la doctrine allemande selon laquelle « La police ne doit pas employer des canons pour tirer sur les moineaux ».

¹⁸¹² Vanessa BARBE, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative Allemagne, France, Royaume-Uni, op. cit.*, p.78.

¹⁸¹³ *Ibidem*, p.78. Sylvie CALMES, *Du principe de confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, Atelier national de reproduction des thèses*, 2000, p. 256. Sur le concept d'Etat de droit, voir *intro*, p. 45 et s.

¹⁸¹⁴ La mesure en cause n'est *appropriée* que si elle est de nature à atteindre à coup sûr le résultat recherché (adéquation). Elle n'est nécessaire que si d'autres moyens appropriés affectant de façon moins préjudiciable le droit concerné ne se présentent pas (nécessité). Enfin, la mesure nécessaire ne répond au critère de proportionnalité que si le « bien » qu'elle implique est approprié au regard de l'ingérence réalisée (proportionnalité au sens strict).

l'ingérence, de son *adéquation* et de la *proportionnalité au sens strict* ; soit de l'analogie entre l'ingérence impliquée et la finalité servie¹⁸¹⁵.

1112. Le principe de proportionnalité a été reçu par plusieurs ordres juridiques d'une manière variable. Dans certains Etats, son influence a été très forte, comme par exemple en Grèce où les constituants lui ont donné un fondement constitutionnel¹⁸¹⁶. Par ailleurs, l'ensemble des hautes juridictions helléniques¹⁸¹⁷ contrôlent les restrictions apportées aux droits fondamentaux par le biais du principe de proportionnalité en appliquant, à l'instar des juridictions allemandes, le *triple test*.

1113. En ce qui concerne les ordres juridiques supranationaux, on peut également constater l'influence manifeste du principe de proportionnalité. Ainsi, dans l'ordre juridique communautaire, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne le consacre en tant que limite à la restriction des droits fondamentaux¹⁸¹⁸ et la Cour de Justice l'applique lorsqu'elle procède au contrôle des droits fondamentaux¹⁸¹⁹. S'agissant de la Convention européenne, le principe de proportionnalité n'y est pas directement consacré comme tel, mais les différentes

¹⁸¹⁵ Il s'agit de la décision de la Cour constitutionnelle allemande « Pharmacies » BverfGE 7, 377. Voir : Michel FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *op. cit.* Sylvie CALMES, *Du principe de confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, *op. cit.*, p. 256.

¹⁸¹⁶ Article 25, par. 1 al. 3, 4 : « Les restrictions de toutes sortes qui, conformément à la Constitution, peuvent être apportées à ces droits doivent être prévues soit directement par la Constitution soit par la loi ; dans le cas où l'indication existe en faveur de celle-ci, le principe de proportionnalité doit être respecté ». Le principe de proportionnalité a été ajouté à la Constitution hellénique de 1975 suite à la révision constitutionnelle de 2001.

¹⁸¹⁷ Le Conseil d'Etat hellénique a pour la première fois contrôlé le principe de proportionnalité à l'occasion de l'arrêt CdE n° 343/1943 à propos de l'usage de la violence par la police. C'est toutefois dans l'arrêt n° 2112/1984 que le principe a été doté d'une valeur constitutionnelle. Il s'agissait à ce moment d'une analogie simple entre la mesure restrictive et l'objectif poursuivi (proportionnalité au sens strict) que la haute juridiction avait lié au principe de l'Etat de droit (CdE, n° 2261/1984). Progressivement, et surtout après la consécration constitutionnelle du principe de proportionnalité, le contrôle a évolué en intégrant le triple test de la Cour constitutionnelle allemande. Voir par exemple, CdE n° 3177/2007, n° 1621/2012 sur la restriction excessive de la liberté professionnelle.

¹⁸¹⁸ Article 52 de la Charte des DF, par. 1 al. 2 : « 1. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. CJCE, 28 octobre 1975, n° 36/75, *Rutili*. Il s'agissait auparavant d'un « principe général » du droit communautaire.

¹⁸¹⁹ CJUE, 18 novembre 2008, C-158/07, *Förster*. A propos de la proportionnalité de la condition restrictive de résidence pour l'octroi d'une allocation d'étudiant. Voir également, CJUE, 5 octobre 2010, C-173/09, *Elchinov*. « Une réglementation nationale qui exclut dans tous les cas la prise en charge des soins hospitaliers dispensés sans autorisation préalable prive l'assuré social, qui, pour des raisons liées à son état de santé ou à la nécessité de recevoir des soins en urgence dans un établissement hospitalier, a été empêché de solliciter une telle autorisation ou n'a pu attendre la réponse de l'institution compétente, de la prise en charge, par cette institution, de tels soins, quand bien même les conditions d'une telle prise en charge seraient par ailleurs réunies. Or, la prise en charge de tels soins n'est pas de nature à compromettre la réalisation des objectifs de planification hospitalière ni à porter gravement atteinte à l'équilibre financier du système de sécurité sociale. Elle n'affecte pas le maintien d'un service hospitalier équilibré et accessible à tous non plus que celui d'une capacité de soins et d'une compétence médicale sur le territoire national. Par conséquent, une telle réglementation n'est pas justifiée par lesdits impératifs et, en tout état de cause, ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité. Partant, elle comporte une restriction injustifiée à la libre prestation des services ».

clauses qui règlent la restriction législative renvoient à celui-ci¹⁸²⁰. La Cour européenne l'applique régulièrement¹⁸²¹ en contrôlant le degré des violations portées au vu des exigences d'une « société démocratique ».

1114. S'agissant, enfin, de l'ordre juridique français, il semble être moins réceptif au principe de proportionnalité qui n'y est pas directement consacré par les dispositions constitutionnelles¹⁸²² mais issu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel contrôlant l'*erreur manifeste* du législateur¹⁸²³. Or ainsi exercé, ce contrôle ne reprend pas le *triple test* allemand de proportionnalité¹⁸²⁴. Dans la plupart des cas, le juge constitutionnel français se limite au contrôle de la *proportionnalité au sens strict*, c'est-à-dire au contrôle d'une *disproportion manifeste* entre la restriction d'un droit et la finalité poursuivie par le législateur¹⁸²⁵.

1115. Le contrôle de l'*erreur manifeste d'appréciation*¹⁸²⁶ trouve son origine dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français relative à un « bilan coût-avantages »¹⁸²⁷. Son point commun avec le contrôle de proportionnalité classique est d'être un *mécanisme de pondération*

¹⁸²⁰ Article 8 CEDH, Droit au respect de la vie privée et familiale : « 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Voir également les deuxièmes paragraphes des articles 9 sur la liberté de pensée, de conscience et de religion et 10 sur la liberté d'expression.

¹⁸²¹ Cour EDH, 7 décembre 1976, n° 5493/72. Cour EDH, 26 avril 1979, n° 13166/87. Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth contre Suède*, n° 7151/75, n° 7152/75.

¹⁸²² Même si certaines normes sont considérées par la doctrine comme de constituant de tels fondements ; en particulier l'article 2, DDHC. Le principe de proportionnalité tel que concrétisé par le Conseil constitutionnel se fonde sur l'article 16, DDCH. Voir, par exemple, décision n° 2013-316 du 24 mai 2013, QPC.

¹⁸²³ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 dans laquelle le Conseil constitutionnel censure une atteinte grave qui méconnaît le sens du droit de propriété. Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 456. Voir également : décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 ; décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986.

¹⁸²⁴ Guy BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Tome II, L.G.D.J., 1974, p. 297. Xavier PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, 1989, p. 148. Il s'agit plus d'un contrôle d'absence de disproportion que d'un contrôle de proportionnalité au sens allemand.

¹⁸²⁵ Décision n° 2014-391 QPC du 25 avril 2014. Dans certains cas exceptionnels toutefois le juge constitutionnel effectue un « triple test » de proportionnalité. Voir notamment la décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 sur l'assignation à résidence, *infra*, note de bas de page, n° 1876.

¹⁸²⁶ Guillaume DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2016, p. 5. Voir également : Pierre MOOR, « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Presses Universitaires de Strasbourg, p. 319. Dominique ROUSSEAU, Julien BONNET, Pierre - Yves GADHOUN, *Droit du contentieux constitutionnel*, op.cit., p. 305.

¹⁸²⁷ CE, 28 mai 1971, n° 78825, *Ville nouvelle Est* ; CE, 19 mai 1933, n° 17413 17520, *Benjamin* concrétisant le contrôle « bilan coût-avantages ». Guillaume DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 5, Selon le Professeur Guillaume Drago, le contrôle de proportionnalité est le résultat d'un affinement des techniques contentieuses et de l'extension des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir effectués par le juge administratif. Voir également l'intervention de Jean-Marc SAUVE lors du colloque du Conseil d'Etat « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », disponible sur le site conseil-état.fr.

et d'équilibre entre la restriction d'un droit et la norme qui fonde celui-ci¹⁸²⁸. Il s'agit pour l'essentiel d'un *contrôle du seuil* d'un recul mesuré des droits fondamentaux¹⁸²⁹. Dans la mesure où il constitue une version minimale du contrôle de proportionnalité allemand, le contrôle de l'erreur manifeste par le juge constitutionnel est une spécificité française¹⁸³⁰.

1116. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel applique le *contrôle du seuil* en matière de droits sociaux constitutionnels. Cependant, il ne le fait pas par le biais du contrôle de l'*erreur manifeste*, mais en recourant au concept de *garanties légales des exigences constitutionnelles*¹⁸³¹. Les différences entre les deux ne sont toutefois pas très claires¹⁸³². Les deux types de contrôle renvoyant à des versions différentes du *contrôle de proportionnalité*, il convient de les assimiler¹⁸³³. Ainsi, le fait pour le législateur de priver les individus des *garanties légales* issues d'un droit fondamental est envisagée comme une atteinte excessive de ce dernier, qui est interdite¹⁸³⁴.

Après avoir étudié l'origine allemande du principe de proportionnalité, ainsi que sa réception en Grèce et en France, il convient de signaler son inadéquation quant au contrôle du législateur.

ii - La relativité du principe de proportionnalité

1117. Le contrôle de *proportionnalité au sens strict* s'appuie sur un élément qui résulte, *au cas par cas*, de la pondération entre la limitation du droit et l'objectif du législateur. Telle est la conséquence de sa *nature jurisprudentielle* et du fait qu'il a été créé comme un outil à la disposition des juges pour réaliser une appréciation concrète des ingérences. Il est donc possible

¹⁸²⁸ Xavier PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, 1989, p. 384.

¹⁸²⁹ Bernard MATHIEU, Michel VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 498.

¹⁸³⁰ Rhita BOUSTA, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, n° 4, 2011, p. 913.

¹⁸³¹ Les garanties légales des exigences constitutionnelles relèvent d'un type de contrôle de l'activité restrictive du législateur (Voir *supra*, p. 363). Elles sont régulièrement appliquées lorsqu'il s'agit de restriction de droits sociaux. Voir : décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003 ; décision n° 2010-617 DC du 9 novembre 2010 sur la réforme des retraites ; décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997 sur les allocations familiales ; décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004 sur la réforme de l'assurance-maladie.

¹⁸³² Il ne convient cependant pas de considérer que l'explication repose sur une différence hiérarchique entre les droits-libertés et les droits sociaux. Il ne s'agit nullement d'une spécificité liée aux droits sociaux, car la jurisprudence constitutionnelle ne limite pas l'utilisation des garanties légales aux seuls droits sociaux mais l'étend à l'ensemble des droits et des libertés. Voir Ariane VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 212-213.

¹⁸³³ Grégory MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, vol. 62, n° 2, 2005, p. 257-289, disponible sur le site cairn.fr.

¹⁸³⁴ Michel VERPEAUX, Bernard MATHIEU, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 498. Ariane VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 383, 384.

de constater la nature *relative et subjective*¹⁸³⁵ du contrôle de proportionnalité qui est ainsi inadapté au *contrôle de la substance* des droits fondamentaux. Contrairement à la *substance*, la *proportionnalité au sens strict* ne signifie pas que l'atteinte au-delà d'un certain point *indéterminé* est interdite ; elle signifie que la *qualification* d'une restriction comme *excessive* dépend de l'objectif poursuivi par le législateur. L'atteinte interdite n'est pas ici seulement *indéterminée*, mais aussi *indéfinie*.

1118. La dissociation entre la *substance* et le *principe de proportionnalité* est donc *a priori* indispensable. Il s'agit d'une différenciation qui a très tôt été faite par la Cour constitutionnelle allemande selon laquelle, en présence de la substance d'un droit fondamental, il n'y a de place pour une *mise en balance*¹⁸³⁶. Le principe de proportionnalité fait ainsi figure de limite *parallèle* à celle de la substance visant à surmonter les difficultés que présentent la définition de la dernière. Il n'est donc pas censé se substituer au contrôle de la substance, même s'il existe aujourd'hui une tendance à le penser comme un « équivalent fonctionnel du concept de la substance »¹⁸³⁷. Il s'agit, sans aucun doute, d'un phénomène problématique dans la mesure où il relativise la garantie de la *substance*¹⁸³⁸. Si l'on admet que les deux limites se recoupent, cela signifie qu'il n'y a pas d'élément incompressible des droits fondamentaux qui reste inviolable *alors que les conditions changent*.

1119. Il s'ensuit que le principe de proportionnalité est une limite pertinente seulement dans les cas où *l'élément incompressible* des droits fondamentaux n'est pas en question mais d'autres éléments impliquant une plus grande *marge* pour le législateur. Du point de vue de notre étude, dans la mesure où une obligation n'a pas de sens défini mais que sa signification exacte dépend largement des circonstances de chaque litige, elle peut être contrôlée par le biais du *principe de proportionnalité*. L'analyse qui suit prend comme point de référence la distinction mise en évidence précédemment entre les *obligations* au sens propre du terme et les *obligations*

¹⁸³⁵ Théodore FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, L.G.D.J., 1985, p. 479-484. La mise en balance illustre, selon le Professeur Fortsakis, une démarche empirique du juge.

¹⁸³⁶ Olivier JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, p. 44. (à propos de la décision de la Cour constitutionnelle allemande *Elfes*, 1958 BVerfG 7). Voir également, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Françoise TULKENS, François OST, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux, op.cit.*, p. 374.

¹⁸³⁷ David CAPITANT, *Les droits fondamentaux en Allemagne, op. cit.*, p. 157. Cette équivalence ne signifie pas l'élimination de la substance car « même proportionnée, il est une limite qu'en tout état de cause une ingérence ne doit jamais dépasser, une zone inviolable, un sanctuaire, à l'intérieur de chaque domaine protégé, dans lequel la puissance publique ne saurait s'ingérer, quel que soit le but d'intérêt général invoqué, sans remettre en cause la substance de ce droit ». Aharon BARAK, Doron KALIR, *Proportionality: Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, p. 149.

¹⁸³⁸ Sur le conflit entre une approche « absolutiste » et une approche « relativiste » de la substance, voir Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Françoise TULKENS, François OST, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux, op.cit.*, p. 368.

relatives du législateur¹⁸³⁹ dans l'objectif de démontrer que le contrôle de proportionnalité est pertinent seulement pour les secondes. Il convient d'admettre qu'il existe des obligations qui impliquent une plus grande marge de contrôle par rapport à d'autres et que, dans leur cas, le principe de proportionnalité est un moyen approprié de contrôle.

1120. Afin que le principe de proportionnalité ne se substitue pas au contrôle de la substance, il importe de distinguer les obligations au sens propre du terme des *obligations relatives* du législateur en matière de droits fondamentaux. En ce qui concerne les *droits sociaux constitutionnels*, il convient d'admettre que la *privation* des individus de leurs *droits sociaux forts* et la *privation* des individus pauvres de leurs *droits sociaux faibles* ne peut être contrôlée par le biais du principe de proportionnalité¹⁸⁴⁰. Dans les deux cas, il s'agit d'une *suppression* d'une prestation à l'égard d'une catégorie de bénéficiaires qui est *interdite* par le *principe de l'Etat social* en France et en Grèce parce qu'elle heurte les *contre-limites relevant de la structure* de ce dernier. Il s'agit d'un constat qui est approprié seulement en ce qui concerne la *privation* de prestations à une catégorie d'individus dans le cadre des ordres juridiques nationaux¹⁸⁴¹. Pour le reste des actes restrictifs, leur interdiction n'est pas certaine ; on évoque des *obligations relatives* du législateur.

1121. La question qui se pose alors est celle de savoir quelles sont les *obligations relatives* issues des droits sociaux constitutionnels. Afin d'y répondre, il convient de distinguer la *suppression* d'une prestation de son *aménagement restrictif*. Il importe ainsi de préciser que de telles *obligations relatives* sont celles qui sont liées à ce dernier, c'est à dire aux *modifications* apportées aux conditions de leur octroi qui n'aboutissent cependant pas à leur *suppression*¹⁸⁴². Il s'agit, dans ce cas, de la concrétisation législative des *conditions secondaires* à l'octroi des prestations et non de sa fourniture en tant que telle. Pour cette raison, du point de vue de notre étude, l'*aménagement* des droits sociaux législatifs est associé à une *marge discrétionnaire* importante du juge.

1122. Il est évident que la détermination des *conditions d'octroi* d'une prestation implique un plus grand nombre de *solutions possibles* que son abrogation. Tel est le cas, par exemple, des conditions d'âge pour les bénéficiaires de droits sociaux. Il en va de même lorsqu'il s'agit de

¹⁸³⁹ Voir *supra*, p. 140.

¹⁸⁴⁰ Voir *supra*, p. 416.

¹⁸⁴¹ En revanche, dans la mesure où la substance des droits sociaux fondamentaux ne peut être définie dans le cadre des ordres juridiques supranationaux, l'interdiction de leur suppression n'est pas certaine. Voir *supra*, p. 410

¹⁸⁴² Voir *supra*, p. 140, p. 415.

prestations pécuniaires qui présentent la spécificité de démontrer plus clairement que le reste des prestations la détérioration de la situation des bénéficiaires¹⁸⁴³. Ici, les choix dont dispose le législateur sont nombreux ; sa *marge* de contrôle est particulièrement étendue. Ce constat se rapporte notamment au débat suscité autour du niveau du montant des retraites¹⁸⁴⁴.

1123. Le contrôle de proportionnalité est, dès lors, approprié aux obligations qui limitent l'*aménagement restrictif* des droits sociaux législatifs. Dans l'hypothèse, toutefois, que l'aménagement réalisé aboutit à la *privation* d'un individu d'une prestation, il sera à nouveau question du contrôle de la *substance*. De ce point de vue, la garantie de la substance est toujours la limite ultime à la restriction des prestations.

Conclusion du § 1 :

1124. La *substance* des droits sociaux constitutionnels se différencie du *principe de proportionnalité*. Elle implique une définition de ce qui constitue une *atteinte excessive* aux droits sociaux fondamentaux. Tel n'est pas le cas pour le principe de proportionnalité qui détermine celle-ci en fonction de l'objectif du législateur, *au cas par cas*. La garantie de la substance est une *limite absolue* à la restriction des droits sociaux interdisant au législateur de *priver les bénéficiaires* de leurs droits sociaux forts, ainsi que de leurs droits sociaux faibles lorsqu'il est question d'extrême pauvreté. Pour sa part, le principe de proportionnalité est une *limite relative* qui peut seulement être appliquée lors de l'*aménagement législatif* des droits sociaux dérivés et qui est, même dans ce cas de figure, encadrée par l'interdiction de porter atteinte à la substance. Après avoir mis en exergue la différence entre les deux limites en ce qui concerne la détermination du degré excessif de l'atteinte, il convient de les différencier également par rapport à un autre élément : l'objectif poursuivi par le législateur est pris en compte par le juge uniquement dans le cas d'un contrôle de proportionnalité.

§ 2 - La prise en compte de l'objectif du législateur

1125. Dans le cas d'un contrôle de proportionnalité, l'objectif du législateur est mis « en balance » avec l'ingérence réalisée. Il s'agit d'une conséquence de la nature *relative* de la limite en question. L'élément, inexistant lors du contrôle de la substance, révèle un aspect problématique du contrôle de proportionnalité. D'une part, parce qu'il implique le risque d'une

¹⁸⁴³ Otto PFERSMANN, « Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand », *op.cit.*, p. 238.

¹⁸⁴⁴ Voir *infra*, p. 480 et s.

substitution du juge au législateur (A) et, d'autre part, parce qu'il aboutit souvent à la neutralisation du contrôle de proportionnalité dans un contexte de *crise* (B).

A - Le risque de substitution du juge au législateur

1126. La substitution *minimale* du juge au législateur est un élément du contrôle de proportionnalité (i). Cependant, devant le risque de remplacer le législateur dans l'exercice de ses compétences, le juge limite nécessairement le contrôle (ii).

i - La substitution minimale, un élément du contrôle de proportionnalité

1127. La substitution du juge au législateur est un élément du principe de proportionnalité, car il résulte de la définition même de ce dernier entendu en tant que *triple test* de nécessité, de pertinence et de proportionnalité au sens strict. Le juge de proportionnalité doit juger, d'une part, si l'ingérence réalisée est *nécessaire et pertinente* pour l'accomplissement de l'objectif du législateur et, d'autre part, si l'ingérence est *disproportionnée* par rapport à celui-ci. Ce sont surtout les deux premiers éléments du contrôle de proportionnalité qui impliquent que le juge *remplace* le législateur dans son choix des moyens de concrétisation des droits fondamentaux. A partir du moment où le juge de la proportionnalité entre sur le terrain de l'« évaluation » des normes législatives *dans une perspective autre que celle de leur constitutionnalité en tant que telle*, il se substitue partiellement au législateur.

1128. Plus précisément, la condition de la *nécessité* signifie que le juge recherche s'il existe d'autres moyens de concrétisation qui seraient *moins intrusifs* pour le droit fondamental. L'existence de tels choix rend la restriction non nécessaire. Pour sa part, le contrôle de la *pertinence* de la mesure restrictive présuppose que le juge conteste les moyens par lesquels le législateur a choisi de poursuivre ses objectifs, malgré le fait que c'est ce dernier qui est habilité par les Constitutions françaises et helléniques pour concrétiser les droits fondamentaux (*réserve de la loi*)¹⁸⁴⁵. Il s'agit, dans ce cas de figure, d'une *reconstruction* des normes examinées par le juge qui outrepassé ses compétences¹⁸⁴⁶. Lors d'un contrôle de proportionnalité, le rôle du juge est ainsi théoriquement renforcé vis-à-vis de celui du législateur¹⁸⁴⁷.

¹⁸⁴⁵ Voir *supra*, p. 27.

¹⁸⁴⁶ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 91. Il s'agit d'une « reconstruction des normes examinées, car leur formulation consiste dans l'énonciation non pas d'une relation entre un but et des moyens, mais d'actions obligatoires, interdites ou permises ».

¹⁸⁴⁷ Jeanne LEMASURIER, « Vers un nouveau principe général du droit, le principe "bilan coûts-avantages" », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, *op. cit.*, p. 551.

1129. Le problème de la *substitution* du juge au législateur est caractérisé par différents *degrés* de gravité. Il est particulièrement sérieux dans l'hypothèse où la généralisation du principe de proportionnalité a été accomplie *sans* norme constitutionnelle ou conventionnelle directe. Ce fait explique la raison pour laquelle le juge constitutionnel français, en l'absence de fondement direct du principe de proportionnalité, applique *a minima* celui-ci par le biais d'un *contrôle de l'erreur manifeste*¹⁸⁴⁸.

1130. La même question prend une autre dimension dans d'autres ordres juridiques, comme l'ordre juridique hellénique et les ordres juridiques supranationaux où le principe de proportionnalité est *directement ou indirectement* consacré comme limite à la restriction des droits fondamentaux¹⁸⁴⁹. Il s'agit ici d'une « lecture inverse de la réserve de la loi » : le législateur n'a plus la compétence générale d'organiser l'exercice d'une liberté avec la seule limite de la substance, mais il est obligé de choisir toujours la voie qui donne le plus de place à la réalisation du droit en question¹⁸⁵⁰. Cependant, même dans ces cas, le problème du remplacement du législateur subsiste. Il serait complètement éliminé seulement dans le cas où l'on saurait de manière objective, en vertu du principe de proportionnalité, quand le plus de place est laissé aux droits. En raison de sa *relativité*, le juge peut substituer sa propre concrétisation de la *mesure la moins intrusive* à celle du législateur.

1131. Etant donné l'aspect problématique du contrôle de proportionnalité présenté ci-dessus, le juge est obligé de limiter son exercice. Afin de ne pas outrepasser sa compétence, il ne peut écarter ou annuler une concrétisation législative seulement parce qu'une autre concrétisation législative serait plus adaptée à l'objectif poursuivi ou moins intrusive. Il serait, dans cette hypothèse, question d'une *substitution totale* du juge au législateur ou d'un « contrôle d'opportunité »¹⁸⁵¹. En effet, dans le cas où le juge chercherait des solutions alternatives à celles proposées par le législateur, il deviendrait un deuxième législateur positif à côté du

¹⁸⁴⁸ Voir *supra*, p. 450.

¹⁸⁴⁹ Voir *supra*, p. 449.

¹⁸⁵⁰ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 92. « Le législateur n'a plus la compétence générale d'organiser l'exercice d'une liberté avec la seule limite du noyau essentiel. Il est au contraire obligé de choisir toujours la voie qui donne le plus de place à la réalisation du droit en question, à condition que les moyens prévus soient eux-mêmes constitutionnellement admissibles et appropriés ».

¹⁸⁵¹ Pierre MOOR, « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 319. Dominique ROUSSEAU, Julien BONNET, Pierre-Yves, GADHOUN, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op.cit.*, p. 310.

Parlement¹⁸⁵², mais moins légitime¹⁸⁵³. Il s'avère qu'à cause du risque qui y est inhérent, le principe de proportionnalité implique un contrôle restreint à l'égard du législateur. La question qui se pose est celle des manifestations de la restriction du contrôle de proportionnalité par le juge.

ii - La restriction nécessaire du contrôle de proportionnalité

1132. Devant le risque de procéder à un *contrôle d'opportunité*, le juge qui exerce le contrôle de proportionnalité est obligé de le faire d'une manière modérée. On peut alors aborder le contrôle de proportionnalité comme un contrôle *faible* ou *minimal*. Cela a des conséquences différentes selon les cas auxquels le principe de proportionnalité s'applique.

1133. Si le contrôle de proportionnalité est en général entendu comme un *mécanisme de pondération* entre différentes normes constitutionnelles¹⁸⁵⁴, il importe de préciser ces dernières. Il est possible de distinguer deux catégories principales de normes constitutionnelles susceptibles de justifier la restriction de droits fondamentaux. Il peut s'agir, d'une part, des *droits fondamentaux concurrents* définis comme des droits fondamentaux qui entrent en conflit avec d'autres droits, comme cela est souvent le cas entre droits-libertés et droits sociaux¹⁸⁵⁵. Il peut s'agir, d'autre part, de *concepts à contenu variable* entendus comme des concepts dont le sens exact est défini par le législateur selon les cas ; les exemples les plus caractéristiques des derniers étant *l'intérêt général* et *l'ordre public*¹⁸⁵⁶.

1134. Le fait pour les *droits fondamentaux concurrents* ou les *concepts à contenu variable* de constituer les normes principales sur la base desquelles le législateur limite les droits ressort de la jurisprudence de toutes les hautes juridictions qui exercent un contrôle de proportionnalité. Le constat résulte en effet des jurisprudences du Conseil constitutionnel en France¹⁸⁵⁷ et du

¹⁸⁵² Xavier PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *op.cit.*, p. 152. « L'opportunité consiste à rechercher ce qui convient le mieux alors que la proportionnalité – juridique - est destinée à empêcher l'inadmissible ».

¹⁸⁵³ Evangelia GEORGITSI, « La proportionnalité comme instrument de "conciliation" des normes antagonistes. Regard critique sur l'identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *op. cit.*

¹⁸⁵⁴ Georges XYNOPOYLOS « Proportionnalité », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* p. 1251. Il s'agit d'un « mécanisme de pondération entre des principes juridiques de rang équivalent, simultanément applicables mais antinomiques ».

¹⁸⁵⁵ Voir par exemple *supra*, p. 110.

¹⁸⁵⁶ Voir *supra*, p. 117, p. 243. Les auteurs grecs évoquent dans ce cas de figure une limitation « sociale » des droits fondamentaux, c'est-à-dire une limitation qui sert à l'intérêt de la collectivité. Lire Prodromos DAGTOGLOU, *Droits individuels*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 2012, p. 122.

¹⁸⁵⁷ Voir, par exemple, la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 sur l'inconstitutionnalité des clauses de désignation.

Conseil d'Etat en Grèce¹⁸⁵⁸ relatives aux limitations des droits sociaux réalisées par des lois qui concrétisent les droits-libertés et *vice versa*¹⁸⁵⁹. Il en va de même pour les restrictions aux droits sociaux fondamentaux au regard des *concepts à contenu variable* en France¹⁸⁶⁰ et en Grèce¹⁸⁶¹. L'étude de la jurisprudence des hautes juridictions supranationales offre également de nombreuses illustrations sur le sujet¹⁸⁶².

1135. Le caractère *minimal* du contrôle de proportionnalité se manifeste d'une manière différente selon la catégorie de normes concernées. Dans le cas des *droits fondamentaux concurrents*, le contrôle de proportionnalité peut être faible, mais il parvient tout de même à contrôler un choix législatif inadmissible au regard de droits fondamentaux qui subissent la restriction. Lorsqu'un *droit social* est limité par la concrétisation d'un *droit-liberté*, le juge examine dans quelle mesure l'intervention législative restrictive est possible au regard de la *signification* d'un droit-liberté. Le sens des *droits fondamentaux* est souvent indéterminé à première vue mais il s'agit d'un élément sur lequel le juge peut s'appuyer pour contrôler, par le biais du principe de proportionnalité, les *solutions possibles* en l'espèce.

1136. Tel n'est toutefois pas le cas du contrôle de proportionnalité en matière de *concepts à contenu variable*. Ceux-ci sont aujourd'hui dotés d'une valeur constitutionnelle¹⁸⁶³, sans cependant avoir un sens *défini*. Par opposition aux *droits fondamentaux concurrents*, dans le cas de l'ordre public et de l'intérêt général, le législateur non seulement les *détermine*, mais également les *définit*. La consécration constitutionnelle des concepts à contenu variable tend ainsi à être *descriptive* dans la mesure où ils changent de sens en fonction des *circonstances* prises en compte par le législateur¹⁸⁶⁴.

¹⁸⁵⁸ Voir, par exemple, CdE, n° 1577/2017 sur la reconnaissance des licences octroyés par des universités privées.

¹⁸⁵⁹ Décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 sur le droit au repos des travailleurs vis-à-vis de la liberté contractuelle. CdE, n° 1804/2017 sur les contraintes à la liberté professionnelle des pharmaciens imposées par le droit à la santé. CdE, n° 547/1991.

¹⁸⁶⁰ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 sur la conciliation entre liberté personnelle et ordre public, Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997. Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993. Sur l'intérêt général, voir décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003.

¹⁸⁶¹ CdE, n° 1129/2003 sur l'intérêt général des expropriations. CdE, n° 3816/2013 à propos de l'expulsion des immigrants.

¹⁸⁶² Voir sur cette question Georges KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire un concept à contenu variable », *RTD Eur.*, n° 1, 2002, p. 1.

¹⁸⁶³ Voir *supra*, p. 119, p. 244.

¹⁸⁶⁴ Xavier PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *op. cit.*, p. 144. « Le processus de concrétisation progressive du droit fait entrer en ligne de compte dans de nombreux cas cet élément indépendant de la volonté de l'auteur de l'acte ou même du juge que sont les circonstances. D'une certaine façon, elles constituent la raison d'être de la phase de création de chaque norme dans la mesure où la construction de la règle impose son adaptation aux différentes situations rencontrées au fur et à mesure qu'elles se précisent. La situation du fait est donc une donnée objective en fonction de laquelle une autorité

1137. Comme le sens des *concepts à contenu variable* est défini par le législateur, lors d'un contrôle de proportionnalité, le juge se trouve obligé de respecter leur concrétisation législative sans vraiment pouvoir recourir à une disposition supra-législative pour contrôler leur conformité. Il n'est pas ici question, pour le juge, de déterminer si un choix est admissible au regard du sens d'une disposition constitutionnelle mais s'il est admissible dans un contexte particulier de concrétisation réalisée par le législateur. La contrainte de ne pas outrepasser ses compétences et de ne pas substituer sa propre appréciation de l'intérêt général ou de l'ordre public à celle du législateur se révèle, dès lors, très importante¹⁸⁶⁵. Pour toutes ces raisons, dans le cas de conflits entre droits fondamentaux et *concepts à contenu variable*, le contrôle de proportionnalité est plus faible encore que celui exercé en matière de *droits concurrents*.

1138. Dans la mesure où le contrôle de proportionnalité a un caractère *faible*, il devient clair que le principe de proportionnalité n'est pas « intrinsèquement protecteur » des droits fondamentaux, mais peut aussi être mobilisé pour élargir le cercle des restrictions constitutionnellement admises à ceux-ci¹⁸⁶⁶. Il convient, à cet égard, de constater les répercussions sur le contrôle de proportionnalité lorsque les *concepts à contenu variable* se concrétisent dans le cadre de « conditions exceptionnelles ».

B - Le risque de neutralisation du contrôle de proportionnalité dans le contexte d'une crise

1139. L'avènement de « conditions exceptionnelles », soit des conditions dans lesquelles le législateur doit prendre des mesures restrictives pour les droits fondamentaux afin de faire face à des conditions d'urgence, risque de *neutraliser* le contrôle de proportionnalité. La problématique se présente en France lors de l'établissement de l'« état d'urgence » (i), mais aussi en Grèce dans le cadre des « conditions exceptionnelles financières » (ii).

agit ». Voir Markus MULLER, Gabrielle RIVIER, *Proportionnalité, Le Rubik's Cube du droit*, Stämpfli Editions, 2016. Voir également Stavroula KTISTAKI, « L'impact de la crise économique sur les droits sociaux », *op. cit.*

¹⁸⁶⁵ Cela est explicitement admis par les hautes juridictions en France et en Grèce. Le juge constitutionnel français reconnaît qu'il « n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assigné le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé » (décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, décision n° 94-341 DC du 6 juillet 1994). Il en va de même pour le Conseil d'Etat hellénique selon lequel « l'appréciation du législateur à propos de l'existence de raisons d'intérêt général imposant la restriction du droit aux créances, ainsi que de la politique législative appropriée pour sa concrétisation est soumise à un contrôle minimal » (arrêt CdE, n° 668/2012).

¹⁸⁶⁶ Evangelia GEORGITSI, « La proportionnalité comme instrument de "conciliation" des normes antagonistes », *op. cit.*

i - L'établissement de l'« état d'urgence » en France

1140. En France, l'« état d'urgence » est entendu comme le dispositif législatif qui permet au législateur de prendre certaines mesures exceptionnelles pouvant conduire à une intensification des restrictions aux droits fondamentaux pour une courte durée de temps¹⁸⁶⁷. Le recours à ce dispositif par le législateur implique que les restrictions apportées aux droits fondamentaux soient nécessaires pour des *raisons d'ordre public*¹⁸⁶⁸. A cet égard, une partie de la doctrine¹⁸⁶⁹ signale un déséquilibre potentiel entre les droits fondamentaux et la sauvegarde de l'ordre public *dans un contexte d'urgence*.

1141. La problématique de la restriction du *contrôle de proportionnalité* dans le cadre de l'état d'urgence émerge de la jurisprudence des hautes juridictions françaises depuis très longtemps. Le Conseil d'Etat français a dû le premier se confronter à la question en décidant de limiter l'application du contrôle de proportionnalité lors de la mise en œuvre du dispositif¹⁸⁷⁰. Il a ainsi été jugé qu'elle ne pouvait être contrôlée au motif qu'une telle décision ne relève pas des compétences juridictionnelles¹⁸⁷¹. De même, le juge constitutionnel a également écarté le grief d'inconstitutionnalité concernant l'établissement de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie¹⁸⁷². Le principe de proportionnalité est une limite à la restriction des droits qui peut être neutralisée vis-à-vis de l'ordre public dans un contexte de *conditions exceptionnelles*.

¹⁸⁶⁷ Le dispositif de l'état d'urgence a été créé par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 (JORF n° 0085 du 7 avril 1955, p. 3479). Par opposition à l'état de siège (article 16 et 36 de la Constitution), il n'a pas une valeur constitutionnelle. La loi de 1955 a été récemment modifiée par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions (JORF n° 0270 du 21 novembre 2015, p. 21665). Loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence (JORF n° 0295 du 20 décembre 2016). Loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence (JORF n° 0162 du 12 juillet 2017).

¹⁸⁶⁸ Lire sur ce sujet l'intervention de Bernard STIRN lors du colloque organisé par le Conseil d'Etat sur le sujet « Ordre public et libertés publiques » le 17 septembre 2015 disponible sur le site conseil-état.fr.

¹⁸⁶⁹ Dominique ROUSSEAU, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Revue Projet*, vol. 291, n° 2, 2006, p. 19-26. Disponible sur cairn.fr.

¹⁸⁷⁰ Tribunal des conflits, 2 décembre 1902, n° 00543, Société immobilière de Saint-Just. C'est à l'occasion de cet arrêt que le commissaire du gouvernement avait exprimé la phrase très connue selon laquelle « Quand la maison brûle on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers ». C'était en dehors de tout texte que le Conseil d'Etat français avait construit sa jurisprudence des conditions exceptionnelles : CE, 28 juin 1918, n° 63412, *Heyriès* et CE, 28 février 1919, n° 6159, *Dol et Laurent*. En période de crise, comme par exemple durant une guerre, l'Etat dispose de pouvoirs exceptionnellement étendus afin notamment d'assurer la continuité des services publics.

¹⁸⁷¹ Il s'agit d'un acte de gouvernement. CE, 2 mars 1962, n° 55049, n° 55055, *Rubin de Servens*. En l'espèce, le Conseil d'Etat indique qu'il ne lui revient pas de contrôler la décision, prise par le Président de la République, de recourir à l'article 16 de la Constitution.

¹⁸⁷² Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, à propos de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie. En l'espèce, le Conseil constitutionnel, sans examiner la constitutionnalité de la loi du 3 avril 1955, a écarté le moyen tiré de l'abrogation de la loi de 1955 par la Constitution de 1958 en jugeant que : « Considérant que, si la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être de même

1142. Cependant, la neutralisation initiale du contrôle a progressivement évolué dans l'ordre juridique français. Les hautes juridictions ont en effet procédé à un *revirement* de leur jurisprudence sur le sujet. S'agissant du Conseil d'Etat français, le revirement jurisprudentiel date de 2005, lorsqu'il a admis que désormais le juge administratif était compétent pour se prononcer sur la conformité à la loi du décret actant le recours à *l'état d'urgence*¹⁸⁷³. Dans le contexte de l'établissement de *l'état d'urgence* en 2015 afin de prévenir des attentats terroristes, l'application d'un contrôle de proportionnalité a été confirmée¹⁸⁷⁴. En particulier, à propos de la loi sur les *assignments à domicile*, plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) ont été renvoyées au Conseil constitutionnel par le Conseil d'Etat français¹⁸⁷⁵. Cependant, au moment de son examen des mesures restrictives aux droits fondamentaux prises dans le cadre de *l'état d'urgence*, le juge constitutionnel n'a quant à lui pas réalisé un *contrôle de l'erreur manifeste*, mais le *triple test de proportionnalité*¹⁸⁷⁶.

1143. Or, même sous sa forme « renforcée », le triple test ne peut pas vraiment aboutir à une décision qui se substitue à l'appréciation du législateur concernant les raisons d'urgence qui imposent des restrictions aux droits fondamentaux. Ainsi, dans la majorité des litiges, les mesures restrictives aux droits fondamentaux ont été jugées conformes aux dispositions constitutionnelles¹⁸⁷⁷. Il s'avère que dans un contexte d'urgence, le juge appréhende l'ordre public nécessairement dans un *sens large* qui justifie toute restriction, à l'instar du

lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi ; que, dès lors, les moyens développés par les auteurs de la saisine ne peuvent être accueillis ».

¹⁸⁷³ Le décret par lequel le Président de la République a déclaré l'état d'urgence en vertu de la loi du 3 avril 1955 à la suite des violences urbaines n'est pas un acte de gouvernement dès lors que l'intervention du Parlement appelé à décider de la prorogation de ce régime d'exception n'est pas certaine au moment de l'édition du décret. Voir CE, 14 novembre 2005, n° 286835, *Rolin*. « Vu que les mesures qu'autorise l'institution de l'état d'urgence sont les seules à même d'apporter aux autorités administratives les possibilités d'actions préventives qui leur faisaient défaut dans les circonstances exceptionnelles du moment et sont seules adaptées au rétablissement de l'ordre public ; que, dans ces conditions, l'urgence réside dans l'application complète et immédiate des mesures qui ont été décidées, lesquelles ont, au demeurant, un caractère provisoire ». Voir également CE, 9 décembre 2005, n° 287777, *Allouache*.

¹⁸⁷⁴ Denis BARANGER, « L'état d'urgence dans la durée », *RFDA*, n° 3, 2016, p. 447.

¹⁸⁷⁵ Le Conseil d'Etat, saisi dans le cadre de la procédure du référé-liberté, a examiné en urgence sept affaires d'assignments à résidence. Il a renvoyé au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui fonde le pouvoir d'assignation à résidence du ministre de l'Intérieur. Il s'agit des arrêts CE, 11 décembre 2015, n°s 395009, 394190, 394192, 394993, 394989, 394991, 395002.

¹⁸⁷⁶ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015. Considérant n° 4 : « Considérant qu'aux termes de l'article 66 de la Constitution : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. - L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » ; que la liberté individuelle, dont la protection est confiée à l'autorité judiciaire, ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis ».

¹⁸⁷⁷ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015. Voir également : décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, Décision n° 2017-674 QPC du 30 novembre 2017.

législateur¹⁸⁷⁸. Dans le cadre de *l'état d'urgence*, le contrôle de proportionnalité réalisé est par conséquent, de fait, limité¹⁸⁷⁹ ; constat qui a donné lieu à des critiques de la part de la doctrine¹⁸⁸⁰.

1144. Du point de vue de notre étude, seul le contrôle *de la substance* garantit qu'il n'y aura pas une atteinte excessive aux droits constitutionnels. Ainsi, dans le contexte récent de *l'état d'urgence* déclaré en France, un contrôle de proportionnalité a été exercé mais il ne constitue pas une limite pertinente aux nombreuses restrictions apportées aux droits-libertés prévues par le législateur au nom de *conditions exceptionnelles*. Tel était aussi le cas en Grèce durant la période dite des « conditions financières exceptionnelles », alors même que l'« urgence » d'une situation financière peut être difficilement conçue.

ii - Les « conditions financières exceptionnelles » en Grèce

1145. Dans l'ordre juridique hellénique, le risque de neutralisation du contrôle de proportionnalité a émergé à l'occasion des concrétisations négatives du droit à la retraite. Des limitations à ce droit ont été décidées, justifiées par *l'intérêt général* tel que conçu dans le contexte de la crise financière.

1146. En premier lieu, le Conseil d'Etat grec s'est saisi de la question. A l'occasion de son arrêt n° 668/2012 (ci-après, « premier arrêt Mémoire » qui se distingue du « second arrêt Mémoire »¹⁸⁸¹), il s'est prononcé sur la constitutionnalité et la conventionnalité de la loi issue du premier Mémoire impliquant une restriction des salaires et des retraites¹⁸⁸². D'après les juges, les restrictions apportées aux droits sociaux en question étaient conformes

¹⁸⁷⁸ Il s'agit d'une formule classique depuis la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 sur la Nouvelle-Calédonie selon laquelle « en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés publiques ne saurait être assuré ». Voir aussi : décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006.

¹⁸⁷⁹ CE, ord. du 27 janvier 2016, n° 396220, *Ligue des droits de l'homme et autres*. CE, 14 novembre 2005, n° 286835. Voir également sur ce sujet le contrôle effectué par la Cour européenne : Cour EDH, 1^{er} juillet 1961, n° 332/57, *Lawless contre Irlande* ; Cour EDH, 18 janvier 1978, n° 5310/71, *Irlande contre Royaume-Uni*. Lors de son contrôle de proportionnalité des mesures, la Cour tient compte de la « large marge d'appréciation » dont dispose l'État dans le cadre de l'article 15 de la Convention européenne sur la dérogation en cas d'état d'urgence. Voir Patrick WACHSMANN, « Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2016, p. 2425.

¹⁸⁸⁰ Olivier LE BOT « Prorogation de l'état d'urgence et mesures de lutte antiterroriste », *AJDA* 2016, p. 1914. Denis BARANGER, « Quel "État de droit" ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », *RFDA*, 2016, p. 355.

¹⁸⁸¹ Il s'agit de l'arrêt CdE n° 668/2012, contrôlant la constitutionnalité des lois n° 3833, n° 3845/2010 issues du premier Mémoire. L'arrêt n° 2287/2015 contrôle celle des lois issues du second Mémoire, voir *infra*, p. 484.

¹⁸⁸² Voir *supra*, p. 17.

tant à l'article 25, paragraphe 1 de la Constitution hellénique qui consacre le *principe de proportionnalité* qu'à l'article 1^{er} du PPA de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui consacre le *droit à la propriété*.

1147. Le *raisonnement* de l'arrêt suscite le plus grand intérêt, témoignant de la problématique qui concerne la neutralisation du contrôle de proportionnalité. Les juges du Conseil d'Etat hellénique ont procédé en l'espèce à une analyse très détaillée des *conditions d'assainissement financier* de la Grèce, afin d'en tirer les fondements d'un « intérêt général impérieux »¹⁸⁸³ justifiant les mesures restrictives votées. Généralement, le fait pour les juges d'invoquer un *intérêt général impérieux* au lieu de l'*intérêt général* implique à première vue un « renforcement » du contrôle de proportionnalité.

1148. Néanmoins, il s'agit seulement d'un renforcement apparent dans le contexte particulier de l'*urgence* : en raison des conditions exceptionnelles qui révèlent un *intérêt général impératif*, toutes les mesures restrictives aux droits sociaux prises par le législateur sont justifiées. En effet, si l'intérêt général servi par le législateur est considéré comme *impératif*, la marge laissée au juge de la constitutionnalité pour écarter la démarche est négligeable. Dans le cadre d'une telle urgence économique, le juge est « contraint » de s'aligner sur les choix du législateur. De ce point de vue, même sous une forme renforcée, le contrôle de proportionnalité est en réalité neutralisé au regard du déficit budgétaire de la Grèce.

1149. Une telle neutralisation du contrôle de proportionnalité s'est aussi manifestée, d'après la doctrine hellénique¹⁸⁸⁴, par l'absence de demande de la part des juges d'une *étude logistique* à l'appui de la restriction apportée au droit à la retraite¹⁸⁸⁵. L'analyse d'une telle étude par le juge lui permettrait de constater la *pertinence*, la *nécessité* et la *proportionnalité au sens strict* des restrictions apportées au droit constitutionnel à la sécurité sociale. Elle serait ainsi un outil important du contrôle de proportionnalité¹⁸⁸⁶. Mais le fait qu'en l'espèce une telle étude soit absente confirme que le contrôle de proportionnalité est, en réalité, neutralisé. De ce point de vue, le rapprochement entre la *crise financière* de la Grèce et le concept d'*état d'urgence* devient clair¹⁸⁸⁷.

¹⁸⁸³ Considérant n° 34 de l'arrêt n° 668/2012.

¹⁸⁸⁴ Kostas CHRYSOGONOS, Akritas KAI DATZIS, « Réforme des retraites et Constitution. Un premier bilan à l'occasion de l'arrêt CdE n° 668/2012 », *op. cit.*

¹⁸⁸⁵ Par opposition au second arrêt Mémoire n° 2287/2015.

¹⁸⁸⁶ Aggelos STERGIU, « La loi 4387/2016 sur la réforme des retraites », *EfDD*, 3/2016, p. 255.

¹⁸⁸⁷ Dimitris TRAULOS – TZANETATOS, « 'Etat d'urgence', intérêt général et contrôle de constitutionnalité, à l'occasion de l'arrêt CdE n° 2307/2014 », *EEE*, vol. 74, n° 1, 2015, p. 5 (en grec). Stavroula KTISTAKI, « L'impact de la crise économique sur les droits sociaux », *op. cit.*

1150. Mais il s'agit d'un rapprochement extrêmement problématique. La doctrine hellénique¹⁸⁸⁸ a beaucoup critiqué la jurisprudence qui établit un lien entre l'intérêt général impérial et les difficultés budgétaires de l'Etat hellénique. Le principal argument doctrinal à l'encontre d'une telle concrétisation de l'intérêt général tient notamment à son *identification* à partir de l'*intérêt budgétaire* de l'Etat¹⁸⁸⁹. Le recoupement des deux concepts méconnaît le fait que l'intérêt budgétaire de l'Etat n'est en principe qu'un *aspect* de l'intérêt général qui est un concept plus large¹⁸⁹⁰. D'après la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat hellénique, la question de la comptabilité publique se superpose à tous les autres aspects de l'intérêt général lorsque le dernier est qualifié d'*impérial*.

1151. Si le Conseil d'Etat hellénique a plus tard procédé à un revirement de jurisprudence sur le sujet¹⁸⁹¹, tel n'est pas le cas des *hautes juridictions supranationales* qui ont été également saisies à propos de la même question. La Cour européenne reconnaît une *large marge d'appréciation* au législateur en vue d'établir des mesures d'austérité au nom de l'intérêt général, pour résoudre la crise financière¹⁸⁹². Il en va de même pour la Cour de Justice qui permet une restriction des droits sociaux fondamentaux au regard de l'*intérêt général impératif*, auquel se rapportent notamment les problèmes budgétaires des Etats membres¹⁸⁹³. On peut ainsi

¹⁸⁸⁸ Constantin YANNAKOPOULOS, « L'intérêt général dans la perspective de la crise économique - Réflexions à l'occasion des arrêts CdE B n° 693/2011, CdE ST 1620/2011 CdE 2094/2011 », *EfDD*, n°1, 2012, p. 100. Antonios SKLIAS, « La crise financière et son impact sur le raisonnement du juge », *EfDD*, n°1, 2012, p. 81. Apostolos GERONTAS, « Le Mémoire et la production des normes », *EfDD*, n°5, 2010, p.706 (en grec).

¹⁸⁸⁹ Chrysoula MOUKIOU, « La crise grecque et le droit public », *R.F.D.A.*, n° 4, 2016, p.835.

¹⁸⁹⁰ Prokopis PAVLOPOULOS, *Le droit public à l'épreuve de la crise financière*, Livanis, 2013, p. 254 et s.. Iakovos MATHIOUDAKIS, « La transformation de l'intérêt financier de l'Etat dans une période intense de crise financière. A l'occasion des arrêts récents CdE, n°693/2011 et n°1620/2011 », *EfDD*, n°4, 2011, p. 478.

¹⁸⁹¹ Voir *infra*, p. 484.

¹⁸⁹² Cour EDH, 7 mai 2013, n° 57665/12 et n° 57657/12, *Koufaki et ADEDY contre Grèce*. En l'occurrence, la Cour a rejeté le grief de la méconnaissance par le législateur grec des exigences découlant de la Constitution nationale et des textes communautaires, ainsi que le grief de la violation du principe de proportionnalité. Elle a conclu alors que l'objectif d'intérêt général fixé par le législateur national était légitime. En prenant en considération le rapport introductif de la loi n° 3833/2010 (JO A/65/6-5-2010 et A/40/15-03-2010), elle a souligné que l'adoption des mesures en question était justifiée par l'existence d'une crise exceptionnelle et sans précédent dans l'histoire récente de la Grèce. Enfin, elle a jugé que les mesures étaient adéquates, nécessaires et proportionnelles *stricto sensu*, d'autant plus que les requérants n'avaient ni évoqué ni prouvé que « leur situation s'était dégradée à un point tel que leur subsistance serait mise en danger. Voir également : Cour EDH, 25 octobre 2011, n° 2033/04, *Valkov et autres contre Bulgarie* ; Cour EDH, 7 février 2012, n° 45312/11, n° 45581/11, n° 45583/11, n° 45587/11 et n° 45588/11, *Frimu et autres contre Roumanie* ; Cour EDH, 8 octobre 2013, n° 62235/12 et n° 57725/12 *Mateus et Santos Januário contre Portugal* ; Cour EDH, 15 octobre 2013, n° 66365/09, *Savickas contre Lituanie* ; Cour EDH, 1^{er} septembre 2015, n° 13341/14, *Da Silva Carvalho Rico contre Portugal*. Voir Andreea Maria ROSU, *The European Convention of Human Rights in time of Economic Crisis and Austerity Measures*, Ed. key, 2015.

¹⁸⁹³ CJUE, 13 juin 2017, C-258/14, considérant n° 55 : « À cet égard, il convient d'observer, tout d'abord, que, ainsi qu'il ressort du libellé de l'article 2 de la loi n° 329/2009, celle-ci revêt un caractère exceptionnel et a vocation à être temporaire ».

constater que les hautes juridictions supranationales réalisent également un contrôle de proportionnalité très *faible* à l'égard des droits sociaux fondamentaux¹⁸⁹⁴.

1152. Le constat d'un contrôle de proportionnalité des droits sociaux conventionnels *restreint* n'est toutefois pas surprenant étant donné l'analyse précédemment réalisée sur leurs spécificités¹⁸⁹⁵. Dans le cas de restrictions imposées par les déficits budgétaires des Etats membres, les hautes juridictions supranationales soulignent, selon leur approche classique, la nécessité de ne pas transgresser la *marge nationale*¹⁸⁹⁶. Il est ici intéressant de constater est que le Conseil d'Etat hellénique, dans son premier arrêt Mémoire, a souligné que la loi restrictive de droits sociaux concrétisait des *obligations supranationales* à l'égard de la Grèce imposées par des organes communautaires.

1153. De ce point de vue, au sein de l'ordre juridique hellénique, ce ne sont pas seulement les *conditions exceptionnelles* qui neutralisent le contrôle de proportionnalité, c'est également l'existence d'une obligation d'origine *supranationale*¹⁸⁹⁷. Dès lors, il est possible de voir que, d'une part, les *juridictions internationales* affaiblissent le contrôle de proportionnalité des coupes budgétaires afin de laisser une plus grande latitude au législateur national et, d'autre part, les *juridictions nationales* affaiblissent leur contrôle devant les obligations internationales. Au-delà de l'affirmation de la *relativité* du contrôle de proportionnalité, c'est ici une vision inverse du fameux « dialogue des juges », souvent considéré par la doctrine comme une grande avancée en matière des droits fondamentaux¹⁸⁹⁸, qui transparait.

¹⁸⁹⁴ Constantin YANNAKOPOULOS, « La Cour de justice de l'Union européenne et la crise de la zone Euro : "la trahison des images" », rédigée d'une conférence de spécialité prononcée par l'auteur et organisée par l'Ecole Doctorale de Droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3, le mardi 28 mars 2017, à l'Amphithéâtre Huvelin (Palais de l'université – 15 quai Claude Bernard – Lyon 7e), publiée sur le site constitutionalisme.gr le 2 avril 2017.

¹⁸⁹⁵ Voir *supra*, Chapitre 2, Titre 1, Partie 1.

¹⁸⁹⁶ Cour EDH, 5 sept. 2017, n° 78117/13, *Fabian c Hongrie*. « 84. À la lumière de ce qui précède, et compte tenu une fois encore de l'ample marge d'appréciation dont l'État dispose en la matière ainsi que des objectifs légitimes consistant à ménager les finances publiques et à assurer la pérennité du système de retraite hongrois, la Cour juge qu'un juste équilibre a été trouvé entre, d'une part, les exigences de l'intérêt général de la collectivité et, d'autre part, les impératifs de la protection des droits fondamentaux du requérant, et que celui-ci n'a pas eu à supporter de charge individuelle exorbitante ». Voir Manon THOUVENOT, « La marge d'appréciation nationale, le faux-fuyant de la CEDH face aux décisions économiques d'envergure », *JADE*, 5 octobre 2017, disponible sur le site revue-jade.eu/article/view/1999.

¹⁸⁹⁷ A cet égard, le concept d'« intérêt général européen » proposé par la doctrine française nous paraît en l'espèce approprié pour décrire une concrétisation législative nécessaire en raison des conventions supranationales. Dominique ROUSSEAU, Julien BONNET, Pierre-Yves GADHOUN, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 689. Voir la décision Conseil constitutionnel DC n°2009-52 du 19 novembre 2009, considérant 10 : « Considérant, en premier lieu, qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi déferée qu'en organisant le transfert des agents de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes, qui ont pour mission d'orienter les demandeurs d'emploi vers la formation, le législateur a entendu mettre la situation de cette association en conformité avec les règles de concurrence résultant du droit communautaire ».

¹⁸⁹⁸ Voir Sophie ROBIN-OLIVIER, « Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe », *Droit social*, n° 3, 2016, p. 219.

Conclusion du § 2 :

1154. Le contrôle de proportionnalité implique pour le juge de prendre en compte l'*objectif* du législateur, un élément que le contrôle de la *substance* des droits fondamentaux écarte. L'*objectif* renvoie à une norme supra-législative qui fonde la restriction apportée aux droits fondamentaux, comme par exemple cela est le cas des *droits fondamentaux concurrents* et des *concepts à contenu variable*.

1155. Si le contrôle de proportionnalité est généralement *faible* en raison de l'obligation du juge de ne pas empiéter sur la compétence du législateur, dans le cas des *concepts à contenu variable*, la question prend une toute autre dimension. Etant donné qu'il s'agit de concepts insusceptibles d'une définition préliminaire, il n'est pas permis au juge de substituer sa propre concrétisation de l'*intérêt général* ou de l'*ordre public* à celle du législateur. Dans le cas particulier de l'existence de *conditions exceptionnelles*, le contrôle de proportionnalité, même en apparence renforcé (« intérêt général impérieux ») se neutralise, en réalité, devant les choix du législateur. Le constat est confirmé par les jurisprudences nationale et supranationale portant sur les restrictions apportées aux droits sociaux fondamentaux en Grèce et validées pour des *raisons impératives* liées au déficit budgétaire du pays.

Conclusion de la 1^{re} section :

1156. L'analyse précédente distingue la *limite absolue* de la substance des droits fondamentaux de la *limite relative* du principe de proportionnalité. Seule la première détermine indépendamment de toute circonstance l'*atteinte excessive* aux fondamentaux, alors que la seconde le fait *au cas par cas* et toujours *en rapport avec l'objectif poursuivi* par le législateur. Il importe alors de bien déterminer la substance de chaque droit fondamental afin de ne pas y substituer des limites relatives.

1157. Précisément, en ce qui concerne les *droits sociaux constitutionnels*, leur *substance* implique l'interdiction de *priver* leurs bénéficiaires, d'une part, de leurs *droits sociaux forts* et, d'autre part, de leurs *droits sociaux faibles* lorsque leur revenu est inférieur au seuil de pauvreté. Le contrôle de proportionnalité est adéquat seulement dans les cas qui ne relèvent pas de la *substance* du principe de l'Etat social, comme celui de l'*aménagement restrictif* des droits sociaux. Il n'est pas, dans ce cas de figure, question d'*abroger* une prestation, mais de fixer ses *conditions d'octroi* d'une manière restrictive.

1158. C'est, par exemple, la question de la *restriction pécuniaire* de prestations sociales comme les *retraites* qui est concernée. Or, un aménagement restrictif ne devra pas aller jusqu'à l'abrogation de la prestation. La *suppression* de la retraite ne saurait dès lors être contrôlée au regard du principe de proportionnalité mais de la garantie de la substance. L'analyse de cet exemple permet de mettre en lumière le problème de la substitution de la limite relative de la proportionnalité à la limite absolue de la substance.

Section 2 - La confusion des limites dans le cas de la restriction des retraites

1159. Si jusqu'à présent nous avons abordé la distinction entre *limite absolue* et *limite relative* à la restriction des droits sociaux fondamentaux à un niveau théorique, il convient à présent de la démontrer en étudiant le cas particulier du *droit à la retraite* qui a récemment subi de nombreuses restrictions dans l'ordre juridique hellénique¹⁸⁹⁹. Il s'agit d'un exemple caractéristique de la substitution du *principe de proportionnalité* au contrôle de la *substance* comme le révèle l'étude de la *jurisprudence supranationale*. Son analyse sur le sujet nous invite, de plus, à distinguer *l'aménagement restrictif* de la retraite de son *abrogation* qui porte atteinte à sa *substance*.

1160. Du point de vue de notre étude, une retraite d'un niveau très bas est équivalente à une prestation *d'aide sociale*. Il est question, dans cette hypothèse, d'une suppression du droit à la pension. C'est ici une nouvelle difficulté qui émerge ; celle de déterminer quelle est la *retraite minimale* permise au regard du droit constitutionnel à la sécurité sociale afin que la substance du droit à la *sécurité sociale* soit garantie. Il s'agit d'une question plus générale qui concerne aussi bien la Grèce que la France¹⁹⁰⁰. Par conséquent, il convient, en premier lieu, de démontrer l'absence de contrôle de la substance du droit à la sécurité sociale dans la jurisprudence

¹⁸⁹⁹ Les lois n° 3833/2010 et n° 3845/2010 (JO A/65/6-5-2010 et A/40/15-03-2010) ont restreint les salaires des fonctionnaires publics, des salariés de droit privé, les primes de fêtes et des vacances. Puis, les lois n° 3863/2010 (JO A' 115/15.07.2010), n° 3865/2010 (JO A/120/21.7.2010) ont mis en œuvre le premier Mémorandum en modifiant la manière de compter les retraites en leur appliquant ainsi une réduction indirecte. Voir également la loi n° 4024/2011 (JO A/226//27-10-11) qui a limité les retraites de base et complémentaires. Il en va de même pour les lois n° 4051/2012 (JO A/40/29-2-2012)) et n° 4093/2012 (JO A/222/12-11-2012) qui ont mis en œuvre le second Mémorandum. La dernière réforme a été celle de la loi précitée n° 4387/2016 qui a modifié la manière de compter les retraites.

¹⁹⁰⁰ Le législateur français a notamment voté trois réformes des retraites. La première en 2003 (loi n° 2003-775 du 21 août 2003, JORF n° 193 du 22 août 2003, p.14310), la deuxième en 2010 (loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010, JORF n° 0261 du 10 novembre 2010, p. 20034) et la dernière en 2014 (n° 2014-40 du 20 janvier 2014, JORF n° 0017 du 21 janvier 2014, p. 1050). Aucune de ces réformes n'a toutefois limité le montant des retraites comme dans le cas hellénique. Elles ont modifié d'autres éléments, comme le recul de l'âge de départ, l'augmentation des cotisations et même la cristallisation des pensions pour une période, soit la non revalorisation. Ces mesures sont donc également concernées par la présente étude, mais d'une manière plus indirecte.

supranationale (1), avant, dans un second temps, de déterminer le niveau permis de *retraite minimale* dans les deux ordres juridiques nationaux (2).

§ 1 - L'absence de contrôle de la substance du droit à la sécurité sociale dans la jurisprudence supranationale

1161. Il s'agit ici de se demander dans quelle mesure la jurisprudence supranationale contrôle les atteintes à la *substance* du droit à la sécurité sociale. Seront concernées par l'étude, d'une part, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne et, d'autre part, celle de la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elles portent sur les *restrictions des retraites* imposées pour des raisons de déficit budgétaire et des conditions financières exceptionnelles. Il sera démontré, premièrement, que la Cour de Justice ne censure pas la privation des bénéficiaires de leurs retraites ; puis, que la Cour européenne la censure mais sans pour autant garantir une *retraite minimale*.

De ce point de vue, on évoquera une *absence totale* de contrôle de la substance au niveau communautaire (A) et une *absence partielle* d'un tel contrôle au niveau conventionnel (B).

A - L'absence totale de contrôle de la substance au niveau communautaire

1162. Il est possible de constater une absence de contrôle de la *substance* des droits sociaux fondamentaux tant à l'encontre des organes communautaires (i), qu'à l'encontre des Etats membres (ii).

i - Le contrôle des mesures restrictives à l'encontre des organes communautaires

1163. Les difficultés budgétaires que certains Etats membres, dont particulièrement la Grèce, ont rencontré ces dernières années ont conduit les organes communautaires à agir. Mentionnons notamment la modification de l'article 136 TFUE dans l'objectif de servir de fondement aux *programmes d'aide financière* octroyée par les organes communautaires aux Etats membres qui en ont besoin pour équilibrer leur budget¹⁹⁰¹. En 2012, le *Mécanisme européen de stabilité*

¹⁹⁰¹ En application de l'article 48, paragraphe 6, TUE qui régit la procédure de révision simplifiée, le Conseil européen a adopté la décision n° 2011/199 du 25 mars 2011 (JO L. 91/1 du 6 avril 2011), modifiant l'article 136 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Désormais, l'article 136 TFUE, par. 1 énonce qu' :« Afin de contribuer au bon fonctionnement de l'Union économique et monétaire et conformément aux dispositions pertinentes des traités, le Conseil adopte, conformément à la procédure pertinente parmi celles visées aux articles 121 et 126, à l'exception de la procédure prévue à l'article 126, paragraphe 14, des mesures concernant les États membres dont la monnaie est l'euro pour : a) renforcer la coordination et la surveillance de leur discipline budgétaire ; b) élaborer, pour ce qui les concerne, les orientations de politique économique, en veillant à ce qu'elles soient compatibles avec celles qui sont adoptées pour l'ensemble de l'Union, et en assurer la surveillance. Il sert ainsi comme un fondement du mécanisme européen de stabilité ».

(« MES »), dont la mission est d'accorder de telles aides financières¹⁹⁰², a été créé. L'accord international qui institue le mécanisme confère aux organes de l'Union européenne de *nouvelles compétences* pour pouvoir intervenir dans la gestion des budgets des Etats membres¹⁹⁰³. De nombreux programmes d'ajustement macro-économique ont en effet été conclus entre les Etats membres et le MES, puis transposés à travers des lois votées par les Parlements nationaux.

1164. La question essentielle qui se pose alors est celle de la *conformité des protocoles d'accord* avec le *droit primaire de l'Union*, mais surtout avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Sur cette question, la Cour de Justice, à l'occasion de l'arrêt *Pringle* rendu sur un recours préjudiciel¹⁹⁰⁴, a esquivé la réponse. La prise de mesures restrictives ne résulte pas, selon le juge communautaire, de l'exercice de la compétence des organes de l'Union européenne. Saisie à propos de l'établissement du MES, la Cour de Justice a jugé que la Charte des droits fondamentaux de l'UE est *inapplicable* s'agissant des soutiens financiers accordés au bénéfice des Etats membres¹⁹⁰⁵. Il s'ensuit que les normes issues des *mémoires d'aide financière*, ainsi que les mesures restrictives aux droits fondamentaux qui en résultent, ne constituent pas des règles du droit de l'Union dont la conformité avec la Charte peut être contrôlée¹⁹⁰⁶.

1165. La doctrine¹⁹⁰⁷ considère qu'il s'agit ici d'une concrétisation assez paradoxale des compétences des organes communautaires. Puisque ces derniers jouent un rôle très actif s'agissant des *aides financières* accordées à travers le MES, il devient clair que le juge de l'Union refuse de contrôler leurs choix politiques durant une crise financière¹⁹⁰⁸. Le même constat s'est vérifié plus tard lorsqu'à l'occasion de la restriction des dépôts bancaires à

¹⁹⁰² Il s'agit d'une institution financière internationale établie par un traité international signé par dix-sept Etats membres de la zone le 2 février 2012 et entré en vigueur le 27 septembre 2012. Comme le FMI, le MES fournira un soutien à la stabilité à ceux des membres qui ne peuvent plus, ou risquent de ne plus pouvoir, accéder normalement au financement par le marché.

¹⁹⁰³ Jean-Claude ZARKA, « Le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire (TSCG) », *Revue Dalloz*, n° 14, 2012, p. 893.

¹⁹⁰⁴ CJUE, 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*. En l'espèce, à la suite d'une question préjudicielle posée par la Cour suprême d'Irlande, la Cour de justice s'est interrogée sur la validité de la décision du Conseil européen n° 2011/199 et sur la compatibilité du MES avec le droit de l'Union.

¹⁹⁰⁵ Considérant n° 161 : « Les fonctions confiées à la Commission et à la BCE dans le cadre du traité MES, pour importantes qu'elles soient, ne comportent aucun pouvoir décisionnel propre. Par ailleurs, les activités exercées par ces deux institutions dans le cadre du même traité n'engagent que le MES ».

¹⁹⁰⁶ Etant donné le fait que la Cour peut uniquement interpréter le droit de l'Union dans les limites des compétences attribuées à l'Union européenne. Voir *supra*, p. 177 et s.

¹⁹⁰⁷ Francesco MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle* », *RTD Eur.*, n° 2, 2013, p. 239. D'après l'auteur, la Cour opère une « disjonction » entre le champ d'application du droit de l'Union, d'une part, et le domaine de compétence, d'autre part, en mettant en œuvre une « technique de préemption ».

¹⁹⁰⁸ Constantin YANNAKOPOULOS, « La Cour de justice de l'Union européenne et la crise de la zone Euro : "la trahison des images" », *op. cit.*

Chypre¹⁹⁰⁹, la Cour a jugé *irrecevables* les *recours en annulation* à l'encontre des actions de l'Eurogroupe qui, composé des ministres des Finances de tous les Etats membres, présente au regard de la jurisprudence précitée la particularité de déterminer la politique nationale en matière financière sans que ses propres actions ne puissent être contrôlées.

1166. A partir du moment où la Cour de Justice n'envisage ni les accords signés avec le MES ni les décisions de l'Eurogroupe comme des *normes du droit de l'Union*, les restrictions aux *droits sociaux fondamentaux* ne peuvent être contrôlées au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Le *lien* entre les protocoles d'accords et l'application du droit de l'Union, condition nécessaire pour un tel contrôle, est écarté¹⁹¹⁰. A l'occasion d'un renvoi préjudiciel formé par une juridiction portugaise en 2012¹⁹¹¹, la Cour de Justice a jugé que la loi de finances portugaise ne pouvait être vue comme une loi *concrétisant* le droit de l'Union ; cela malgré le fait qu'elle avait été prise sur le fondement de l'accord conclu entre le Portugal et le MES, donc avec la participation des organes communautaires¹⁹¹². Suivant le même principe, les recours en annulation des mesures restrictives formés par des citoyens grecs devant le Tribunal de première instance n'ont pas non plus prospéré¹⁹¹³.

1167. Une seule *exception* au refus général d'admettre d'éventuelles violations de la part des *organes communautaires* est cependant reçue par la Cour de Justice : il s'agit de la possibilité

¹⁹⁰⁹ CJUE, 20 septembre 2016, C-8/15 P à C-10/15 P, *Ledra Advertising Ltd.* CJUE, 20 septembre 2016, C-105/15 P à C-109/15 P, *Konstantinos Mallis*. La Cour de justice précise que l'Eurogroupe est un forum de discussion et non un organe décisionnel, une déclaration de ce forum ne pouvant donc être considérée comme un acte destiné à produire des effets juridiques à l'égard des tiers.

¹⁹¹⁰ Constantin YANNAKOPOULOS, « La Cour de justice de l'Union européenne et la crise de la zone Euro : "la trahison des images" », *op. cit.*

¹⁹¹¹ CJUE, 7 mars 2013, C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte e.a.* En l'espèce, la demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 20, 21, paragraphe 1, et 31, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Parmi les questions préjudicielles posées devant la Cour de Justice, on distingue la suivante : « Dans la mesure où elle ne constitue pas la seule mesure possible, nécessaire et fondamentale pour l'effort d'assainissement des finances publiques dans la situation de grave crise économique-financière que traverse le pays, la réduction des salaires est-elle contraire au droit précité prévu à l'article 31, paragraphe 1, de la [Charte] en ce qu'elle compromet le niveau de vie et les engagements financiers pris par les travailleurs et leur famille avant cette réduction ? »

¹⁹¹² Considérant n° 12 : « Or, malgré les doutes exprimés par la juridiction de renvoi quant à la conformité de la loi de finances pour 2011 avec les principes et les objectifs consacrés par les traités, la décision de renvoi ne contient aucun élément concret permettant de considérer que ladite loi vise à mettre en œuvre le droit de l'Union ».

¹⁹¹³ C'est dans la même perspective que le Tribunal de l'UE a jugé *irrecevables* les recours en annulation posés par des requérants grecs. Voir notamment l'ordonnance du Tribunal du 27 novembre 2012, T-541/10, *Anotati Dioikisi Enoseon Dimosion Ypallilon (ADEDY), Spyridon Papaspyros et Ilias Iliopoulos*. Considérant n° 84 : « Premièrement, toutes ces dispositions, vu leur ampleur, nécessitent des mesures nationales de mise en œuvre qui spécifieront leur contenu. Dans le cadre de cette mise en œuvre, les autorités grecques disposent d'une importante marge d'appréciation, pourvu que l'objectif final de réduction du déficit excessif soit respecté. Ce seront ces mesures nationales qui, éventuellement, affecteront directement la situation juridique des requérants ». Considérant n° 86 : « Par conséquent, et en l'absence d'argumentation plus spécifique de la part des requérants, il y a lieu de conclure que les dispositions restantes des actes attaqués ne les affectent pas directement au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE ».

d'engager la *responsabilité extracontractuelle* de la Commission européenne. Par opposition aux recours en annulation, le *recours en responsabilité* peut porter sur les actes des organes communautaires, même lorsque ceux-ci agissent *en dehors* de leurs compétences communautaires. Dans cette hypothèse, leur responsabilité peut être engagée sur le fondement de l'article 340 TFUE¹⁹¹⁴ lorsque sont réunies les conditions exigées par la jurisprudence en la matière¹⁹¹⁵.

1168. A l'occasion de l'arrêt *Ledra Advertising* de la Cour de Justice¹⁹¹⁶, concernant les restrictions des dépôts bancaires en Chypre, le juge communautaire a énoncé l'obligation pour les organes communautaires de respecter la Charte lorsqu'ils agissent dans le cadre du MES. Lorsque ceux-ci signent des *protocoles d'accord d'aides financières*, ils ne peuvent donc violer les droits fondamentaux protégés par la Charte sans ouvrir un droit à réparation aux individus. Même si, en l'espèce, n'était envisagé que le *droit à la propriété*, il est possible de considérer que la même obligation s'impose à l'égard de tous les droits fondamentaux consacrés dans la Charte, y compris les droits sociaux.

1169. Si la décision précitée, d'une manière générale, renforce les droits des destinataires des programmes d'adaptation économique et réduit l'« impunité » des organes coordonnant ceux-ci devant la Cour de Justice¹⁹¹⁷, elle ne va pas jusqu'à permettre de contrôler la *substance* du

¹⁹¹⁴ Article 340 TFUE al. 2 : « La responsabilité contractuelle de l'Union est régie par la loi applicable au contrat en cause. En matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions. Par dérogation au deuxième alinéa, la Banque centrale européenne doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par elle-même ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ».

¹⁹¹⁵ La Cour de Justice admet la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne lorsque trois conditions sont réunies : le requérant a subi un dommage, un comportement illégal des organes communautaires au regard du droit communautaire, l'existence d'un lien de causalité direct entre le dommage subi par le requérant et le comportement illégal des organes communautaires. CJUE, 9 septembre 2008, C-120/06 P, C-121/06 P, *Sociétés FIAMM et Fedon*. Voir Fernard SCHOCKWEILER, Georges WINEVES, J.M. GODART, « Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », *RTD eur.*, 1990., p. 27.

¹⁹¹⁶ Voir *supra*, note de bas de page n°1909. Arrêt précité, Considérant n° 53 : « En effet, ainsi que la Cour l'a souligné au point 161 de l'arrêt du 27 novembre 2012, *Pringle* (C-370/12, EU:C:2012:756), les fonctions confiées à la Commission et à la BCE dans le cadre du traité MES, pour importantes qu'elles soient, ne comportent aucun pouvoir décisionnel propre. Par ailleurs, les activités exercées par ces deux institutions dans le cadre du même traité n'engagent que le MES ». Considérant n° 55 : « Toutefois, si un tel constat est susceptible d'affecter les conditions de recevabilité d'un recours en annulation pouvant être introduit sur le fondement de l'article 263 TFUE, il n'est pas de nature à faire obstacle à ce que soient opposés à la Commission et à la BCE des comportements illicites liés, le cas échéant, à l'adoption d'un protocole d'accord au nom du MES, dans le cadre d'un recours en indemnité au titre de l'article 268 et de l'article 340, deuxième et troisième alinéas, TFUE ». Considérant n° 59 : « Par conséquent, ainsi que la Commission l'a elle-même admis en réponse à une question posée lors de l'audience, cette institution conserve, dans le cadre du traité MES, son rôle de gardienne des traités, tel qu'il ressort de l'article 17, paragraphe 1, TUE, de sorte qu'elle devrait s'abstenir de signer un protocole d'accord dont elle douterait de la compatibilité avec le droit de l'Union ».

¹⁹¹⁷ Jérôme GERMAIN, « La protection par l'Union européenne des droits fondamentaux contre les programmes d'ajustement macroéconomiques », *Revue de l'Union européenne*, n° 606, 2017, p. 166.

droit fondamental concerné. L'étude de l'arrêt *Ledra Advertising* démontre que le juge communautaire ne procède pas à un contrôle spécifique de la substance, mais la contrôle comme un corollaire du principe de proportionnalité¹⁹¹⁸. Etant donné l'*objectif du législateur* lié à la stabilité du système bancaire, le juge communautaire a jugé que l'atteinte au droit à la propriété n'était pas disproportionnée. Or, un contrôle de la *substance* du droit à la propriété ne mettrait pas en *balance* la restriction du droit à la propriété avec l'objectif poursuivi par le législateur. En l'espèce, nous sommes donc en présence d'une *substitution* du principe de proportionnalité au contrôle de la substance du droit à la propriété.

ii - Le contrôle des mesures restrictives à l'encontre des Etats membres

1170. En dépit du fait que le juge communautaire affirme l'inapplicabilité de la Charte aux normes issues des protocoles d'accord à l'encontre des *organes communautaires*, il admet qu'elle s'applique aux *Etats membres*. Il n'est possible de reconnaître que les organes communautaires violent le droit primaire de l'Union qu'exceptionnellement, à travers un *recours en responsabilité extracontractuelle*, alors que l'obligation de respect de la Charte par les Etats membres endettés est admise sans problème. Tel est l'apport de l'arrêt *Florescu* de la Cour de Justice rendu sur un recours préjudiciel portant sur des restrictions apportées aux *retraites* en Roumanie¹⁹¹⁹.

1171. Par opposition à sa jurisprudence précédente¹⁹²⁰, le juge communautaire énonce en l'espèce que les *lois nationales* issues d'un protocole d'accord relèvent du droit de l'Union. Dès lors que les Etats membres concrétisent les *protocoles d'accord* par le biais de lois nationales, ces dernières sont imputables au droit de l'Union. Dès lors, la Charte des droits fondamentaux est applicable. Cela contraste avec le fait que le *recours en annulation* contre les actes des *organes communautaires* n'est toujours pas possible à défaut de valeur juridique des protocoles. Le fait pour le juge communautaire d'admettre qu'un protocole d'accord comprend des énoncés *non contraignants* au niveau supranational qui se concrétisent par des énoncés *contraignants* au niveau national est certainement problématique. Une analyse plus poussée de la question

¹⁹¹⁸ Considérant n° 74 : « Compte tenu de l'objectif consistant à assurer la stabilité du système bancaire dans la zone euro, et eu égard au risque imminent de pertes financières auquel les déposants auprès des deux banques concernées auraient été exposés en cas de faillite de ces dernières, de telles mesures ne constituent pas une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même du droit de propriété des requérants. Elles ne sauraient, par conséquent, être considérées comme des restrictions injustifiées de ce droit (voir, par analogie, arrêt du 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, C-20/00 et C-64/00, EU:C:2003:397, points 79 à 86) ».

¹⁹¹⁹ CJUE, 13 juin 2017, C-258/14, *Florescu*.

¹⁹²⁰ CJUE, 7 mars 2013, C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte e.a.*

conduirait toutefois à dépasser le sujet principalement examiné ici, à savoir l'absence du contrôle de la *substance* dans les cas limités où un tel contrôle est possible.

1172. Il convient de nous focaliser sur le fait que les Etats membres sont contraints au respect de la Charte à travers les lois nationales issues des protocoles d'accord signés dans le cadre du MES. Dans l'arrêt *Florescu*, le juge communautaire contrôle la conformité du droit roumain au « contenu essentiel » du droit à la propriété, soit à la *substance* du droit en question¹⁹²¹. Or, selon son raisonnement, la *substance* du droit à la propriété n'est pas méconnue, car la mesure en question revêt un caractère *exceptionnel et temporaire* ; elle est ainsi jugée *proportionnelle* à l'intérêt général tel qu'il résulte du « contexte économique particulier ».

1173. Plusieurs interrogations subsistent, puisque on peut considérer qu'il ne s'agit pas vraiment d'un contrôle de la *substance* du droit à la propriété. Il était question, en l'occurrence, de la *suppression* d'une pension en raison de l'interdiction de son cumul avec un salaire. Même si les requérants avaient cotisé depuis une trentaine d'années pour obtenir ces pensions, ils se sont retrouvés *privés* de celles-ci. Or, comme nous avons pu auparavant le considérer, la *privation* d'un droit à la retraite constitue en principe une atteinte à la *substance* du droit à la sécurité sociale ; à tout le moins dans le cadre des ordres juridiques français et hellénique¹⁹²². Il n'y a alors pas lieu de justifier une telle mesure par son caractère *exceptionnel et temporaire*, ni d'effectuer un contrôle de proportionnalité. Ainsi, l'arrêt *Florescu* manifeste, à l'instar de l'arrêt *Ledra Advert*, une substitution du principe de proportionnalité au contrôle de la *substance*.

1174. Il paraît de plus assez étrange que le juge communautaire contrôle le « contenu essentiel » du droit à la pension en recourant à l'article 17 de la Charte qui consacre le *droit à la propriété*. En effectuant un tel contrôle, l'arrêt s'inscrit certes dans la continuité d'une jurisprudence bien connue de la Cour européenne considérant les pensions comme des « biens » au regard du droit conventionnel à la propriété¹⁹²³. Si le contrôle est pertinent pour la Cour européenne dans la mesure où la Convention européenne ne consacre pas directement un droit à la retraite, tel ne

¹⁹²¹ CJUE, 13 juin 2017, C-258/14, *Florescu*. Considérant n° 55 : « À cet égard, il convient d'observer, tout d'abord, que, ainsi qu'il ressort du libellé de l'article 2 de la loi n° 329/2009, celle-ci revêt un caractère exceptionnel et a vocation à être temporaire. De plus, elle ne remet pas en cause le principe même du droit à pension, mais en limite l'exercice dans des circonstances bien définies et encadrées, à savoir lorsque la pension est cumulée avec une activité exercée auprès d'institutions publiques et lorsque le montant de cette pension dépasse un certain seuil. Ainsi, la loi n° 329/2009 respecte le contenu essentiel du droit de propriété dont jouissent les requérants au principal sur les pensions en cause, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 83 de ses conclusions ».

¹⁹²² Voir *supra*, p. 446.

¹⁹²³ Voir *supra*, p. 152.

devrait pas être le cas du juge communautaire au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Lorsqu'un droit à la pension est abrogé, c'est le *contenu essentiel* du droit communautaire à la *sécurité sociale* qui devrait être contrôlé et non celui du droit à la propriété. Quoiqu'il en soit, après avoir constaté l'absence de contrôle de la *substance* des droits sociaux fondamentaux de la Charte par la Cour de Justice, il convient à présent d'examiner dans quelle mesure un tel contrôle est exercé par la Cour européenne.

B - L'absence partielle de contrôle de la substance au niveau conventionnel

1175. Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, la *privation* des individus du bénéfice de leurs retraites n'est pas permise sans toutefois qu'une limite à une telle *restriction* ne soit posée (i). Bien que le principe de la dignité de la personne humaine puisse en théorie être considéré comme une limite à la restriction des retraites, il ne s'agit pas d'une limite appropriée dans les deux ordres juridiques nationaux analysés (ii).

i - La question d'une limite à la restriction des retraites

1176. La Cour européenne interdit l'*abrogation* du droit à la retraite au regard du *droit conventionnel à la propriété* en procédant à une distinction entre la *suppression* de la retraite et une simple *réduction* de son montant¹⁹²⁴. Ainsi, la jurisprudence de la Cour européenne garantit la *substance* du droit à la sécurité sociale, c'est-à-dire qu'elle interdit de *priver* des individus de prestations assurantielles, même si elle ne l'énonce pas explicitement¹⁹²⁵.

1177. Or, du point de vue de notre étude, la garantie de la substance limite non seulement l'*abrogation*, mais aussi la *restriction* d'une prestation. Dans l'hypothèse contraire, une *retraite* dont le montant serait trop réduit pourrait se rapprocher d'un *minimum vieillesse*, soit d'une *prestation d'aide sociale*. Puisque l'*aménagement restrictif* peut avoir un impact sur la *nature* de la prestation, il importe de contrôler que sa restriction n'aboutisse pas à une *privation* de cette prestation pour l'individu¹⁹²⁶.

¹⁹²⁴ Cour EDH, 30 mars 2005, n° 60669/00, *Kjartan contre Islande*, considérant n° 45 : « Dans ces conditions, la Cour estime que, en tant qu'individu, le requérant a été amené à supporter une charge excessive et disproportionnée qui, même si l'on tient compte de la grande marge d'appréciation à reconnaître à l'Etat en matière de législation sociale, ne saurait se justifier par les intérêts légitimes de la collectivité que les autorités invoquent. Il en aurait été différemment si le requérant avait eu à subir une réduction raisonnable et proportionnée de ses droits sans être totalement privé de ceux-ci ». Voir également : Cour EDH, 18 octobre 2005, n° 6223/04, *Banfiled contre Royaume-Uni*.

¹⁹²⁵ Voir *supra*, p. 415.

¹⁹²⁶ Voir *supra*, p. 151.

1178. Un problème surgit alors dans la mesure où la Cour européenne ne garantit pas également le droit à un certain montant de retraite, soit le *droit à une retraite minimale* sur le fondement du droit conventionnel à la propriété¹⁹²⁷. Les juges conventionnels sanctionnent les Etats signataires au motif de restrictions excessives des pensions, mais seulement à l'appui d'un *contrôle de proportionnalité*¹⁹²⁸. En l'absence de limite ultime à l'aménagement restrictif du droit à la retraite, on ne peut donc parler que d'une garantie *partielle* de sa substance. L'absence de garantie d'une *retraite minimale* est devenue manifeste, surtout au regard des restrictions de retraites entreprises par les Etats endettés jugées permises dans le contexte de *conditions financières exceptionnelles*¹⁹²⁹.

1179. Si un droit à une *retraite minimale* ne résulte pas de la jurisprudence de la Cour européenne, il trouve des fondements conventionnels, d'une part, au sein du Code européen de la sécurité sociale et, d'autre part, dans la Convention n° 102 de l'OIT¹⁹³⁰. Les deux *conventions sociales internationales* obligent les Etats signataires à assurer un montant déterminé de pension en fonction de certains critères. Par ailleurs, le Comité EDS, organe d'*interprétation* de la Charte sociale européenne, analyse la conformité des restrictions apportées aux retraites en Grèce avec ses dispositions¹⁹³¹. Cependant, dans tous ces cas, le respect des obligations qui

¹⁹²⁷ Commission européenne, 16 décembre 1974, n° 5849/72, *Müller contre Autriche*. Cour EDH, 30 mars 2005, n° 60669/00, *Kjartan contre Islande*. « Même à supposer que l'article 1 du Protocole n° 1 garantisse des prestations aux personnes qui ont cotisé à un régime de sécurité sociale, il ne saurait s'interpréter comme ouvrant à ces personnes un droit à une pension d'un montant déterminé ».

¹⁹²⁸ Cour EDH, 19 juin 2012, n° 17767/08, *Khoniakina contre Georgie*. Cour EDH, 27 avril 1999, n° 40832/98, *Bellet, Huertas et Vialante contre France*.

¹⁹²⁹ Sa jurisprudence dans tous ces cas est fixe : le montant de la pension étant conçu comme un bien au sens de l'article 1^{er} PPA, il peut être réduit par le biais du contrôle de proportionnalité étant donné les conditions exceptionnelles des lacunes budgétaires et l'ample marge nationale des Etats signataires en la matière. Voir *supra* note de base de page n° 1892. D'après une jurisprudence constante (*Koufaki contre Grèce*, *Mateus contre Portugal*), la Cour déclare les requêtes irrecevables au regard du droit conventionnel à la propriété, car bien que cette baisse des retraites soit une atteinte disproportionnée au droit à la propriété des requérants, compte tenu des problèmes financiers exceptionnels auxquels les Etats sont confrontés, il s'agit d'un juste équilibre entre l'intérêt général et la protection du droit au versement d'une pension de retraite.

¹⁹³⁰ Le montant minimum des prestations repose sur le concept de bénéficiaire type, dont la définition varie d'une éventualité à l'autre. Ces conventions prévoient différents types de critères de référence et de prestations en espèces périodiques et non des montants déterminés, ce qui ne serait pas possible étant donné de la pluralité des Etats signataires. Articles, 65, 66 du Code européen de la sécurité sociale. Article 65, 66 de la Convention n° 102 de l'OIT concernant la sécurité sociale (norme minimum) de 1952.

¹⁹³¹ Concernant la position du Comité européen des droits sociaux sur les récentes réformes législatives grecques, voir : CEDS, 7 déc. 2012, n° 76/2012, *Fédération des Pensionnés Salariés de Grèce (IKA-ETAM) contre Grèce*. Voir également les réponses aux réclamations n° 65/2011 et n° 66/2011 du 23 mai 2012. Voir sur le sujet Konstantina CHATZILAOU, « Vers un socle européen des droits sociaux : quelles inspirations ? », *Rev. trav.*, n° 3, 2017, p. 175 ; également Christina DELIGINANNI-DIMITRAKOU, « La Charte sociale européenne et les mesures d'austérité grecques : à propos des décisions n° 65 et 66/2012 du Comité européen des droits sociaux fondamentaux », *Rev. Trav.*, n° 7-8, 2013, p. 45.

pèsent sur le législateur national rencontre comme obstacle l'absence de juridictions supranationales en charge de leur contrôle, ainsi que la contestation de leur *effet direct*¹⁹³².

1180. Par ailleurs, même si le droit à la *propriété* prévu par la Convention européenne ne garantit pas le droit à une pension d'un montant déterminé, il est en théorie possible d'identifier une limite conventionnelle à la restriction des retraites à l'article 3 de la Convention européenne, fondement du principe de dignité de la personne humaine¹⁹³³. La Cour européenne a concrétisé dans le passé l'interdiction pour les Etats de faire subir aux individus des *conditions dégradantes et inhumaines* en leur privant de prestations sociales qui leur permettent de jouir du *droit à un niveau de vie suffisant*¹⁹³⁴. La reconnaissance d'un tel droit en matière sociale ne permet donc pas de dire que la jurisprudence de la Cour européenne ne consacre aucune limite à l'*aménagement restrictif* des pensions. Tel a été l'enseignement que le Conseil d'Etat hellénique a tiré de la jurisprudence de la Cour européenne lors de son *premier arrêt Mémoire*¹⁹³⁵. Il avait alors jugé que les restrictions apportées aux retraites n'étaient pas inconventionnelles, car elles ne mettaient pas en cause la garantie d'un *niveau de vie suffisant* assurée par la Convention européenne¹⁹³⁶. Cependant, il s'agit d'une limite *inapplicable* dans les ordres juridiques français et hellénique.

ii - Le principe de dignité de la personne humaine, une limite inappropriée pour les ordres juridiques nationaux

1181. Le principe de dignité de la personne humaine entendu en tant que limite théorique à l'aménagement restrictif du *droit à la retraite* suscite de nombreuses questions¹⁹³⁷. La raison en est que le principe de dignité de la personne humaine ne fonde des droits sociaux que dans la mesure où les individus doivent être protégés de conditions d'extrême pauvreté. Ainsi, la détermination de la *retraite minimale* sur son fondement implique nécessairement un montant très bas.

¹⁹³² Voir *supra*, p. 143.

¹⁹³³ Voir *supra*, p. 234.

¹⁹³⁴ Il s'agit de la décision Cour EDH, 18 juin 2009, n° 45603/05, *Budina contre Russie*. La Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer sur la plainte d'une requérante selon laquelle le montant de la pension ne lui permettait pas de jouir d'un niveau de vie convenable. La Cour a jugé la requête irrecevable, car rien n'indiquait que le montant de la pension et des prestations complémentaires perçues par la requérante ait été à l'origine d'un préjudice pour sa santé physique et mentale tel qu'il atteigne le minimum de gravité requis par l'article 3.

¹⁹³⁵ CdE, n° 668/2012.

¹⁹³⁶ Considérant n° 35 : « L'article 2 de la Constitution consacrant la valeur de la personne humaine car à l'instar de l'article 1^{er} PPA ne garantit pas le droit à un montant déterminé de retraite à la seule exception que le niveau de vie décent se mette en péril. Un tel risque n'est pas pourtant démontré en l'espèce par les requérants ».

¹⁹³⁷ Sur le principe de la dignité de la personne humaine comme limite à l'aménagement des droits sociaux dérivés, voir *supra*, p. 245 et s.

1182. La *retraite minimale* dispose dans cette hypothèse d'un *caractère alimentaire*. Il résulte de la jurisprudence *Budina* de la Cour européenne¹⁹³⁸ que son montant doit couvrir les *dépenses vitales des retraités* et garantir leur *survie physique*. A cette *vision absolue* de la précarité se juxtapose une *vision relative* de celle-ci selon certains auteurs¹⁹³⁹. L'origine de cette dernière se trouve dans l'arrêt *Hartz* de la Cour constitutionnelle allemande¹⁹⁴⁰. Connue sous le terme « *Existenzminimum* », c'est ici un *droit au minimum vital* qui est en question. Par opposition au droit conventionnel de niveau de vie suffisant, celui-ci ne peut se limiter à la *survie physique* ; il doit, en plus, assurer à chaque individu qui se trouve dans un état de nécessité « sa participation minimale à la vie sociale, culturelle et politique »¹⁹⁴¹. Se trouvent ici concernées des pensions ayant un caractère *quasi-alimentaire*¹⁹⁴².

1183. Indépendamment de son caractère *alimentaire* ou *quasi-alimentaire*, une *retraite minimale* implique toujours un montant qui couvre les dépenses de première nécessité, sans qu'il soit important d'approfondir davantage sur cette distinction¹⁹⁴³. Dans les deux cas, il s'agit d'une *limite inappropriée* pour les ordres juridiques français et hellénique. Une *retraite minimale* ainsi conçue protège les retraités qui n'ont pas suffisamment travaillé tout au long de leur vie active ou des individus à l'âge de retraite qui n'ont pas droit à la retraite. Elle garantit ce faisant que les individus à l'âge de retraite ne seront pas victimes de situations de précarité.

1184. En ce sens, elle se rapproche de *l'aide sociale* et s'éloigne de la retraite qui est conçue comme *prestation assurantielle* en France et en Grèce. Elle ne peut alors nullement se confondre avec ce qui est ici recherché, soit une pension minimale dans le sens d'une *limite à la restriction* du droit à la retraite. Une différenciation est, dès lors, nécessaire entre la *retraite minimale (minimum vieillesse)* caractérisée par un montant très bas et la *retraite minimale constitutionnellement permise*. Le principe de dignité de la personne humaine est une limite appropriée seulement pour la première.

¹⁹³⁸ Voir *supra*, p. 249.

¹⁹³⁹ Selon la doctrine française, il n'y a pas en effet de définition de la pauvreté (Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 161).

¹⁹⁴⁰ BVerfGE, 1 BvL 1/09, 9 février 2010, voir *supra*, note de bas de page n° 993.

¹⁹⁴¹ Céline FERCOT, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision 'Hartz IV' de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 », *op. cit.*

¹⁹⁴² Patrick MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 2017, p. 819.

¹⁹⁴³ Le dernier sujet est lié à la définition de la précarité pour laquelle il n'existe cependant pas encore de consensus et qui dépasse largement le cadre de la présente étude.

1185. Certes, autant la France que la Grèce garantit une protection des retraités contre la précarité. La France garantit une *retraite minimale* à travers l’octroi d’un *minimum vieillesse*¹⁹⁴⁴ versé à des individus privés du droit à la retraite et d’un *minimum contributif* destiné à ceux qui n’ont pas suffisamment cotisé¹⁹⁴⁵. Pour sa part, la Grèce protège les retraités de la pauvreté à travers l’octroi d’une *retraite nationale* versée à l’ensemble des individus d’un certain âge indépendamment du fait d’avoir travaillé ou non¹⁹⁴⁶. D’un montant très bas, elle a pallié l’abrogation du *minimum vieillesse*, connu sous le nom d’« *Ekas* », auparavant attribué aux retraités disposant de pensions modestes¹⁹⁴⁷. La *retraite minimale* en question est une *prestation d’aide sociale* financée par le budget public. Son introduction a été jugée nécessaire pour protéger les individus de la pauvreté, un risque qui s’est accru pendant les années de crise financière¹⁹⁴⁸.

1186. Ce qui importe, ensuite, est de ne pas mélanger les dispositifs mentionnés avec les *retraites minimales constitutionnellement permises* au regard du *droit constitutionnel à la sécurité sociale*. Ainsi que nous l’avons précédemment démontré, le *principe constitutionnel de l’Etat social* dans les deux ordres juridiques nationaux étudiés garantit la prestation matérielle de *l’aide sociale* en tant que prestation *subsidaire* à la *sécurité sociale* et interdit une substitution de la deuxième à la première¹⁹⁴⁹. Considérer comme fondement à la détermination de la *retraite minimale* le principe de dignité de la personne humaine est problématique, car la protection contre la pauvreté n’a jamais été l’œuvre de la *sécurité sociale* mais celle de *l’aide sociale*¹⁹⁵⁰.

1187. Du point de vue de notre étude, afin que le caractère inabrogeable de la sécurité sociale soit respecté, la *contributivité* de ses prestations doit être maintenue par le législateur. En distinguant les prestations assurantielles des prestations assistancielles, il est ici question d’un

¹⁹⁴⁴ L’allocation de solidarité aux personnes âgées (Aspa) est une prestation mensuelle accordée aux retraités ayant de faibles ressources. Elle a été créée par l’ordonnance n° 2004-605 du 24 juin 2004 (JORF n° 147 du 26 juin 2004) afin de simplifier le minimum vieillesse

¹⁹⁴⁵ Voir *infra*, p. 487.

¹⁹⁴⁶ Voir *supra*, p. 430.

¹⁹⁴⁷ Article 92 de la loi de 2016. Elle prévoit sa suppression et en même temps des dispositions transitoires pour certaines catégories de retraités qui n’avaient pas exercé leurs droits alors qu’ils le pouvaient. Voir sur le minimum vieillesse *supra*, note de bas de page n°377.

¹⁹⁴⁸ Il est possible de constater que dans le contexte d’une crise économique, il existe une tendance à l’extension des prestations d’aide sociale. Lire sur ce sujet, Jean – Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 53, p. 300.

¹⁹⁴⁹ Voir *supra*, p. 398.

¹⁹⁵⁰ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « Les restrictions des retraites de base et des retraites complémentaires - Réflexions à l’occasion des arrêts 3410/2014 et 3663/2014 du Conseil d’Etat », *EDKA*, n°3, 2014, p. 823. Georgios SOTIRELIS, « Les droits sociaux à l’épreuve de la crise financière », *EfDD*, n°3, 2013, p. 298(en grec). Aggelos STERGIU, « La loi 4387/2016 sur la réforme des retraites », *op. cit.*

élément de la *substance* du droit à la sécurité sociale. Il s'ensuit que législateur national, en France et en Grèce, est obligé de prendre en compte la différence entre prestations *contributives* et prestations *non contributives* afin de déterminer le montant minimal permis au regard du droit constitutionnel à la sécurité sociale.

1188. Cet élément relatif à la *contributivité* des retraites, si crucial dans les deux ordres juridiques nationaux, est absent de la jurisprudence de la Cour européenne. Certes, il n'est pas possible de déterminer à première vue que le juge européen ne protège pas les *retraites contributives*, car il concrétise ces dernières comme prestations patrimoniales¹⁹⁵¹. La Cour européenne ne fait, toutefois, *aucune distinction entre celles-ci et les retraites non contributives*¹⁹⁵². Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, toutes les retraites sont en effet des *biens* au sens de l'article 1 PPA¹⁹⁵³, indépendamment du niveau de contributivité qui les caractérise.

1189. La Cour européenne concrétise le droit à la propriété dans l'objectif de couvrir tous les systèmes de protection sociale des Etats signataires, qu'ils soient de type *bismarckien* ou *beveridgien*¹⁹⁵⁴. Or, pour des systèmes de *retraites d'influence bismarckienne* comme c'est le cas en France et en Grèce, la jurisprudence européenne ne consacre *aucune limite* appropriée à

¹⁹⁵¹ Voir Cour EDH, 13 septembre 2016, n° 14862/07, *Mauriello contre Italie*. L'affaire concerne le non-remboursement des cotisations de retraite versées par Mme Mauriello durant son activité professionnelle de 10 ans, celle-ci n'ayant pas eu droit à la pension des fonctionnaires, faute d'avoir cotisé durant 15 ans comme requis par le droit national. La Cour juge cependant que l'ingérence ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit au respect des biens de Mme Mauriello, estimant que les États disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix de leur système de retraite et que la Convention ne leur impose pas de modèle spécifique. Voir également, Cour EDH, 16 mars 2010, n° 42184/05, *Carson contre Royaume-Uni*. En l'espèce, les requérants s'abritaient derrière une logique synallagmatique, en se prévalant des cotisations obligatoires versées à la caisse d'assurance nationale tout au long de leur vie active au Royaume-Uni et en inféraient de ce fait un droit à revalorisation identique pour tous les anciens travailleurs, quelle que soit leur résidence actuelle. La Cour rejette l'argument par le raisonnement suivant (considérant n° 83) : « Contrairement aux primes demandées par les assureurs privés, qui vont alimenter un fonds spécifique et présentent une corrélation directe avec les prestations que les assurés en attendent en retour, les cotisations à l'assurance nationale ne sont pas exclusivement affectées aux pensions de retraite. Elles constituent au contraire une source parmi d'autres des recettes qui servent à financer tout un éventail de prestations sociales - telles que l'allocation d'incapacité de travail, l'allocation de maternité, l'allocation de veuvage et l'allocation de décès - ainsi que le Service national de santé ». Voir Diane ROMAN, « La cristallisation des pensions de retraite britanniques devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *RDSS*, 2010, p. 474.

¹⁹⁵² Aggelos STERGIU, « Les restrictions des retraites au regard de l'article PPA de la Convention européenne », disponible sur constitutionalisme.gr (en grec).

¹⁹⁵³ Cour EDH, 2 avril 2006, n° 65731/01 et n° 65900/01. Considérant 53 : « En conclusion, la Cour considère donc que si une distinction peut toujours passer pour être opérée dans la jurisprudence entre prestations contributives et prestations non contributives aux fins de l'applicabilité de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, rien ne justifie son maintien ».

¹⁹⁵⁴ Diane ROMAIN, « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne », *RDSS*, n° 2, 2008, p. 267.

la restriction des retraites. A cet égard, une question persiste ; celle de la définition de *la retraite minimale constitutionnellement permise* au regard du droit à la sécurité sociale.

Conclusion du § 1 :

1190. Ni l'ordre juridique communautaire ni l'ordre juridique conventionnel ne protègent suffisamment la *substance* du droit à la retraite. Dans le cadre des ordres juridiques nationaux, celle-ci est définie non seulement comme l'interdiction de priver un bénéficiaire de sa retraite, mais aussi comme l'interdiction de la réduire au point de devenir une *prestation minimale d'aide sociale*.

1191. Aucune des hautes juridictions supranationales ne réalise un contrôle spécifique de la substance du droit à la retraite, mais y substitue le principe de proportionnalité. La jurisprudence communautaire ne protège nullement la substance du droit à la retraite, car elle permet de priver des individus de celle-ci. Pour sa part, la Cour européenne interdit une telle privation, sans toutefois garantir une retraite d'un montant minimal. Quoiqu'il en soit, il revient finalement aux dispositions constitutionnelles consacrant un droit à la retraite d'interdire toute privation et de garantir l'*élément contributif* de la retraite minimale.

§ 2 - La retraite minimale dans les ordres juridiques nationaux

1192. La protection de la *substance* du droit à la retraite dans les ordres juridiques français et hellénique implique la protection de son élément de *contributivité*. Cela résulte de la nécessité d'empêcher sa substitution par un *droit à l'aide sociale* et, par conséquent, sa suppression. La question qui se pose alors est de savoir dans quelle mesure la *contributivité* des retraites est un *principe de valeur constitutionnelle*. On s'interrogera, en outre, sur la manière dont le législateur national répond aux obligations qui en résultent en France et en Grèce. Il s'agit alors d'examiner la contributivité des retraites en tant que principe de valeur constitutionnelle (A), puis la conformité de la législation au principe en question (B).

A - La contributivité des retraites en tant que principe de valeur constitutionnelle

1193. Admettant que le principe de contributivité des retraites dispose d'une valeur constitutionnelle (i), il convient de déterminer la *retraite minimale constitutionnellement permise* sur ce fondement (ii).

i - L'affirmation de la valeur constitutionnelle de la contributivité des retraites

1194. La valeur constitutionnelle de la *contributivité* des retraites, en dépit de son rôle significatif quant à la différenciation entre *sécurité* et *aide sociale*, n'est pas toujours admise sans difficultés. En ce qui concerne la France, la valeur constitutionnelle de la contributivité des retraites n'est reconnue explicitement dans aucune décision du Conseil constitutionnel.

1195. Dans le passé, le juge constitutionnel français avait même admis la possibilité pour le législateur de limiter le droit à la retraite dans le cas d'un cumul avec des rémunérations d'activité¹⁹⁵⁵. Il s'agit d'une décision qui a été interprétée par une partie des auteurs¹⁹⁵⁶ comme un refus du juge constitutionnel d'admettre la *contributivité* des retraites. Or, la valeur constitutionnelle du principe de contributivité ne signifie pas l'impossibilité pour le législateur de le concilier avec d'autres objectifs ; il implique l'interdiction de sa méconnaissance totale. Le constat fait par la doctrine serait alors vrai seulement dans le cas d'une *privation* des individus du bénéfice de leurs retraites contributives et non d'une simple « pénalisation » à travers des taxes pesant sur des retraités exerçant une activité professionnelle comme il était le cas en l'espèce¹⁹⁵⁷.

1196. Par ailleurs, la garantie de la *contributivité* des retraites par le juge constitutionnel résulte, d'une manière implicite, de l'étude de sa jurisprudence plus récente. Relevons, en particulier, la décision par laquelle il sanctionne la différence de traitement établie par le législateur quant aux cotisations entre les assurés d'un même régime de sécurité sociale pour renforcer ceux des revenus les plus bas¹⁹⁵⁸. Le sens de la décision est clair : l'absence de versement de cotisations de la part de certains assurés ne permet pas qu'ils se mettent dans la même situation que ceux qui avaient davantage cotisé. Elle repose sur le principe selon lequel, contrairement à l'impôt, les cotisations sociales ouvrent droit aux prestations qui en sont la contrepartie¹⁹⁵⁹. Il est, en

¹⁹⁵⁵ Il s'agit de la décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, considérant n° 7 : « Considérant, d'une part, qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi définit les principes fondamentaux du droit du travail et de la sécurité sociale ; qu'à ce titre il lui revient d'organiser la solidarité entre personnes en activité, personnes sans emploi et retraités et de maintenir l'équilibre financier permettant à l'ensemble des institutions de sécurité sociale de remplir leur rôle ; qu'ainsi, en ce qui concerne les régimes de vieillesse, les règles s'appliquant au calcul et au versement de pensions peuvent, tout comme celles relatives aux contributions des assujettis, avoir pour objet de permettre une contribution au financement de régimes défavorisés par la situation économique ou sociale ».

¹⁹⁵⁶ Xavier PRETOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Droit social*, 1991, p. 187. Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 351.

¹⁹⁵⁷ Comme cela était le cas de l'arrêt précité CJUE, 13 juin 2017, C – 258/14, *Florescu*.

¹⁹⁵⁸ Décision n° 2014-698 DC du 6 août 2014. Il s'agissait de la loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014 (JORF n° 0183 du 9 août 2014, p. 13344) qui baissait dégressivement les cotisations des salariés dans l'objectif de renforcer le pouvoir d'achat des plus modestes.

¹⁹⁵⁹ Voir Jacques BARTHELEMY, « Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014 : le Conseil constitutionnel et la réduction des cotisations sociales des bas salaires », *Droit social*, n° 10, 2014, p. 867.

l'espèce, question d'une reconnaissance *implicite*, car le juge constitutionnel ne contrôle pas la différence sur le fondement du Préambule de la Constitution de 1946 mais au regard du *principe de non-discrimination*¹⁹⁶⁰. Or, indépendamment du fondement employé, la décision en question implique une concrétisation « strictement assurantielle » de la sécurité sociale¹⁹⁶¹.

1197. En dépit de la décision précitée du juge constitutionnel, la majorité de la doctrine française¹⁹⁶² reste critique quant à la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la *contributivité* des retraites. Elle implique, du point de vue de certains auteurs¹⁹⁶³, la méconnaissance du rôle de la *solidarité* qui sert de fondement aux *droits non contributifs*, comme les *retraites minimales*. A l'appui d'un tel argument, ces auteurs se réfèrent à la disposition législative qui consacre la solidarité en tant que fondement de la sécurité sociale¹⁹⁶⁴. Cependant, contrairement aux arguments ainsi avancés par la doctrine française, dans un système de sécurité sociale, la *contributivité* ne porte pas atteinte à la *solidarité* des retraites. Dans un système de retraites financées par *répartition* comme l'est le système français, les deux éléments ne sont pas en rapport exclusif l'un de l'autre¹⁹⁶⁵.

1198. Dans un système par répartition, une partie des cotisations sociales finance également des prestations sociales *non contributives*. Le lien entre les cotisations payées et les retraites versées n'est pas strict, mais *proportionnel*. En revanche, le rapport entre salaires et retraites est *strict* dans un système dont le financement repose sur la *capitalisation*. Dans ce cas de figure, la valeur des retraites dépend des cotisations sociales versées. Le niveau des dernières détermine donc le montant exact qui sera versé à la fin de la vie active¹⁹⁶⁶. On peut ainsi considérer que la doctrine française procède à une interprétation critiquable lorsqu'elle aborde la *contributivité* comme l'absence totale de *caractère redistributif* et *solidaire* des retraites sans prendre en

¹⁹⁶⁰ Sur le principe de non-discrimination comme limite à l'aménagement des droits sociaux dérivés, voir *supra*, p. 245 et s.

¹⁹⁶¹ Maryse BADEL, « Le Conseil constitutionnel arbitre économique et politique : l'exemple de la loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014 », *Constitutions*, n° 1, 2015, p. 85.

¹⁹⁶² Nicolas DUFOURQ, « Sécurité sociale : le mythe de l'assurance », *Droit social*, n° 3, 1994, p. 291. Selon ce dernier auteur, « l'ancrage professionnel de la sécurité sociale n'a plus de sens ». Catherine BAC, Samia BENALLAH, « Glissement de la norme de contributivité au régime général d'assurance-vieillesse : une estimation des effets potentiels sur le niveau des pensions », *Economie et institutions*, n° 24, 2016, disponible en ligne sur journals.openedition.org. Pour une approche générale sur le sujet, lire Jean-Pierre CHAUCHARD, Jean - Yves KERBOURC'H, Christophe WILLMANN, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 229, 230.

¹⁹⁶³ Jacques BARTHELEMY, « Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014 : le Conseil constitutionnel et la réduction des cotisations sociales des bas salaires », *op. cit.* « Du fait de la solidarité, sont créés des droits non contributifs, certains collectifs au demeurant, donc s'adressant à la collectivité et pas à l'individu. Ils ont contribué à forger la cohésion sociale, ce qui n'est évidemment pas l'objet de l'assurance, mais aussi à décliner des droits fondamentaux, tels ceux à la dignité qui exige des revenus suffisants ».

¹⁹⁶⁴ Article L. 111-1, al. 1^{er} du Code de la sécurité sociale : « La sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale ».

¹⁹⁶⁵ Voir par exemple *supra* note de bas de page n° 1944.

¹⁹⁶⁶ Dominique MARCILHACY, « De la contributivité en matière de retraites », *Droit social*, n° 7-8, 2009, p. 846.

compte ses différents degrés d'expression. Si la garantie de la *contributivité* n'est pas nuisible à la *solidarité* en tant que telle, en revanche, le refus de reconnaître la première peut conduire à la neutralisation des retraites.

1199. Cela est devenu particulièrement manifeste en Grèce dans le contexte de régression économique de ces dernières années. Dans l'ordre juridique hellénique, devant les nombreuses restrictions apportées aux retraites, la *contributivité* a émergé en tant que *limite à l'aménagement* des retraites d'une manière plus explicite. Ainsi, la doctrine grecque aborde, sans difficulté, la contributivité comme l'un des « principes constitutionnels de la sécurité sociale »¹⁹⁶⁷. La contributivité est donc ici envisagée comme complément de la solidarité non comme un principe concurrent.

1200. Cependant, jusqu'à très récemment, le principe en question n'avait jamais été explicité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique. Pendant longtemps, ce dernier se limitait à refuser *l'analogie stricte* entre les cotisations versées et les retraites¹⁹⁶⁸. La position était pertinente en raison du financement des retraites *par répartition*, sans exclure la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à la *contributivité* des retraites. Certaines évolutions plus récentes ne permettent désormais aucun doute quant à sa reconnaissance.

1201. A l'occasion de son *second arrêt Mémoire*¹⁹⁶⁹, le Conseil d'Etat hellénique non seulement a admis la *contributivité* des retraites, mais il l'a également consacrée comme *limite ultime à la restriction des retraites*. Il a ainsi énoncé l'interdiction pour le législateur de porter atteinte au « niveau matériel acquis lors de la vie professionnelle ». Si les retraités doivent garder leur *niveau de vie active*, il s'ensuit que le montant de leurs retraites doit être *en adéquation* avec les cotisations versées. Face aux nouvelles limitations des retraites *de base* et *complémentaires* décidées par le législateur, le Conseil d'Etat hellénique a écarté les mesures restrictives, les jugeant inconstitutionnelles en invoquant la *substance* du droit à la retraite. A travers l'arrêt mentionné, les juges du Conseil d'Etat hellénique ont suivi une démarche originale qui différencie clairement le contrôle de la *proportionnalité* de l'aménagement et le

¹⁹⁶⁷ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « L'impact des memoranda sur la sécurité sociale », *op. cit.* Xenofon KONTIADIS, *Le nouveau constitutionalisme et les droits fondamentaux après la révision de 2001*, *op. cit.*, p. 540.

¹⁹⁶⁸ Selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat hellénique passée, la Constitution hellénique ne consacre pas la correspondance entre les cotisations versées et les retraites attribuées. Voir les arrêts CdE n° 2263/1982, n° 1948/1992, n° 5020/1997, n° 2745/1999, n° 3824/2000.

¹⁹⁶⁹ Arrêt CdE, n° 2287/2015 précité, voir *supra*, note de bas de page n° 1881. Voir également l'arrêt n° 1/2018 de la Cour suprême spéciale jugeant inconstitutionnelles les restrictions apportées aux retraites par les juges dont le montant doit être proportionnel au niveau des salaires passés. Voir aussi l'arrêt de la Cour de Cassation hellénique n° 1277/2018.

contrôle de la *substance*. Il s'agit, par ailleurs, d'une contribution importante au regard des interrogations posées par la *substance* du droit à la retraite.

1202. Dorénavant, aucun doute ne peut subsister dans l'ordre juridique hellénique quant à la valeur constitutionnelle de la contributivité des retraites¹⁹⁷⁰. D'un point de vue de droit comparé, la démarche des conseillers d'Etat grecs accentue par contraste l'absence de reconnaissance directe de la valeur constitutionnelle de la *contributivité* en France. Certes, le législateur français n'a pas réduit le montant des retraites en tant que tel ; il a toutefois pris d'autres mesures visant à diminuer celui-ci par le biais notamment de dispositions fiscales. Le problème est devenu évident lors des discussions qui ont eu lieu récemment au sujet de l'imposition d'une *taxe spéciale* (« contribution sociale généralisée ») sur les *retraites* et la diminution conséquente du « pouvoir d'achat » des retraités¹⁹⁷¹. Or, ce dernier terme ne signifie pour le moment rien en termes juridiques ; sa transcription en droit pourrait seulement se réaliser par référence au *principe de contributivité* des pensions.

Etant donné l'importance du principe constitutionnel de contributivité des retraites, une question demeure ; celle de déterminer la retraite minimale de manière positive sur la base du principe de contributivité.

ii - La détermination de la retraite minimale sur le fondement du principe constitutionnel de contributivité

1203. A l'occasion de son *second arrêt Mémoire*, le Conseil d'Etat hellénique a interdit au législateur de restreindre les retraites de telle manière que cela porte atteinte au *niveau matériel acquis lors de la vie professionnelle active*, donnant ce faisant une réponse claire à la question de la limite à la restriction des retraites. Etant donné l'analyse qui précède, il s'agit d'un critère pertinent afin de déterminer la *retraite minimale permise* au regard du droit constitutionnel à la sécurité sociale en France et en Grèce. C'est ainsi un approfondissement du principe constitutionnel de la contributivité des retraites qui sera opéré en l'occurrence.

¹⁹⁷⁰ Aggelos STERGIU, « La contributivité dans de nouvelles péripéties jurisprudentielles à l'occasion de l'arrêt CdE n° 660/2016 », *EDKA*, n° 1, 2016, p. 140 (en grec).

¹⁹⁷¹ En France, la loi de finances votée en 2018 a baissé les cotisations sociales pour les travailleurs. Pour y parvenir, elle a toutefois imposé une hausse de la contribution sociale généralisée payée par les retraités. La présente étude ne traite pas de la constitutionnalité de la fiscalité et de ce point de vue, cette mesure ne peut pas être, en l'espèce, critiquée. Cependant, il nous semble qu'une telle mesure serait déclarée inconstitutionnelle s'il est reconnu qu'elle viole la *substance* du droit à la sécurité sociale, c'est-à-dire qu'elle empêche les retraités de jouir du même niveau de vie que celui dont ils jouissaient durant leur vie active. Il s'ensuit que le « pouvoir d'achat » des retraités dépend de celui des salariés, une piste de réflexions intéressante impliquant la question du salaire minimum des travailleurs mais qui dépasse le sujet de notre étude.

1204. Le principe constitutionnel de la contributivité, en général, et la *garantie du niveau acquis lors de la vie professionnelle*, en particulier, impliquent un lien fort entre les retraites octroyées à la fin de la vie active et les *salaires* acquis tout au long de celle-ci. Une telle détermination de la limite ultime apportée à la restriction de la retraite vient, en réalité, accentuer sa nature de *revenu de remplacement de salaire*. Dans cette perspective, si on souhaite définir la retraite minimale de manière positive, il convient de recourir au concept de « taux de remplacement » de la retraite¹⁹⁷².

1205. On entend le dernier comme le pourcentage exprimant le rapport entre le montant de la retraite à percevoir et celui des anciens salaires. Il correspond à un *pourcentage* seulement des salaires, car une correspondance stricte entre le salaire et la retraite serait contraire au caractère des systèmes de retraites *par répartition* en France et en Grèce¹⁹⁷³. Il importe d'apporter, ensuite, certaines précisions quant au calcul du taux de remplacement sur la base des anciens salaires. Il convient notamment de clarifier quels sont les salaires pris en compte. Il peut s'agir soit de la *dernière* rémunération perçue, qui est en principe la plus élevée sur toute une vie active, soit de la *moyenne* de tous les salaires perçus lors de la vie active. Dans ce second cas, le taux de remplacement sera plus bas que dans le premier cas.

1206. En France, il n'existe pas de *taux de remplacement* unique pour toutes les *retraites de base* ; celui-ci diffère entre le secteur public et le secteur privé. Alors que pour les fonctionnaires la retraite est calculée en fonction des six derniers mois de salaire, dans le privé le calcul se fait en considérant les vingt-cinq meilleures années¹⁹⁷⁴. En revanche, en Grèce, la dernière loi votée en la matière en 2016 détermine le *taux de remplacement* en fonction des revenus perçus *tout au long de la carrière*, c'est-à-dire non pas uniquement en considérant les meilleures années de la carrière comme en France¹⁹⁷⁵. Par ailleurs, les *taux de remplacement* établis pour les *retraites de base* sont plus faibles, pour les salaires les plus hauts¹⁹⁷⁶.

¹⁹⁷² Le « taux de remplacement » est l'expression en pourcentage de la différence existante entre le montant d'une retraite et celui du salaire perçu par un actif avant la cessation de son activité. Il représente ainsi le degré auquel la retraite remplace le salaire.

¹⁹⁷³ Voir *supra*, p. 482.

¹⁹⁷⁴ Pour les fonctionnaires, c'est donc le dernier salaire qui est pris en compte alors que pour les retraités du secteur privé, une grande partie des rémunérations perçues est considérée. Loi n° 93-936 du 22 juillet 1993 (JORF n°168 du 23 juillet 1993, p. 10342) relative aux pensions de retraite et à la sauvegarde de la protection sociale. Loi n°48-1450 du 20 septembre 1948 (JORF du 21 septembre 1948 p. 9298) sur les pensions des fonctionnaires. Les disparités entre les fonctionnaires et les employés du domaine privé étant un problème, la réforme préconisée des retraites en France pour l'année 2019 vise à y pallier.

¹⁹⁷⁵ Loi n° 4387/2016 qui détermine comme salaire de référence celui qui ressort de toutes les années du travail et non seulement des « meilleures » années.

¹⁹⁷⁶ Sur les retraites de base, la loi n° 4387/2016, dans son article 8, prévoit différents taux de remplacement selon la durée de l'assurance. Ceux-ci démarrent à 11,55 % et vont jusqu'à 42,80 %, ce qui montre qu'ils restent dans

1207. Si les exemples ci-dessus ne concernent que les *retraites de base*, il n'en demeure pas moins que les *retraites complémentaires* sont également concernées par ce critère de calcul du taux de remplacement. En France, le calcul des retraites complémentaires est réalisé en fonction de *l'acquisition de points* tout au long de la carrière professionnelle¹⁹⁷⁷. En Grèce, la loi de 2016 précitée établit comme *taux de remplacement* pour les retraites complémentaires le pourcentage de « zéro quarante-cinq » pour chaque année d'assurance¹⁹⁷⁸. Le montant des retraites complémentaires s'ajoute à celui des retraites de base et leur ensemble est censé garantir un *niveau de vie* en faveur des retraités.

1208. Cependant, ce qu'il est possible de constater derrière de tels détails techniques est que le taux de remplacement n'est pas conçu comme un *pourcentage total* des retraites de base et des retraites complémentaires, ni en France ni en Grèce. Ce fait, en combinaison avec les variations de calculs qui existent entre les différents régimes, rend difficile la détermination exacte du *taux de remplacement* du revenu par la retraite. En effet, celui-ci n'a jusqu'à présent pas fait l'objet d'une systématisation en tant que concept juridique.

1209. Si le *taux de remplacement* était proprement systématisé comme tel, il ne correspondrait qu'à un seul pourcentage qui additionnerait deux autres pourcentages : celui concernant les *retraites de base* et celui portant sur les *retraites complémentaires*. Il serait possible, dans cette hypothèse, de vérifier si la détermination finale du montant de retraite est constitutionnelle. A l'instar de l'ordre juridique allemand, un plancher en dessous duquel celle-ci ne peut pas aller pourrait être établi¹⁹⁷⁹. Enfin, relevons qu'à défaut d'un tel *plancher du taux de remplacement*, ni le législateur français ni le législateur grec ne concrétisent suffisamment le *principe de contributivité* des retraites.

B - La question de la conformité de la législation au principe constitutionnel de la contributivité

1210. Dans l'ordre juridique français, la législation est censée renforcer la contributivité des retraites, sans toutefois le faire de manière pertinente. Les divers malentendus de la législation

tous les cas particulièrement bas. Aggelos STERGIU, « La loi n° 4387/2016 sur la réforme des retraites », *op. cit.*

¹⁹⁷⁷ Pour calculer le nombre de points acquis dans l'année, le salaire brut est divisé en tranches. A chaque tranche est appliqué un taux contractuel de cotisation aussi appelé taux d'acquisition des points.

¹⁹⁷⁸ Article 96 de la loi n° 4387/2016.

¹⁹⁷⁹ Alain VASSELLE, Christiane DEMONTÈS et André LARDEUX, « Les retraites en Allemagne : des enseignements à tirer ? », Rapport d'information disponible sur le site du sénat.fr.

française autour de la contributivité (i) doivent être différenciés des mesures votées en Grèce qui contournent totalement le principe (ii).

i - Les malentendus autour de la contributivité des retraites : le cas français

1211. En France, certaines démarches législatives valorisent, à première vue, l'effort contributif de la part des bénéficiaires des retraites. Toutefois il convient d'expliquer les raisons pour lesquelles les mesures concernées ne concrétisent pas vraiment le principe de contributivité des retraites d'une manière positive ; à tout le moins tel qu'il est entendu dans le cadre de la présente étude. Deux mesures législatives en particulier suscitent notre intérêt en tant que « faux-semblants » de la contributivité des retraites ; il est question des mécanismes issus de la réforme des retraites de 2003 qui avaient pourtant comme objectif principal le renforcement de ce principe¹⁹⁸⁰.

1212. Il s'agit, en premier lieu, du dispositif du « minimum contributif » déjà établi dans le passé¹⁹⁸¹ mais davantage concrétisé par l'article 4 de la loi de 2003¹⁹⁸². Par « minimum contributif » est entendu une *retraite minimale* à laquelle ont droit tous les travailleurs qui ont eu une carrière complète, mais qui ont cotisé sur la base du *salaires minimum*. En vertu de la disposition, tous les travailleurs acquièrent un droit à la retraite sur la base d'un taux de remplacement de « quatre-vingt-cinq pour cent » du *salaires minimum*. Lorsque les retraités n'arrivent pas à accéder au montant minimum mentionné en raison de cotisations insuffisantes, l'Administration intervient pour valoriser leurs retraites. La loi de 2003 est censée avoir permis de renforcer la contributivité du « minimum contributif » en accentuant le rôle des cotisations versées par les travailleurs pour son financement¹⁹⁸³.

¹⁹⁸⁰ Article 2 de la loi n° 2003-775 : « Tout retraité a droit à une pension en rapport avec les revenus qu'il a tirés de son activité », ce qui d'après les travaux préparatoires de la loi consacre le principe de contributivité. Travaux préparatoires de la loi, document n° 885 mis en distribution le 2 juin 2003, disponible sur le site assemblee-nationale.fr.

¹⁹⁸¹ Le minimum contributif permet de relever le montant de la pension de retraite de base versée aux assurés du régime général et des régimes alignés (régimes des artisans et commerçants et des salariés agricoles) qui remplissent les conditions requises pour bénéficier d'une retraite à taux plein. Il a été créé par la loi du 31 mai 1983 (JORF du 1 juin 1983, p. 1639). Il sert à revaloriser les pensions de ceux qui ont cotisé sur la base de salaires très faibles. Son pendant pour les fonctionnaires est le « minimum garanti ».

¹⁹⁸² Article 4 de la loi 2003-775 : « La Nation se fixe pour objectif d'assurer en 2008 à un salarié ayant travaillé à temps complet et disposant de la durée d'assurance nécessaire pour bénéficier du taux plein un montant total de pension lors de la liquidation au moins égal à 85 % du salaire minimum de croissance net lorsqu'il a cotisé pendant cette durée sur la base du salaire minimum de croissance ».

¹⁹⁸³ Catherine BAC, Isabelle BRIDENNE, Julie COUHIN, « Les effets de la réforme du minimum contributif en 2003 : limités et éphémères », *Retraite et société*, vol. 54, n° 2, 2008, p. 65-92, disponible sur [Cairn.fr](http:// Cairn.fr). « La dimension contributive de cette pension minimale a été renforcée lors de la réforme des retraites de 2003, avec la création d'une majoration au titre des trimestres d'assurance ayant effectivement donné lieu au paiement de cotisations à la charge de l'assuré ».

1213. Il importe toutefois de signaler que ce renforcement de la contributivité ne concerne qu'une catégorie spécifique de travailleurs, ceux aux *revenus modestes*. Un *plancher* est certes garanti par le législateur français, mais il ne concerne pas l'ensemble des travailleurs. C'est pour cette raison que le mécanisme entre, de notre point de vue, dans la catégorie des « faux-semblants » de la contributivité. Il s'agit en réalité d'une allocation assurantielle qui vise à protéger seulement ceux qui jouissaient d'un niveau de vie basé sur un *salaire minimum* et non garantir à tous le *niveau acquis lors de la vie professionnelle* comme cela serait nécessaire¹⁹⁸⁴. Un *plancher du taux du remplacement* n'est toujours pas établi dans l'ordre juridique français.

1214. En second lieu, la réforme de 2003 était censée renforcer la contributivité des retraites dans la mesure où elle consolidait un autre dispositif précédemment introduit¹⁹⁸⁵, celui des *retraites professionnelles*¹⁹⁸⁶. Il s'agissait ici de la création d'un *troisième pilier* des retraites individuelles ou collectives impliquant des programmes d'épargne et fonctionnant par *capitalisation*¹⁹⁸⁷. Il est question des pensions « surcomplémentaires » ou « supplémentaires », envisagées comme un *complément* des retraites *de base* et *complémentaires*¹⁹⁸⁸.

1215. Il serait possible de considérer *a priori* que leur concrétisation s'inscrit dans une logique de *renforcement de la contributivité* des retraites, d'autant plus que les retraites en question, par opposition aux retraites de base et complémentaires, n'impliquent pas de *retraites maximales*. La détermination d'une *retraite maximale* pose des difficultés au regard du principe de *contributivité* des retraites, cette mesure pouvant conduire à limiter le montant de la retraite d'individus qui ont beaucoup cotisé. Concernant les bénéficiaires de *retraites supplémentaires*, même dans le cas où ils dépasseraient la durée exigée de cotisation pour un *taux plein de retraite*, les retraités acquièrent ici des suppléments de revenus qui correspondent à leurs cotisations versées¹⁹⁸⁹. Le mécanisme décrit manifeste une vision renforcée de la contributivité

¹⁹⁸⁴ Voir *supra*, p. 484.

¹⁹⁸⁵ La retraite supplémentaire a été créé dès 1994 (Loi n° 94-678 du 8 août 1994, JORF n°184 du 10 août 1994, p.11655).

¹⁹⁸⁶ En 2003 la législation sur la retraite supplémentaire a encore évolué. La loi a valorisé la retraite épargne (article 107 de la loi n° 2003-775 : « En complément des régimes de retraite obligatoires par répartition, toute personne a accès, à titre privé ou dans le cadre de son activité professionnelle, à un ou plusieurs produits d'épargne réservés à la retraite, dans des conditions de sécurité financière et d'égalité devant l'impôt »). Ont été créés également deux nouveaux dispositifs d'épargne retraite : le plan d'épargne retraite populaire (PERP) et le plan d'épargne pour la retraite collectif (PERCO). Il s'agissait, en l'espèce, d'encourager par le biais de dispositions sociales et fiscales la formation d'un « troisième étage » de retraites privées.

¹⁹⁸⁷ Voir *infra*, p. 539 et s.

¹⁹⁸⁸ Jacques BARTHELEMY, « Réforme des retraites et protection sociale complémentaire », *Droit social*, n° 11, 2003, p. 970.

¹⁹⁸⁹ Un montant maximum de la pension de base a été fixé en fonction du plafond annuel de la Sécurité sociale. Le plafond de sécurité sociale (PSS) ou plafond annuel de la sécurité sociale (PASS) est un référentiel qui permet de déterminer la base de calcul des cotisations sociales sur le salaire, l'assurance vieillesse, les régimes complémentaires de retraite, par exemple.

des retraites dans la mesure où il est déchargé des obligations liées à un *financement par répartition*.

1216. Cependant, considérer que par le biais du dispositif mentionné le principe de contributivité des retraites est davantage garanti n'est pas tout à fait exact. Les retraites en question ne sont pas des *prestations inabrogeables de l'Etat social français* d'après l'interprétation des *contre-limites relevant de sa structure*¹⁹⁹⁰. Dans le cadre de notre étude, si une prestation n'est pas *constitutive* de la structure du principe de l'Etat social, il n'existe aucun moyen de déterminer avec certitude le point correspondant en réalité à son élimination¹⁹⁹¹. Il s'ensuit que l'*abrogation* ou la *restriction excessive* de telles retraites ne risque pas de porter atteinte à la *substance* du droit à la sécurité sociale. Il conviendrait alors de recourir au *principe de proportionnalité* pour contrôler leur aménagement restrictif.

1217. Ainsi, les retraites professionnelles, en offrant un revenu supplémentaire aux retraités, renforcent de manière générale la contributivité du système sans pour autant concrétiser la *garantie du niveau acquis lors de la vie professionnelle*. Pour contrôler le respect de ce dernier, seul peut être pris en compte le montant total de la *retraite de base* et de la *retraite complémentaire*. Si dans l'ordre juridique français existent certains malentendus quant aux mesures visant en principe une contributivité renforcée des retraites, dans l'ordre juridique hellénique il est possible de constater plusieurs atteintes au principe.

ii - Le contournement de la contributivité des retraites : le cas hellénique

1218. Le Conseil d'Etat hellénique, à l'occasion de son *deuxième arrêt Mémoire* de 2015, a interdit au législateur de porter atteinte à la *substance* du droit à la retraite en privant les retraités de pensions correspondant au *niveau de leur vie professionnelle*. Cependant, la loi n° 4387/2016 qui a prévu la dernière réforme des retraites¹⁹⁹² n'a nullement respecté les obligations issues du *principe constitutionnel de contributivité* des retraites¹⁹⁹³. Bien que la loi ait rendu le système des retraites plus contributif dans son ensemble en faisant jouer aux cotisations sociales un rôle plus important pour son financement¹⁹⁹⁴, elle n'en a néanmoins pas tiré les conséquences nécessaires quant à la détermination du montant des retraites.

¹⁹⁹⁰ Voir *supra*, p. 397.

¹⁹⁹¹ Voir *supra*, p. 446, p. 447.

¹⁹⁹² Loi n° 4387/2016, JO A/85/12.5.2012.

¹⁹⁹³ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « Le nouveau système de la sécurité sociale issu de la loi n° 4387/2016 », *EDKA*, 58, 2/2016, p. 194. Aggelos STERGIOU, « La loi n° 4387/2016 sur la réforme des retraites », *op. cit.* Selon les auteurs, la nouvelle loi échoue à remplacer le revenu selon les exigences constitutionnelles. Stephanos PETROPOULAKOS, « La conformité de la réforme de la sécurité sociale à la Constitution, des remarques à l'occasion de la loi n° 4387/2016 », *EDKA*, n° 2, 2016, p. 199 (en grec).

¹⁹⁹⁴ Ainsi, les retraites sont devenues moins « gratuites » et en même temps plus basses. Il importe alors de différencier la contributivité du système des retraites qui concerne son financement de la contributivité des retraites

1219. L'inconstitutionnalité de la loi de 2016 au regard du principe de contributivité des retraites se manifeste, d'abord, par le fait qu'elle accentue son alignement avec les exigences de *solidarité* et le principe de *dignité de la personne humaine*¹⁹⁹⁵. L'énoncé est en conformité avec les *taux de remplacement* des retraites établis qui sont désormais particulièrement faibles¹⁹⁹⁶. En effet, la nouvelle loi a engendré une *revalorisation vers le bas* des *retraites de base* et des *retraites complémentaires* qui n'étaient alors pas attribuées. La loi de 2016 ne protège donc pas *le niveau de vie acquis lors de la vie professionnelle* mais implique, en revanche, des retraites très faibles qui se rapprochent davantage des *minima sociaux* que des prestations *contributives*.

1220. Par ailleurs, plusieurs autres mesures de la loi en question portent atteinte au *principe de contributivité des retraites*¹⁹⁹⁷. En premier lieu, notons qu'à travers la loi de 2016, le législateur a imposé un *plafond maximal de retraite*¹⁹⁹⁸. Or, il s'agit d'une mesure qui va à l'encontre d'une jurisprudence constante du Conseil d'Etat hellénique selon laquelle il n'est pas constitutionnellement permis de poser une *limite maximale* à des prestations dont le capital est constitué par les cotisations des travailleurs¹⁹⁹⁹. Bien que le fondement de cet énoncé jurisprudentiel soit *l'égalité devant les charges publiques*, c'est le *principe de la contributivité* du droit constitutionnel à la sécurité sociale qui se concrétise ici de manière implicite²⁰⁰⁰. En effet, la limitation des retraites maximales aboutit à une discrimination au profit des travailleurs qui, ayant travaillé pendant une plus longue période ou ayant perçu un plus haut salaire, ont

qui porte sur le montant attribué aux retraités. C'est la deuxième question qui nous intéressera plus particulièrement en l'espèce. Sur la première question, voir *supra*, p. 423 et s.

¹⁹⁹⁵ Voir l'exposé des motifs de la loi n° 4387/2016 selon lesquels la nouvelle loi garantit d'une part, un niveau de vie conforme au principe de la dignité de la personne humaine et, d'autre part, *dans la mesure où cela est possible*, le rapprochement au niveau acquis pendant la vie professionnelle. Exposé des motifs de la loi n° 4387/2016, partie 1, p. 3, disponible sur le site hellenicparliament.gr. Voir l'article 2 de la loi n° 4387/2016.

¹⁹⁹⁶ Voir *supra*, p. 485.

¹⁹⁹⁷ Pour une vision d'ensemble sur le sujet, lire Stephanos PETROPOULAKOS, « La conformité de la réforme de la sécurité sociale à la Constitution, des remarques à l'occasion de la loi n° 4387/2016 », *op. cit.*

¹⁹⁹⁸ Article 13, par. 2 de la loi n° 4387 /2016 déterminant le montant maximum des retraites à trois mille euros.

¹⁹⁹⁹ Pendant longtemps, le Conseil d'Etat hellénique a admis que l'établissement de retraites maximales était une mesure conforme au droit constitutionnel à la retraite : CdE n° 540, n° 541, n° 548, n° 549/1999 ; CdE n° 1873/2000. Cependant, la Cour suprême spéciale, à l'occasion de sa décision n° 9/1980, a jugé inconstitutionnelle la mesure relative aux retraites complémentaires d'épargne. Dans son arrêt CdE n° 540/1999, le Conseil d'Etat hellénique a procédé à un revirement jurisprudentiel en écartant également cette possibilité comme contraire au principe d'égalité. La Cour de Cassation hellénique a fait de même à travers sa décision n° 32/1995. En l'occurrence, derrière sa décision d'inconstitutionnalité au regard du principe de non-discrimination, c'est la protection de la contributivité des retraites qui a été consacrée. Voir également l'arrêt plus récent CdE n° 734/2016.

²⁰⁰⁰ Xenofon KONTIADIS, *Le nouveau constitutionalisme et les droits fondamentaux après la révision de 2001*, *op. cit.*, p. 521, 542

versé des cotisations plus élevées que d'autres. Il en résulte un contournement de la contributivité des retraites²⁰⁰¹.

1221. En second lieu, malgré l'interdiction du Conseil d'Etat hellénique de limiter davantage les retraites, le législateur l'a contournée en procédant à une *hausse excessive* des cotisations sociales²⁰⁰². Une telle mesure de réduction des retraites satisfait l'objectif de maîtrise des dépenses²⁰⁰³. A travers celle-ci, le législateur ne porte pas atteinte à la *substance* du droit à la sécurité sociale dans le sens où il ne prive pas les retraités de leur *niveau de vie professionnelle*. Il n'en demeure pas moins qu'avec la mesure décrite, le législateur grec viole à nouveau le droit constitutionnel à la sécurité sociale. Les cotisations sont désormais si élevées que de nombreux de travailleurs sont empêchés de les verser et, par conséquent, de jouir de leur droit à la retraite. Il s'agit d'une mesure problématique, d'autant plus qu'elle méconnaît le caractère « intergénérationnel » du système de retraites²⁰⁰⁴. En raison du montant élevé des cotisations, la génération actuelle de travailleurs subit toute la charge de la génération actuelle des retraités ; une situation qui fragilise la solidarité entre générations de travailleurs propre à tout système de *retraites par répartition*.

1222. Enfin, un nouveau problème juridique émerge lorsqu'on examine la dernière réforme des retraites qui a eu lieu en Grèce en 2016. La loi en question a permis une *revalorisation vers le bas* et, partant, une limitation des *retraites complémentaires* même dans les cas où elles étaient *déjà attribuées*, à la seule condition que le montant final ne soit pas inférieur à 1300 euros²⁰⁰⁵. Toutefois, d'après la loi de 2016, les retraites *de base* ne peuvent *a priori* être revalorisées vers le bas, par opposition aux *retraites complémentaires*. Pour autant, concernant les *retraites de base*, la loi de 2016 a introduit une nouvelle mesure contestable permettant leur revalorisation vers le bas à la condition que le montant final de la retraite ne descende pas en-dessous d'une limite inférieure ; il s'agit de la mesure connue sous le nom de « différence individuelle »²⁰⁰⁶. La *différence individuelle*, désignant la différence entre le montant déjà liquidé et le montant

²⁰⁰¹ Paraskevi MOUZOURAKI, « Le principe de confiance légitime en droit administratif hellénique », *RFDA*, n° 1, 2005, p. 143.

²⁰⁰² Article 38 de la loi n° 4387/2016.

²⁰⁰³ Apostolos PAPAKONSTANTINOÛ, « Les limites juridiques à la réforme de la sécurité sociale », *op.cit.*, p. 25.

²⁰⁰⁴ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « Le nouveau système de la sécurité sociale issu de la loi n° 4387/2016 », *op. cit.*

²⁰⁰⁵ Article 94, par. 2 pour les retraites complémentaires.

²⁰⁰⁶ Article 14, par. 2 pour les retraites de base. La « différence individuelle » désigne la différence entre le montant actuel des retraites et le montant final après leur revalorisation vers le bas concernant les retraites déjà attribuées. Le montant final ne doit pas être inférieur de 18% de la retraite de base déjà liquidée.

revalorisé vers le bas, peut être aussi abrogée mais seulement à partir du 1^{er} janvier 2019²⁰⁰⁷. Ainsi, l'autonomisation de la *différence individuelle* prépare le terrain à son abrogation future.

1223. Il s'ensuit qu'aucune retraite n'échappe en réalité à une *revalorisation vers le bas* puisque celle-ci est seulement suspendue pour les *retraites de base* jusqu'en 2019, année qui marque la fin du programme d'aide financière octroyée en Grèce par ses créanciers. Il s'agit ainsi d'une mesure très problématique qui « camoufle » les restrictions apportées aux retraites²⁰⁰⁸ en les déplaçant en réalité du présent au futur²⁰⁰⁹. Les dispositions qui portent sur la *différence individuelle* ne permettent pas de réaliser, en première lecture de la loi, la profondeur de nouvelles restrictions votées à l'égard des retraites *de base*.

1224. Il importe, toutefois, de constater que le législateur réalise non seulement une réadaptation des retraites vers le bas en raison de nouvelles règles de calcul pour les nouvelles retraites, mais procède aussi à une restriction importante des retraites *déjà* attribuées jusqu'à une limite inférieure très basse. Il s'agit, de ce point de vue, d'une violation claire de *l'interdiction de porter atteinte au niveau acquis de vie professionnelle* des retraités. D'autre part, il est question d'une *détérioration* de la situation d'individus qui avaient *déjà* bénéficié de leur droit à la retraite, rompant ainsi la « confiance » de ces derniers. Parallèlement à la garantie de la *substance* dont on a pu constater la violation, une nouvelle piste de réflexion touchant à la *temporalité* de la restriction doit à présent être explorée.

Conclusion du § 2 :

1225. Les dispositions constitutionnelles qui consacrent le droit à la sécurité sociale imposent au législateur de respecter sa *substance*. Elles interdisent ainsi, d'une part, la *privation* des individus de leurs retraites et, d'autre part, la *restriction excessive* de leurs montants. La dernière question exige la détermination d'une limite inférieure du montant des retraites et, dès lors, la garantie d'une *retraite minimale*. La nécessité de distinguer la *retraite minimale* qui protège une partie seulement des individus défavorisés contre le risque de précarité (*minima*

²⁰⁰⁷ La loi de 2016 encadre la restriction des retraites dans le cadre du programme d'ajustement économique. En octobre 2018, leur suppression éventuelle faisait toujours l'objet de négociations entre le Gouvernement grec et l'Eurogroupe. En décembre 2018, le législateur grec a finalement épargné les retraites d'une nouvelle restriction avec la loi n° 4578/2018 (JO A/200/03.12.2018). Indépendamment de cet aboutissement positif, de notre point de vue, la loi de 2016 est inconstitutionnelle à partir du moment où elle n'a pas garanti le *niveau de vie* des retraités, donc qu'elle peut *a priori* engendrer une nouvelle restriction des pensions.

²⁰⁰⁸ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, « Le nouveau système de la sécurité sociale issu de la loi n° 4387/2016 », *op. cit.*

²⁰⁰⁹ Aggelos STERGIOU, « La loi n° 4387/2016 sur la réforme des retraites », *op. cit.*

vieillesse) de la *retraite minimale constitutionnellement permise* implique le recours au principe constitutionnel de la *contributivité des retraites*.

1226. D'une manière générale, l'ensemble constitué par la retraite de base et la retraite complémentaire peut seulement être diminué jusqu'au point de ne pas porter atteinte *au niveau de vie acquis lors de la vie professionnelle active*. Cela exigerait plus concrètement l'établissement d'un *plancher* quant au *taux de remplacement* des salaires à partir desquels sont calculées les retraites. Aucun des ordres juridiques nationaux analysés ne concrétise aujourd'hui le *principe de contributivité* des retraites jusqu'à ce point. Cette lacune facilite les violations du droit à la retraite. Ainsi, en Grèce, les réformes législatives récentes appliquant les *protocoles d'aide financière* ont porté atteinte de manière claire au principe en question en diminuant les retraites jusqu'à atteindre des limites très basses.

Conclusion de la 2^e section :

1227. Les ordres juridiques supranationaux ne distinguent pas entre *limite relative* et *limite absolue* à la restriction du droit à la retraite. Comme les ordres juridiques supranationaux ne consacrent pas la *structure* du principe de l'Etat social, la *substance* du droit à la sécurité sociale n'a pas en leur sein un sens *défini*. Les hautes juridictions supranationales appliquent le *principe de proportionnalité* lorsqu'il s'agit de contrôler la restriction des retraites, sans effectuer aussi un contrôle de la *substance* du droit à la sécurité sociale. L'application d'un contrôle de proportionnalité ne garantit pas une *retraite minimale*, à tout le moins autre que celle que le principe de dignité de la personne humaine implique au regard de la jurisprudence de la Cour européenne.

1228. Or, une telle limite minimale n'est pas pertinente pour les deux ordres juridiques nationaux dont les systèmes de protection sociale sont marqués par une forte tradition bismarckienne et dans le cadre desquels la *contributivité* est bien distincte de la *solidarité*. Le *droit à la sécurité sociale* est, en France et en Grèce, *contributif* ; un caractère qui le différencie du *droit à l'aide sociale* et interdit, par conséquent, une restriction excessive des prestations. S'agissant du sens exact du principe constitutionnel de contributivité des retraites, il convient d'admettre que le respect de la *substance* du droit à la sécurité sociale implique la garantie pour les retraités du *niveau de vie acquis lors de leur vie professionnelle active*.

Conclusion du 1^{er} chapitre :

1229. La *substance* des droits sociaux supra-législatifs a été analysée en tant qu'élément déterminable sur la base de la notion précédemment mise en évidence de *prestations matérielles inabrogeables* de l'Etat social (*contre-limites relevant de la structure du principe de l'Etat social*). C'est en s'appuyant sur les obligations des organes étatiques quant à l'*universalité* des prestations qu'il devient possible de déterminer dans quels cas la *privation* de prestations à des individus est interdite. Dans cette perspective, elle distingue le *contrôle de la substance* des droits sociaux fondamentaux du *contrôle de leur proportionnalité*, et ainsi la *limite absolue* de la *limite relative* à leur restriction.

1230. Dans les ordres juridiques *supranationaux*, la distinction entre les deux limites n'est pas claire à défaut de définition préalable de ce que constitue la *substance* des droits sociaux. En revanche, en France et en Grèce, la *privation* des individus de leurs *droits sociaux dérivés* est effectivement susceptible de porter atteinte à la *substance* des droits sociaux fondamentaux. Le contrôle de proportionnalité doit être réservé à l'*aménagement restrictif* des prestations. Or, lorsqu'une *restriction* est trop excessive au point de conduire à une abrogation de la prestation, elle entraîne également un contrôle de la *substance*.

1231. Parmi tous les cas d'aménagement restrictif des droits sociaux dérivés envisagés, c'est notamment celui du *droit à la retraite* qui nous préoccupe le plus. En tant que *prestation pécuniaire*, elle implique une grande marge d'appréciation dans le contrôle de sa restriction. Le législateur risque de restreindre son montant au point d'en faire une *prestation d'aide sociale*. Il est ici question de violation de la garantie d'une *retraite minimale constitutionnellement permise* qui permet aux retraités de disposer du *niveau de vie qu'ils ont acquis lors de leur vie active*.

1232. La *substance* du droit à la sécurité sociale est uniquement préservée lorsque les retraites octroyées continuent d'être d'un tel montant qui les différencie clairement des *minima vieillesse* et des autres prestations visant à lutter contre la *précarité*. Quant à la détermination d'une limite inférieure au montant des retraites, le *principe constitutionnel de contributivité des retraites* joue un rôle central. Le système des retraites faisant l'objet de modifications continues de la part du législateur, la question de la préservation de la « confiance » des individus est aussi posée.

Chapitre 2

La limite temporelle ne relevant pas de la substance

1233. Après avoir identifié la *limite substantielle* à la restriction des droits sociaux fondamentaux, il importe à présent d'en rechercher la *limite temporelle*. Il n'est plus ici question du *degré permis* de restriction des droits sociaux, mais de celle de la *confiance* potentiellement trahie des individus. Au-delà des droits sociaux fondamentaux, il convient donc de nous demander dans quelle mesure il existe un droit pour l'individu de ne pas devenir destinataire de normes défavorables ou, autrement dit, un droit à la « confiance » dans le maintien de normes favorables. Il est ici question de l'identification d'une *limite temporelle* générale.

1234. Après avoir déterminé une telle limite temporelle à la restriction des droits fondamentaux, il convient de l'analyser au regard du cas particulier des restrictions portées au *droit à la retraite*. La prestation en question faisant l'objet d'interventions législatives très fréquentes dans les deux ordres juridiques, il importe d'enrichir sa protection par des contraintes temporelles. Le deuxième chapitre portera ainsi, d'une part, sur l'identification d'une limite temporelle à la restriction de normes favorables (Section 1) et, d'autre part, sur l'application de la limite temporelle à la restriction des retraites (Section 2).

Section 1 - L'identification de la limite temporelle à la restriction de normes favorables

1235. La recherche d'une *limite temporelle* à la production de normes défavorables diffère de celle précédemment entreprise visant la détermination d'une *limite substantielle* à la restriction des droits fondamentaux. L'obligation de ne pas porter atteinte à la *substance* des droits fondamentaux pèse notamment sur le législateur, sans directement concerner le reste des organes étatiques. En raison de la *réserve de la loi*, ces derniers agissent dans le cadre prévu de la concrétisation restrictive réalisée par le législateur²⁰¹⁰. Plus simplement, il n'y a pas lieu de contrôler l'Administration pour une violation de la *substance* d'un droit une fois que celle-ci est autorisée par la loi.

1236. En revanche, tel n'est pas le cas de la *limite temporelle* dans la mesure où elle ne résulte pas des droits fondamentaux. Il est, dès lors, question d'une garantie différenciée qui concerne cette fois non seulement les normes produites par le législateur, mais également les normes

²⁰¹⁰ Voir *supra*, p. 90 et s.

produites par le reste des organes étatiques. Il est par conséquent possible de parler de l'activité normative du législateur (1), mais aussi de l'activité normative du reste des organes étatiques, au regard de la limite temporelle (2).

§ 1 - L'activité normative du législateur au regard de la limite temporelle

1237. La limite *temporelle*, par opposition à la limite *substantielle*, est nécessairement une *limite relative*. Dans l'hypothèse contraire, son interprétation impliquerait la cristallisation de l'activité législative dans le temps et dès lors, la méconnaissance du rôle du législateur comme organe de production des normes. C'est dans cette perspective qu'il convient d'écarter la conception selon laquelle un *droit à la confiance* existe dans un sens large. Il importe alors de rejeter l'existence d'un droit général au maintien de normes favorables (A) et d'y substituer un droit à la confiance conçu dans un sens strict (B).

A - La mise à l'écart d'un droit général au maintien des normes favorables

1238. Il convient ici d'écarter la position selon laquelle le législateur a l'obligation, d'une part, de ne pas réduire les droits fondamentaux (i) et, d'autre part, de garantir la stabilité des normes en général (ii).

i - L'absence d'obligation de non-réduction des droits fondamentaux

1239. Par *obligation de non-réduction* des droits fondamentaux, ou obligation de « toujours mieux », on entend celle qui impose au législateur de ne pas les concrétiser d'une manière moins favorable que celle dont il l'a fait l'objet dans le passé. Le sens d'une telle obligation est que le législateur peut modifier une norme qui concrétise un droit fondamental *seulement* pour améliorer le niveau de sa protection²⁰¹¹. En France, le Conseil constitutionnel a consacré dans le passé une interdiction de « retour en arrière » pour le législateur relativement à la liberté d'expression ; une jurisprudence dite du « cliquet antiretour »²⁰¹². En Grèce, le Conseil d'Etat

²⁰¹¹ La doctrine française parle d'« effet cliquet ». Voir notamment : Guillaume DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 430. Michel VERPEAUX, Bernard MATHIEU, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 496, p. 497. « "L'effet cliquet" consiste à déclarer inconstitutionnelle une disposition législative nouvelle au motif qu'elle ne maintient pas les garanties issues de règles constitutionnelles existant dans le texte ancien que la loi nouvelle est censée modifier ou remplacer ». La doctrine hellénique parle quant à elle d'« acquis social absolu ». Voir Xenofon KONTIADIS, « La fonction stabilisatrice des droits sociaux fondamentaux : l'exemple de l'acquis social », *op. cit.*

²⁰¹² Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, considérant n° 37 : « Considérant que, cependant, s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ».

hellénique ait admis une seule fois *l'obligation d'optimisation* et cela dans un contexte très particulier lié à l'urbanisme²⁰¹³.

1240. Cependant, aucune disposition constitutionnelle ne consacre une telle obligation, ni en France ni en Grèce, d'une manière directe ou indirecte. Il ne s'agit par ailleurs pas d'une jurisprudence généralisée, ni systématiquement reprise dans aucun des deux ordres juridiques. La doctrine française²⁰¹⁴ et hellénique²⁰¹⁵ constatent un abandon de la jurisprudence du juge de la constitutionnalité qui ne peut nullement empêcher le législateur d'*abroger* des dispositions législatives concrétisant des droits fondamentaux d'une manière favorable aux individus.

1241. Le fait que les *droits fondamentaux* soient consacrés par des dispositions supra-législatives détermine la concrétisation législative sans la paralyser. Dans l'hypothèse contraire, la *réserve de la loi* du législateur perdrait de son sens, car le législateur ne serait plus compétent pour réaliser une *concrétisation négative*. L'obligation du « toujours mieux » conduit à un paralysisme dans la mesure où, dans la plupart des Constitutions, le législateur est habilité à restreindre les droits fondamentaux. Du point de vue de notre étude, la seule limite qui résulte de la consécration des droits fondamentaux est, dès lors, celle qui concerne leur *substance*. Les droits fondamentaux ne peuvent nullement être envisagés en tant que fondements de limites temporelles.

1242. En dépit du fait que les droits fondamentaux n'interdisent pas une concrétisation seulement au motif qu'une autre plus favorable précède, la position a trouvé certains prolongements en France et en Grèce notamment en ce qui concerne les *droits sociaux*. La théorie du « toujours mieux » étant affaiblie, une version plus modérée de celle-ci se fait jour en France et en Grèce. D'après cette nouvelle doctrine, il n'est pas question d'interdire au législateur un retour en arrière, mais de *limiter* celui-ci. Il n'est à cet égard pas permis au législateur d'abroger complètement la législation sociale qui concrétise positivement un droit social fondamental ou de la modifier en toute liberté. Une telle position résulte de certaines analyses doctrinales en France qui envisagent le contrôle des « garanties légales des exigences

²⁰¹³ CdE n° 10/1998. D'après cet arrêt, la législation en matière d'urbanisme ne peut pas limiter la protection de l'environnement naturel et urbain, mais elle doit s'orienter vers une amélioration des conditions de vie des habitants et la préservation des espaces libres et verts.

²⁰¹⁴ Ariane VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 229. Guillaume DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 319. Voir également, Louis FAVOREU et *alii*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 481.

²⁰¹⁵ Pour une critique de la théorie de l'« acquis social absolu », voir Costas CHRYSOGONOS, *Droits individuels et sociaux*, *op.cit.*, p. 40. Voir également Ioannis IGGLEZAKIS, *L'Etat social de droit*, *op. cit.*, p. 95. Contra Petros PARARAS, *Res publica, l'Etat de droit*, *op.cit.*, p. 26, p. 27.

constitutionnelles » comme étant la suite de la *jurisprudence cliquet*²⁰¹⁶. Il en est aussi question en Grèce, au regard de la notion d'« acquis social relatif » qui prend la place de celle d'« acquis social absolu »²⁰¹⁷. La doctrine belge analyse la même théorie sous le nom de *standstill*²⁰¹⁸.

1243. L'origine de la théorie dite de *non-régression* des droits sociaux fondamentaux se trouvent dans l'œuvre de Robert Alexy selon lequel l'application du *principe de proportionnalité* aux « principes sociaux » implique une « obligation d'optimisation »²⁰¹⁹. Les « principes sociaux » sont toutefois généralement entendus comme des *structures normatives faibles*²⁰²⁰. L'*obligation d'optimisation* est le corollaire de leur absence de *force contraignante* vis-à-vis du législateur. C'est parce que les « principes sociaux » ne peuvent l'obliger à agir d'une certaine manière, qu'ils le conduisent à ne pas renoncer à la protection déjà accordée sur leur fondement.

1244. L'analyse de Robert Alexy procède, en réalité, à une *pétition de principe*²⁰²¹ ; l'essentiel étant ici de démontrer comment les « principes sociaux » impliquent une *obligation d'optimisation* et non de prétendre à une telle obligation seulement parce qu'il s'agit de « principes sociaux ». Même donc dans une telle version atténuée, la *théorie de non-régression* n'est pas dépourvue de difficultés. L'*obligation d'optimisation* fait revivre la conception d'une

²⁰¹⁶ Guillaume DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 432. François LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, *op. cit.*, p. 409. *Contra* : Ariane VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 220 et Grégory MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, vol. 62, n° 2, 2005, p. 257-289, disponible sur le site cairn.fr. Selon ces derniers auteurs, les garanties légales ont un champ d'application différent de celui couvert par « l'effet cliquet » et autonome.

²⁰¹⁷ Xenofon KONTIADIS, « La fonction stabilisatrice des droits sociaux : l'exemple de l'acquis social », *to S*, n° 2, 1999, p. 199 (en grec).

²⁰¹⁸ Isabelle HATCHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Athènes Bruxelles Baden-Baden, Ant. N. Sakkoulas, p.16. « L'obligation de *standstill* se déduit de l'obligation adressée au législateur ou aux Etats parties de garantir les droits économiques, sociaux et culturels. Son existence procède de l'idée selon laquelle les droits-créances, fixant un objectif à atteindre progressivement, s'opposent corrélativement à l'adoption des mesures régressives ». Voir également *Ibidem*, p. 58-61.

²⁰¹⁹ Lire sur ce sujet : Philippe GERARD, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviante et société*, 1988, vol. 12, n° 1, p. 75. Evangelia GEORGITSI, « La proportionnalité comme instrument de "conciliation" des normes antagonistes. Regard critique sur l'identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, n° 3, 2011, p. 559.

²⁰²⁰ Voir *intro*, p. 21 et s.

²⁰²¹ Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 92. « Que le principe de proportionnalité sous la forme d'une exigence de préférence stricte pour les moyens les plus favorables à l'exercice de la volonté résulte du caractère de 'principe' des normes de DF, comme le soutient Robert Alexy est une affirmation qui repose sur une pétition de principe, car il s'agirait justement de montrer dans quelle mesure ces normes seraient toutes conçues comme une telle exigence de 'l'optimum compte tenu des possibilités factuelles et juridiques', ce qui ne relève pas du discours théorique mais du droit positif en question. La définition des DF adoptée ici n'exclut nullement une telle possibilité mais ne l'implique pas non plus comme une composante constitutive ce qui limiterait très fortement le champ d'étude puisqu'alors on ne pourrait analyser que des systèmes où les DF sont conçus comme des principes au sens de cette théorie ».

« faible normativité » des droits sociaux²⁰²², incompatible avec leur consécration constitutionnelle et critiquée par notre étude²⁰²³. Toute position qui prétend que les droits sociaux fondamentaux fondent des *limites temporelles* s'inscrivent nécessairement dans le prolongement de leur contestation²⁰²⁴.

1245. Enfin, l'interdiction de l'*élimination* de la législation sociale n'est que le rappel d'une « évidence », car le contraire nierait la place hiérarchiquement supérieure des droits sociaux fondamentaux par rapport aux lois sociales. L'essentiel est alors de rechercher les éléments inabrogeables garantis par les droits sociaux, soit d'approfondir leur *substance*, piste qui n'a toutefois aucun rapport avec les *garanties temporelles*²⁰²⁵. Il n'est pas possible d'admettre qu'une modification soit interdite seulement parce qu'une autre modification *plus favorable* la précède sans considérer que les droits sociaux fondamentaux constituent eux-mêmes des limites temporelles. Notre étude s'appuyant sur la position selon laquelle les droits fondamentaux ne fondent que la *garantie de leur substance*, il convient de rechercher toute *limite temporelle* en dehors de leurs dispositions.

Après avoir écarté la conception selon laquelle le législateur est obligé de maintenir une législation favorable sur le fondement des droits fondamentaux, il convient par ailleurs d'écarter l'idée d'une garantie générale de stabilité des normes.

ii - L'éviction de l'obligation générale de garantir la stabilité des normes

1246. Les travaux doctrinaux français²⁰²⁶ et helléniques²⁰²⁷ argumentent souvent en faveur du « principe de sécurité juridique » en tant que limite temporelle à l'activité du législateur. D'une manière générale, le « principe de sécurité juridique » est entendu comme la *double exigence* de *qualité* et de *prévisibilité* de la norme²⁰²⁸. Consacré initialement par la Cour constitutionnelle

²⁰²² Voir Apostolos PAPAKONSTANTINOU, « La théorie de l'acquis social comme preuve de la normativité du principe de l'Etat social - Remarques à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat 2409/1998 », *To S*, n°2, 1999, p. 297 (en grec).

²⁰²³ Voir *intro*, p. 37 et s.

²⁰²⁴ Pierre MOOR, « Systématique et illustration du principe de la proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en Europe*, *op. cit.*, p. 142. Il s'agit de mécanismes liés aux difficultés techniques des obligations positives.

²⁰²⁵ Voir *supra*, p. 439, p. 440.

²⁰²⁶ Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de la sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., 2005, p. 18.

²⁰²⁷ Spiros VLACHOPOULOS, « Le principe de la confiance légitime de l'administré et l'interprétation des lois conformément à la Constitution », in *DtA*, HS, Ant. N. Sakkoulas, 2003, p. 239 (en grec).

²⁰²⁸ Voir l'intervention de Jean-Marc SAUVE lors du colloque organisé par le Conseil d'Etat « L'entreprise et la sécurité juridique » le 21 septembre 2014, disponible sur le site conseil-état.fr : « Savoir et prévoir, telles en sont les deux composantes : d'un côté, selon un 'axe formel', l'accessibilité, la lisibilité, la clarté du droit en vigueur, de l'autre, selon un 'axe temporel', la prévisibilité et la fiabilité du droit applicable, puis appliqué ».

allemande²⁰²⁹ sur le fondement du *principe de l'Etat de droit*, sa valeur supra-législative est aujourd'hui admise par le Conseil constitutionnel en France²⁰³⁰, le Conseil d'Etat hellénique²⁰³¹, ainsi que par la Cour de Justice²⁰³² et la Cour européenne²⁰³³.

1247. La première exigence de *qualité* de la norme peut être facilement comprise comme le fait de disposer de certains éléments formels indispensables à sa lisibilité, clarté et accessibilité. Sa définition ne pose pas de problèmes dans la mesure où elle exprime la condition nécessaire pour que la norme puisse faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Elle est ainsi cohérente avec la signification admise du *principe de l'Etat de droit* en tant que garantie du contrôle des normes inférieures²⁰³⁴. C'est, cependant, la deuxième exigence, celle de la *prévisibilité* de la norme, qui retient notre attention et suscite une vision critique.

1248. La garantie de la prévisibilité de la norme exprime l'*aspect temporel* de la sécurité juridique selon lequel le législateur ne peut « surprendre » le destinataire des normes en portant atteinte à sa « confiance »²⁰³⁵. Ainsi conçu, le principe implique aussi un élément *subjectif*, également déductible du *principe de l'Etat de droit* et connu sous le nom de « principe de confiance légitime »²⁰³⁶. Le principe de sécurité juridique conçu en tant que « pilier de la temporalité » de l'activité législative²⁰³⁷ a, pour sa part, un sens *objectif*. Les deux principes sont, de ce point de vue, les deux aspects d'une seule garantie qui répond à l'attente de l'individu que sa place ne va pas se détériorer.

1249. La question qui se pose ensuite est celle de savoir dans quelle mesure la jurisprudence affirme le *principe de la confiance légitime* et l'*aspect temporel* du *principe de sécurité juridique*. Il est possible de constater que l'ensemble des hautes juridictions qui font l'objet de notre étude affirment le droit de l'individu à ne pas être surpris par une *modification défavorable*

²⁰²⁹ Lire Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, op. cit., p. 112.

²⁰³⁰ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999. Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

²⁰³¹ CdE n° 2811/2012, CdE n° 1976/2015.

²⁰³² CJCE, 13 juillet 1961, C-14/60, *Meroni*. CJCE, 9 juillet 1969, C-10/69, *Portelange*. Le principe de sécurité juridique est consacré en tant que principe général dans la jurisprudence de la Cour de Justice.

²⁰³³ Cour EDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marchx*. La Cour EDH rattache le principe de sécurité juridique au principe fondamental de « prééminence du droit ».

²⁰³⁴ Voir *intro*, p. 45.

²⁰³⁵ Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de la sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., 2005, p. 56.

²⁰³⁶ Jean-Pierre PUISSOCHET, « Vous avez dit confiance légitime ? », in *L'Etat de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, op. cit., p. 586.

²⁰³⁷ Dominique ROUSSEAU, Julien BONNET, Pierre-Yves GADHOUN, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 671.

de la législation. Tel est en effet le cas du Conseil d'Etat hellénique²⁰³⁸ et de la Cour de Justice²⁰³⁹. Le Conseil constitutionnel français énonce également qu'il est interdit au législateur de « remettre en cause les effets qui peuvent *légitimement être attendus* de telles situations »²⁰⁴⁰. Pour sa part, la Cour européenne garantit le respect de l'« espérance légitime », c'est-à-dire à l'attente des individus de continuer à jouir d'une prestation²⁰⁴¹.

1250. En dépit de toutes les avancées jurisprudentielles du *droit à la confiance légitime*, son sens se révèle problématique. Si on suit la « chaîne de déduction » selon laquelle le droit en question est l'aspect subjectif du principe de sécurité juridique, qui est une spécialisation du *principe de l'Etat de droit*, ce dernier impliquerait le droit pour les individus de ne pas être surpris par une production normative défavorable. Le *principe de l'Etat de droit* serait alors envisagé comme un fondement indirect d'une obligation de stabilité des normes. Cela est toutefois difficilement admissible. Le constat selon lequel le *principe de l'Etat de droit* fonde une garantie de prévisibilité de la loi porte une *contradiction* : c'est le même principe qui implique la *distribution des compétences* selon laquelle le législateur est l'organe de production des normes et le juge celui de leur contrôle. Considérer qu'une telle garantie temporelle de stabilité des normes résulte du principe de l'Etat de droit va à l'encontre du rôle que le même principe réserve au législateur²⁰⁴².

1251. Il devient ainsi évident que soit le législateur est l'organe de production des normes et il dispose de la liberté totale de modifier les lois à la seule condition de respecter les normes constitutionnelles, soit sa liberté est contrainte par une garantie de stabilité des normes et dans ce cas son rôle est contesté. Dans les ordres juridiques français et hellénique, c'est le premier constat qui est approprié et affirmé comme tel par les hautes juridictions qui consacrent le

²⁰³⁸ Le Conseil d'Etat hellénique a admis la valeur constitutionnelle du principe de confiance légitime pour la première fois par le biais de l'arrêt CdE n° 1508/2002. Désormais, il l'admet en tant que spécialisation du principe de sécurité juridique selon une jurisprudence constante, voir notamment CdE n° 2034/2011, n° 3777/2008, n° 4371/2014, n° 640/2015.

²⁰³⁹ CJCE, 19 mai 1983, C-289/81, *Mavridis contre Parlement*. CJUE, 16 décembre 2010, C-537/08, *Kahla Thuringen Porzellan*.

²⁰⁴⁰ Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013.

²⁰⁴¹ Cour EDH, 28 septembre 2004, n° 44912/98, *Kopecky contre Slovaquie*. L'espérance légitime de pouvoir continuer à jouir du bien doit reposer sur une « base suffisante en droit interne ». Sur les spécificités de la jurisprudence de la Cour européenne, voir *infra*, p. 524.

²⁰⁴² Selon le Professeur Pfersmann, « si l'on exige que les règles qui constituent l'ordre juridique soient identifiables et connaissables par avance, un tel impératif ne peut être satisfait que si les normes ne changent jamais, car autrement il se pourrait toujours que des comportements aient des conséquences normatives qui ne leur étaient pas attachées au moment où ils ont eu lieu ». Otto PFERSMANN, « Sécurité juridique et Constitution », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XV, (1999), Paris Economica 2000, p. 109, 110. Voir également, Otto PFERSMANN, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'Etat de droit », *op.cit.*, p. 77.

principe de mutabilité de la loi, et ainsi la liberté du législateur de modifier les lois²⁰⁴³. De ce point de vue, la garantie de la stabilité des normes paraît être dans la plupart de cas une « fausse promesse » qu'il convient d'écarter²⁰⁴⁴.

1252. Si le *droit à la confiance légitime* entendu comme un *droit au maintien des normes favorables* est critiquable, il est néanmoins possible de l'envisager dans un contexte particulier où il disposera d'un *sens strict* qui ne portera pas atteinte au *principe de l'Etat de droit*. Dans cette hypothèse, le principe de sécurité juridique pourrait être conçu comme l'exigence d'une *stabilité relative* des normes qui n'entre pas dans une relation antagoniste avec la liberté du législateur²⁰⁴⁵. Telle est la piste que nous suivrons par la suite.

B - Le droit à la confiance légitime conçu dans un sens strict

1253. Afin de définir le droit à la confiance dans un sens strict, il convient de recourir à un autre principe, le « principe de non-rétroactivité de la loi » (i), en rejetant celui de « pseudorétroactivité » (ii).

i - Le recours au « principe de non-rétroactivité de la loi »

1254. Il est possible d'admettre qu'un *droit à la confiance légitime* dispose d'un sens approprié s'il relève d'une *autre* garantie que celle de la simple stabilité des normes. Seulement si une raison particulière justifie une atteinte à la confiance, sa sauvegarde peut être également justifiée. La raison retenue dans le cadre de notre étude est la « rétroactivité » de la loi.

1255. Le « principe de non-rétroactivité de la loi » est généralement entendu comme la garantie de ne pas modifier l'appréciation normative des actions passées. Une loi rétroactive procède alors à un « retraitement » juridique des événements du passé²⁰⁴⁶. Elle est susceptible de porter atteinte à la *confiance* des individus dans la mesure où les événements qui les concernent ont été *déjà* évalués par le législateur et que la nouvelle évaluation est *moins favorable*. Comme ceux-ci avaient été dans le passé les destinataires d'une loi favorable, il y a ici une *promesse*

²⁰⁴³ Le législateur n'est pas empêché par la Constitution d'introduire des dispositions moins favorables que celles existantes dans le passé et auxquelles les intéressés se sont conformés. Décision n° 82-142 DC du 29 juillet 1989 en France. Voir aussi CdE n° 2635/1986 en Grèce.

²⁰⁴⁴ Dominique ROUSSEAU, Julien BONNET, Pierre-Yves, GADHOUN, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 692.

²⁰⁴⁵ Otto PFERSMANN, « Sécurité juridique et Constitution », *op.cit.*, p. 110.

²⁰⁴⁶ Sébastien FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, S.I., 2011, p. 2, p. 26. « La rétroactivité désigne le mécanisme par lequel sont révisées au présent les situations juridiques qui se sont constituées dans le passé ».

rompue. Il s'avère qu'une loi défavorable rétroactive rompt le principe de confiance légitime *au sens strict*.

1256. La rupture devient davantage explicite lorsqu'un *bénéfice particulier* est retiré à un individu par une loi rétroactive. Le bénéfice peut être soit un *droit* octroyé par une loi précédente, soit simplement une *condition favorable* à la jouissance d'un droit. On parle, dans le premier cas, d'un « droit acquis »²⁰⁴⁷ et, dans le second, d'une « situation acquise »²⁰⁴⁸. La notion de *droits acquis* peut acquérir un *sens large* qui couvre tous les cas dans lesquels un bénéfice individuel du passé est supprimé. Du point de vue de notre étude, le principe de confiance légitime *au sens strict* et la garantie des droits acquis à l'encontre d'une loi rétroactive s'entendent dans un sens identique.

1257. Le droit à la confiance légitime ainsi défini signifie la permission pour l'individu de ne pas être le destinataire de *lois rétroactives défavorables* qui suppriment ses bénéfices. L'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique²⁰⁴⁹ et du Conseil constitutionnel français²⁰⁵⁰ démontre que le sens strict du *droit à la confiance légitime* est affirmé d'une manière constante. Il en va de même pour la Cour de Justice qui interdit également aux organes communautaires d'édicter des normes rétroactives portant atteinte à des droits acquis²⁰⁵¹. Seule la Cour européenne ne concrétise pas de droit à la confiance légitime dans un tel sens restrictif, sa jurisprudence reconnaissant plutôt le concept distinct d'« espérance légitime »²⁰⁵².

1258. C'est, ensuite, la question du *fondement* du droit à la confiance légitime *au sens strict* qui se pose. Deux visions différentes sont envisageables : d'une part, celle selon laquelle le droit à la confiance légitime est une *spécialisation* du *principe de non-rétroactivité*, qui est lui-même une spécialisation du *principe de l'Etat de droit*²⁰⁵³ ; d'autre part, celle d'après laquelle le droit

²⁰⁴⁷ Le concept de « droits acquis » trouve son origine au sein de la jurisprudence administrative française (voir *infra*, p. 535) en désignant la garantie selon laquelle les administrés, lors de la révision d'un acte administratif par un nouvel acte administratif, continuent de jouir des bénéfices acquis en vertu du premier. Il s'agit ici de déplacer le problème au niveau législatif et se demander dans quelle mesure ce maintien de bénéfices est opposable au législateur.

²⁰⁴⁸ Ariane VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 125. « Le passage de la notion de droits acquis à celle de situations traduit la dissociation entre la reconnaissance d'un droit subjectif au maintien de la norme et la prise en considération de la situation des destinataires de l'acte ».

²⁰⁴⁹ Voir l'arrêt du Conseil d'Etat hellénique CdE n° 1508/2002 qui consacre explicitement le principe de confiance légitime comme principe constitutionnel. Il le fait en écartant l'application rétroactive de la loi. Voir Eugenia PREVEDOUROU, « La rétroactivité des lois à l'aune du principe de protection de la confiance légitime. Note sous Conseil d'Etat hellénique, arrêt n° 1508/2002 », *Annuaire International des Droits de l'Homme*, n° 1, 2006, Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, p. 655.

²⁰⁵⁰ CC, 2005-530 DC du 29 décembre 2005.

²⁰⁵¹ CJCE, 13 juillet 1965, C-111-63, *Lemmerz Werke contre Haute Autorité*. CJCE, 22 février 1984, C-70/83, *Kloppenborg*.

²⁰⁵² Voir *infra*, p. 524.

²⁰⁵³ Maria KRUK. « Progrès et limites de l'état de droit », *Pouvoirs*, vol. 118, n° 3, 2006, p. 73.

à la confiance légitime se fonde sur un *principe général de non-rétroactivité des lois* qui résulte de l'interdiction supra-législative de *loi pénale rétroactive*²⁰⁵⁴. La jurisprudence des hautes juridictions poursuit aujourd'hui les deux directions, même si pendant longtemps seule la première était admise.

1259. Le principe de non-rétroactivité de la loi n'était pas dans le passé admis par les hautes juridictions qui affirmaient explicitement la liberté du législateur de produire une loi rétroactive²⁰⁵⁵. De l'interdiction spécifique d'une loi pénale rétroactive, les juridictions ont tiré un argument *a contrario*²⁰⁵⁶ pour exclure un *principe général de non-rétroactivité de la loi*. Seule la Constitution hellénique interdit, en outre, une loi rétroactive qui impose des charges financières²⁰⁵⁷, ainsi qu'une loi « pseudo-herméneutique »²⁰⁵⁸. Les hautes juridictions se fondaient alors sur le *principe de l'Etat de droit* de manière exceptionnelle pour interdire notamment les interférences rétroactives du législateur dans la compétence juridictionnelle. Tel était le cas notamment de l'interdiction des « lois de validation », c'est-à-dire des lois qui valident rétroactivement des actes administratifs annulés et qui mettent ainsi en cause la *force de la chose jugée*²⁰⁵⁹.

²⁰⁵⁴ Article 8, DDHC : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Article 7, par. 1 de la Constitution hellénique : « 1. Il ne peut y avoir de délit et aucune peine ne peut être prononcée sans qu'une loi, entrée en vigueur avant que l'acte n'ait été commis, n'en détermine ses éléments constitutifs. En aucun cas n'est prononcée une peine plus lourde que celle prévue au moment où l'acte a été commis ». Article 7, CEDH : « 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ». Il en va de même pour l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

²⁰⁵⁵ Sur le refus de garantie de non rétroactivité, voir en France les décisions du Conseil constitutionnel : décision n° 80- 119 DC du 22 juillet 1980, considérant n° 3 « Considérant que, sauf en matière pénale, la loi peut comporter des dispositions rétroactives ; qu'il n'était donc pas interdit au législateur de valider, rétroactivement, les décrets pris après consultation du comité technique paritaire central des personnels enseignants de statut universitaire institué par le décret du 29 juin 1977 » ; décision n° 89-254 du 4 juillet 1989 ; décision n° 84 -184 DC du 29 décembre 1984. De même en Grèce : CdE n° 542/1999 ; CdE n° 287/1996 ; Cour de Cassation n° 3/1998, n° 5/1998.

²⁰⁵⁶ Paraskevi MOUZOURAKI, « Le principe de confiance légitime en droit administratif hellénique », *op. cit.*

²⁰⁵⁷ Article 78, par. 2 : « 2. Aucun impôt ni autre charge financière quelconque ne peut être établi par une loi à effet rétroactif, lequel s'étendrait au-delà de l'année fiscale précédant celle de l'établissement de l'impôt ».

²⁰⁵⁸ Art. 77, al. 2 : « 2. Une loi qui en réalité n'est pas interprétative n'a d'effets qu'à partir de sa publication ». Il s'agit, en l'espèce, des lois qui, prétendant interpréter une loi antérieure, en réalité la modifient. Paraskevi MOUZOURAKI, « Le principe de confiance légitime en droit administratif hellénique », *op. cit.*

²⁰⁵⁹ Décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999. Décision n° 2002-458 DC du 7 février 2002. Décision n° 2006-544 du 14 déc. 2014. Décision n° 2010-53 QPC du 14 octobre 2010. Décision n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008. « Si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non rétroactivité des peines et des sanctions ; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie ». Dans l'ordre juridique hellénique, voir : CdE n° 542/99, n° 338/2011, n° 6/2010, n° 1839/1999, n° 604/2002, n° 1847/2008 ; Cour de Cassation n° 13/1996, n° 14/1996.

1260. Cependant, l'absence de consécration directe du principe de non-rétroactivité ne signifie nullement qu'une telle garantie ne puisse être reconnue. Elle signifie, seulement qu'elle peut être admise d'une manière *relative* et être contrôlée par le biais du *principe de proportionnalité*²⁰⁶⁰. La nécessité de protéger les individus à l'encontre des lois rétroactives est devenue évidente avec les nombreuses exceptions admises par les hautes juridictions au refus du principe de non-rétroactivité des lois. L'interdiction des lois de validation, des lois fiscales rétroactives, des « lois pseudo-herméneutiques » concrétisent le principe de non-rétroactivité de la loi en France et en Grèce. On peut alors envisager de la même manière l'interdiction d'abroger des droits acquis, c'est-à-dire comme une spécialisation du principe général de non-rétroactivité de la loi.

1261. En France, le juge constitutionnel a récemment consacré le principe de non-rétroactivité d'une manière générale en considérant que « si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant »²⁰⁶¹. Même si une partie de la doctrine continue toujours de refuser de considérer un tel principe²⁰⁶², d'autres auteurs expliquent que le rejet est dépassé²⁰⁶³. Il est dès lors possible de considérer que ce ne sont plus seulement les *lois de validation* qui sont concernées par l'interdiction de rétroactivité. Ainsi, une loi qui abroge des *droits sociaux acquis* sera considérée comme une loi rétroactive potentiellement interdite et susceptible d'un contrôle de proportionnalité. Même dans le cas où le principe de non-rétroactivité n'est pas considéré comme un principe spécifique de valeur supra-législative, les *droits sociaux acquis* peuvent être garantis à travers le principe de la confiance légitime, issu du principe de l'Etat de droit mais conçu dans un sens strict.

1262. Quoi qu'il en soit, sur ce *double fondement* du principe de l'Etat de droit et du principe de non-rétroactivité de la loi, l'individu acquiert le *droit relatif* de ne pas être privé des bénéfices dont il jouit d'une manière rétroactive. Tel est la *limite temporelle* à la restriction des droits sociaux fondamentaux retenue par la présente étude. Ainsi conçu, le droit à la confiance n'entre pas en conflit avec le principe de l'Etat de droit et le rôle constitutionnellement admis du législateur. Cependant, afin de ne pas basculer à nouveau vers un sens problématique du

²⁰⁶⁰ Exercé par le biais des garanties légales en France. Sur l'assimilation des deux types de contrôle, lire *supra*, p. 451.

²⁰⁶¹ Décision n° 2013- 685 DC du 29 décembre 2013. Décision n° 2015-710 DC du 12 février 2015.

²⁰⁶² Sébastien FERRARI, *La rétroactivité en droit public français, op.cit.*, p. 405. Voir également la doctrine hellénique, notamment : Prokopis PAVLOPOULOS, « Contribution à la détermination des limites de la loi rétroactive », *to S*, n° 11, 1985, p. 297, Apostolos GEORGIADIS, Michalis STATHOPOULOS, *Code civil*, P.N Sakkoulas, Droit et économie, 2016, p. 108. (en grec).

²⁰⁶³ Dominique ROUSSEAU, Julien BONNET, Pierre – Yves GADHOUN, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, p. 676.

principe de confiance légitime, il convient d'en exclure la protection à l'encontre des lois « pseudo-rétroactives ».

ii - Le rejet du principe de « pseudorétroactivité »

1263. S'il est possible de définir le droit à la confiance légitime comme le droit de ne pas être destinataire de lois rétroactives défavorables, ce qu'on entend par « loi rétroactive » n'est pas toujours clair. Le concept de « pseudorétroactivité », qui trouve son origine dans l'ordre juridique allemand²⁰⁶⁴, obscurcit le sens de *lois rétroactives* et, dès lors, celui du *principe de confiance légitime au sens strict*.

1264. Par « pseudorétroactivité », on entend l'appréciation normative des *événements du présent*, mais dont le *point de départ* se trouve dans le passé et qui constituent ainsi des *situations non achevées*²⁰⁶⁵. La différenciation entre *rétroactivité* et *pseudorétroactivité* a été systématisée par Paul Roubier à travers la distinction entre « effet rétroactif » et « effet immédiat » de la loi²⁰⁶⁶. Il est ainsi largement admis que la *loi rétroactive* règle des « situations constituées », alors que la *loi d'application immédiate* règle des « situations en cours de constitution »²⁰⁶⁷.

1265. La *pseudorétroactivité* ou *fausse rétroactivité* est considérée par une grande partie de la doctrine française²⁰⁶⁸ et hellénique²⁰⁶⁹ comme un élément qui porte atteinte au *principe de la confiance légitime*. Cependant, une telle approche élargit le sens de ce dernier d'une manière qui va à l'encontre de toute l'analyse précédemment exposée. Pour cette raison, il importe ici

²⁰⁶⁴ Günther GRASMANN, « La constitutionnalité des règles de droit rétroactives et rétrospectives dans la jurisprudence allemande : règlement du conflit entre la confiance digne de protection des sujets de droit (nationaux et étrangers) et l'intérêt public », *RID comp.*, vol. 41, n° 4, 1989, p. 1017.

²⁰⁶⁵ Gweltaz EVAILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, SI, 2005, p. 198. Voir également, Paraskevi MOZOURAKI, « Le principe de confiance légitime en droit administratif hellénique », *op. cit.*

²⁰⁶⁶ Paul ROUBIER, *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps*, Dalloz, 1960, réed. 2008, p. 177. L'auteur abandonne le point de vue subjectif de la théorie des droits acquis au profit de la conception, plus neutre, de « situation juridique » et distingue « l'effet rétroactif » de l'« effet immédiat ». Il a réservé le principe de non-rétroactivité pour tout ce qui concerne l'application des actes juridiques dans le passé, alors qu'il a réduit le principe dit d'intangibilité des effets individuels des actes juridiques - en réalité, le principe de la protection des droits acquis - seulement à l'application des actes à l'avenir comme exception au principe de l'effet immédiat.

²⁰⁶⁷ Jacques PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 626. Constantin YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, SI, 1997, p. 248.

²⁰⁶⁸ Sébastien FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, p. 220. Jean-Pierre PUISSOCHET, « Vous avez dit confiance légitime ? », in *L'Etat de droit, mélanges en l'honneur de Guy BRAIBANT*, *op. cit.*, p. 587.

²⁰⁶⁹ Georges KATROUGALOS, « La protection de la confiance du citoyen vis-à-vis de l'Etat », *DiDik*, n° 4, 1993, p. 940, p. 959 (en grec).

de démontrer les problèmes de la « fausse rétroactivité » et la nécessité d'entendre la garantie de non-rétroactivité dans un sens strict.

1266. Le problème attaché à la notion de pseudorétroactivité peut être entendu de la manière suivante. La distinction entre *rétroactivité au sens strict* et *pseudorétroactivité* laisse entendre qu'il existe des lois dont les effets remontent au passé et d'autres dont les effets comptent seulement pour l'avenir. Cependant, une loi ne peut avoir un *effet immédiat* distinct de son *effet rétroactif*, car *toutes les lois, y compris des lois rétroactives, s'appliquent dans le présent*. Le passé étant « un temps clos », la normativité n'est ouverte à celui-ci que de manière indirecte, c'est-à-dire comme élément d'une obligation future²⁰⁷⁰. Comme il n'existe aucune loi qui s'applique dans le passé, la distinction entre les deux effets possibles de la loi relève, en réalité, d'une *fiction juridique* entre *situations constituées et non constituées*²⁰⁷¹.

1267. En laissant de côté une telle fiction, il est possible de constater qu'il existe *seulement deux manières* d'appréhender les événements juridiques par rapport au présent : soit ceux-ci ont déjà fait l'objet d'une appréciation normative dans le passé ; soit ils en feront pour la première fois l'objet dans le présent. Un fait qui n'a jamais été évalué par le législateur n'existe pas comme élément juridique, mais constitue une donnée extra-juridique qui ne peut être prise en compte pour la violation de la *confiance* de l'individu. Une garantie de pseudorétroactivité peut seulement être admise à la condition qu'une garantie de *stabilité des normes* existe, position que l'on a précédemment écartée²⁰⁷².

1268. Plus simplement, soit un individu a déjà bénéficié par une loi et dans cette hypothèse, la nouvelle loi rétroactive portera atteinte à sa confiance, soit tel n'était pas le cas et la question ne se pose même pas. Juste parce qu'il « espérait » de tirer un avantage, sa confiance ne peut pas être violée. Lorsqu'une loi est considérée comme *pseudorétroactive*, elle n'implique pas la *rupture d'une promesse* de la part du législateur ; un élément qui caractérise en revanche la loi rétroactive²⁰⁷³. Dans cette perspective, le constat selon lequel le point de départ d'un événement

²⁰⁷⁰ Otto PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », in Jean – François KERVEGAN, *Crise et pensée de la crise en droit : Weimar, sa république et ses juristes*, 2002 ENS Éditions, p. 55, p. 69.

²⁰⁷¹ Sébastien FERRARI, *La rétroactivité en droit public français, op.cit.*, p. 220. Apostolos GEORGIADIS, Michalis STATHOPOULOS, *Code civil, op.cit.*, p. 110. Selon les auteurs grecs, puisque la loi rétroactive est également « d'application immédiate » le seul critère crédible pour aborder la rétroactivité est de voir dans quelle mesure la nouvelle loi met en cause des bénéficiaires du passé.

²⁰⁷² Voir *supra*, p. 499. Voir aussi l'arrêt de la Cour de Cassation hellénique n° 380/1997 où les juges ont explicitement rejeté les lois pseudo rétroactives comme des lois rétroactives.

²⁰⁷³ Otto PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *op. cit.*, p. 70. « Une règle dite rétroactive modifie l'appréciation normative d'actions passées. Elle ne restreint donc pas seulement la marge des options disponibles, elle impose une signification nouvelle à des options déjà consommées et elle le fait là où

se trouve dans le passé ne joue aucun rôle si l'individu n'est jamais devenu bénéficiaire d'une loi favorable du passé.

1269. La distinction entre *loi rétroactive* et *loi pseudo-rétroactive* pose plusieurs difficultés dans la pratique, qui tournent notamment autour de la notion de « dispositions transitoires », c'est-à-dire des dispositions qui conditionnent l'application d'une loi « d'application immédiate »²⁰⁷⁴. Selon une conception doctrinale très répandue, la loi rétroactive peut être écartée comme inconstitutionnelle, alors que la loi pseudorétroactive peut être permise à la condition de dispositions transitoires²⁰⁷⁵. Il s'agit toutefois d'une systématisation qui engendre certaines difficultés. En effet, si une obligation de prévoir des dispositions transitoires existe, cela signifie qu'une garantie de stabilité générale des normes est admise. Comme exemple d'une telle obligation est souvent mentionné par la doctrine celui du *droit applicable aux contrats en cours*, bien qu'il s'agisse dans ce cas de figure de *rétroactivité au sens strict* et non de pseudo-rétroactivité²⁰⁷⁶.

1270. Enfin, en ce qui concerne la jurisprudence, l'*obligation des dispositions transitoires* se concrétise dans la plupart des cas comme un aspect du principe de confiance légitime *au sens strict*, sans exclure pour autant le contraire²⁰⁷⁷. Il s'agit d'une obligation qui conditionne avant tout la validité d'une loi rétroactive et plus rarement celle d'une loi pseudorétroactive. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français²⁰⁷⁸ ainsi que dans celle du Conseil d'Etat

il y avait auparavant une obligation conditionnelle. C'est en cela qu'elle est parfois politiquement problématique puisque cette anomalie régressive du système apparaît comme la rupture d'une promesse (que toute action humaine juridiquement pertinente ira s'inscrire dans une chaîne hypothétique, donc dans un espace de liberté) ».

²⁰⁷⁴ Gweltaz EVAILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, p. 190. Les « dispositions transitoires » dérogent aux règles générales en matière de conflit de lois dans le temps selon lesquelles les nouvelles lois abrogent les anciennes.

²⁰⁷⁵ Panos LAZARATOS, *Etudes du droit administratif, 1990-2012*, Ant. N. Sakkoulas, 2013, p. 134, 136. (en grec).

²⁰⁷⁶ Voir *infra*, p. 513.

²⁰⁷⁷ Ainsi, les fois où sans qu'une rétroactivité de la loi existe, le juge écarte celle-ci à défaut des dispositions transitoires sont rares et issues notamment de la jurisprudence de la Cour de Justice. Voir : CJCE, 18 mars 1975, C-78/74, *Deuka* ; CJCE, 4 juillet 1973, C - 1/73, *Westzicher*. Voir Mattias GUYOMAR, « Sécurité juridique et mesures transitoires », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 6. Eugénia PREVEDOUROU, « Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice », *op. cit.*

²⁰⁷⁸ Décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, considérant n° 20 : « Les dispositions contestées attribuent au procureur de la République financier et aux juridictions d'instruction et de jugement de Paris, une compétence exclusive pour la poursuite, l'instruction et le jugement de délits relevant actuellement d'une compétence concurrente entre, d'une part, ce procureur et ces juridictions et, d'autre part, les procureurs et les juridictions territorialement compétents. En l'espèce, compte tenu de la gravité des faits réprimés par les infractions en cause, qui tendent en particulier à lutter contre la fraude fiscale, en ne prévoyant pas de dispositions transitoires de nature à prévenir les irrégularités procédurales susceptibles de résulter de ce transfert de compétence, le législateur a méconnu à la fois l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et celui de lutte contre la fraude fiscale ».

hellénique²⁰⁷⁹, l'absence de telles dispositions au sein d'une *loi rétroactive* entraîne son inconstitutionnalité. Il en résulte *a contrario* que leur présence peut permettre de dépasser le problème de la rétroactivité de la loi dans le cadre du *contrôle de proportionnalité* de la loi rétroactive²⁰⁸⁰.

Conclusion du § 1 :

1271. Dans le cadre de notre étude, il convient de rejeter la conception d'une limite temporelle qui pèse d'une manière générale sur le législateur. Il convient d'écarter, d'une part, l'obligation de non-régression de la législation qui concrétise les droits fondamentaux et, d'autre part, l'obligation de prévisibilité des lois sur le fondement du principe de sécurité juridique. On considère toutefois qu'une *limite temporelle relative* peut être admise à l'encontre d'une *loi rétroactive défavorable ; le principe de confiance légitime au sens strict*. Ainsi, l'abrogation par une nouvelle loi rétroactive de *bénéfices acquis* d'une loi précédente est un cas exemplaire qui appelle son application. Afin que le *sens strict* du principe de confiance légitime soit respecté, il convient d'écarter également les lois « pseudorétroactives » parmi les potentielles atteintes à celui-ci. En tout état de cause, si une telle limite temporelle règle la restriction des droits sociaux fondamentaux par la loi, elle aura également des conséquences sur les normes produites par d'autres organes que le législateur.

§ 2 - L'activité normative des organes autres que le législateur au regard de la limite temporelle

1272. Le législateur n'est pas le seul organe étatique contraint de respecter le principe de confiance légitime. Se trouvent également concernés, d'une part, les organes qui produisent des actes administratifs et, d'autre part, ceux qui produisent des normes juridictionnelles. Le principe de confiance légitime *au sens strict* sera alors envisagé vis-à-vis de l'Administration (A) et vis-à-vis du juge (B).

A - Le droit à la confiance légitime vis-à-vis de l'Administration

1273. Pour considérer que l'Administration viole le droit à la confiance légitime des administrés, la condition d'une action *unilatérale* et *rétroactive* est nécessaire. Le droit à la

²⁰⁷⁹ CdE n° 3904/2000. Le Conseil d'Etat grec écarte le grief de l'atteinte au principe de confiance légitime en raison de l'existence de dispositions transitoires dans une loi qui interdit aux professeurs des universités d'occuper d'autres postes.

²⁰⁸⁰ Paraskevi MOUZOURAKI, « Le principe de confiance légitime en droit administratif hellénique », *RFDA*, 2005, p. 143.

confiance légitime peut être bouleversé dans le cas d'une rétroactivité des actes administratifs unilatéraux (i), ou lors de l'intervention rétroactive aux contrats administratifs (ii).

i - La rétroactivité des actes administratifs unilatéraux

1274. Dans les ordres juridiques français et hellénique, le principe de non-rétroactivité des normes dispose d'un *fondement législatif*²⁰⁸¹. Il s'ensuit que la rétroactivité des *décisions administratives* est interdite, énoncé qui porte tant sur leur *entrée en vigueur* que sur leur *disparition*²⁰⁸². Concernant la première, dès 1948 le Conseil d'Etat français a posé l'interdiction pour l'Administration de prendre des actes rétroactifs sur le fondement de l'article 2 du Code civil²⁰⁸³. C'est, toutefois, la *disparition* de l'acte administratif qui nous intéresse davantage dans le cadre de la présente étude. Seule cette dernière implique l'abrogation de *droits acquis* par des décisions administratives précédentes et, dès lors, une *atteinte à la confiance légitime des administrés* telle qu'entendue dans le cadre de notre étude²⁰⁸⁴ ; même si, en particulier, le Conseil d'Etat français contrôle la mise en cause des droits acquis sans se fonder sur le principe de confiance légitime²⁰⁸⁵.

1275. La question se pose, ensuite, de définir ce qu'on entend par *droits acquis* au regard des actes administratifs unilatéraux. Certains éléments du concept sont clairs et admis comme tels dans les deux droits ordres juridiques. Le premier élément est que seuls les actes administratifs *individuels* et non les actes administratifs *réglementaires* peuvent créer de tels droits. Cela est la conséquence du fait que seule la première catégorie de décisions administratives règle des cas individuels, alors que les règlements ont un caractère général et impersonnel comparable à la loi²⁰⁸⁶. A l'instar de la dernière, le règlement sera contrôlé au regard du principe de confiance légitime d'une manière *relative*, car il ne s'agit d'un « acte créateur de droits » que d'une

²⁰⁸¹ Dans les deux ordres juridiques, c'est l'article 2 du Code civil qui le consacre.

²⁰⁸² Jacques PETIT, Pierre-Laurent FRIER, *Droit administratif*, *op. cit.* p. 407. Le principe de non-rétroactivité des décisions administratives signifie, d'une part, qu'un acte administratif ne peut produire d'effets à une date antérieure à sa publication ou à sa notification et, d'autre part, que les situations fixées dans le passé ne peuvent être remises en cause pour l'avenir.

²⁰⁸³ CE, 25 juin 1948, n° 94511, *Société du journal l'Aurore*.

²⁰⁸⁴ Prodromos DAGTOGLOU, *Droit administratif général*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 2015, p. 310. Le retrait de l'acte administratif favorable est une violation au principe de confiance légitime.

²⁰⁸⁵ S'agissant du second principe, le Conseil d'Etat français ne le reconnaît pas uniquement dans le contexte du droit communautaire. CE, 11 juillet 2001, n° 219494, *FNSEA*. Le rapprochement, toutefois, du droit des administrés à ne pas être privés de leurs droits acquis avec le sens donné ici au principe de confiance légitime est assez clair. Voir sur ce sujet Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, *op. cit.*, p. 652.

²⁰⁸⁶ CE, 25 juin 1954, n° 13993, *Syndicat national de la meunerie à seigle*. Voir également, CE, 27 janvier 1961, n° 38661, *Vannier*. Selon cette jurisprudence « nul n'a de droit acquis au maintien d'un règlement ». Ce principe est aujourd'hui consacré à l'article L. 243 CRPA selon lequel « L'abrogation des actes réglementaires et des actes non réglementaires non créateurs de droits : - est possible à tout moment, en vertu du principe de mutabilité ».

manière indirecte²⁰⁸⁷. En revanche, les décisions administratives individuelles qui ont auparavant octroyé des droits aux individus sont plus facilement vues comme *intangibles*.

1276. Etant donné la *hiérarchie des normes* en France et en Grèce, les administrés peuvent seulement invoquer l'*intangibilité* de leurs bénéfices acquis lorsque *la loi* n'exige pas le contraire²⁰⁸⁸. Par conséquent, dans les deux ordres juridiques analysés, ce sont les droits acquis en vertu d'*actes administratifs légaux* qui sont protégés avec certitude. Il s'agit du *second élément* de la définition de la notion de droits acquis au regard des organes administratifs. Une question se pose donc quant à la protection des *droits acquis par des actes administratifs irréguliers* dans la mesure où dans ce cas le *principe de légalité* entre en conflit avec le *principe de confiance légitime*²⁰⁸⁹. Dans la catégorie des actes administratifs dépourvus de fondement légal entrent également les actes dont le fondement législatif est modifié dans un sens restrictif. S'agissant des *actes administratifs irréguliers*, le principe de légalité l'emporte sur le principe de confiance légitime²⁰⁹⁰.

1277. Deux types de suppression des *actes administratifs irréguliers* du corpus juridique existent : celle qui a un effet *ex tunc* et celle qui a un effet *ex nunc* ; on parle dans la première hypothèse d'*abrogation* et dans la seconde d'un *retrait* d'une décision administrative²⁰⁹¹. Une exception subsiste quant à la garantie de *droits acquis* seulement pour les *actes créateurs de droits* pris dans un *délai de temps* déterminé. L'exception des droits acquis issus d'actes administratifs irréguliers résulte d'une jurisprudence très connue du Conseil d'Etat français dont la solution est aujourd'hui consacrée par la loi²⁰⁹². Déjà en 1922, dans l'arrêt *Dame*

²⁰⁸⁷ Pierre – Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif, op. cit.*, p. 420.

²⁰⁸⁸ En réalité, lorsque la loi énonce le contraire, l'Administration a une obligation d'abroger l'acte. Voir, en France, l'arrêt CE, 10 janvier 1930, *Despujol*. Pour l'illégalité de l'acte au regard du droit communautaire, voir CE, 3 février 1989, n° 74052, *Compagnie Alitalia*. En Grèce, également, le Conseil d'Etat énonce l'obligation de l'Administration de retirer les actes administratifs illégaux, CdE n° 1614 /1972, n° 895/1977, n° 2830/1999, n° 3108/2008, n° 234/2004.

²⁰⁸⁹ Daniel LABETOUILLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, op. cit.*, p. 403.

²⁰⁹⁰ Epameinondas SPILIOTOPOULOS, *Droit administratif hellénique, op. cit.*, p. 121. Prodromos DAGTOGLOU, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 315.

²⁰⁹¹ Jean WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 462. « Lorsque l'Administration met fin à une de ses décisions, elle peut vouloir donner à son geste une portée variable : par l'abrogation, elle entend faire disparaître la décision pour l'avenir, soit en la remplaçant par une décision différente (dans ce cas l'abrogation peut être tacite et résulter de la contrariété entre l'ancienne et la nouvelle décision), soit en la supprimant purement et simplement. Par le retrait, l'administration rapporte la décision de façon rétroactive, à compter donc du jour où elle est intervenue : elle entend en faire disparaître totalement les effets comme peut le faire le juge qui annule une décision illégale sur recours pour excès de pouvoir ».

²⁰⁹² Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens (JORF n° 0263 du 13 novembre 2013, p. 18407). Décret n° 2013-730 du 13 août 2013 portant modification du Code de justice administrative (JORF n° 0189 du 15 août 2013, p. 13960). Désormais, l'article L. 242-1 du CRPA énonce que « Le retrait et l'abrogation des décisions administratives

*Cachet*²⁰⁹³, la haute juridiction administrative française a permis à l'Administration de retirer une décision créatrice sous deux conditions : son *illégalité* et le fait de ne pas être *définitive*.

1278. Plus tard, le Conseil d'Etat français a confirmé les deux conditions de la régularité du retrait des décisions administratives à l'occasion de son arrêt *Ville de Bagneux*²⁰⁹⁴. Dans l'arrêt *Ternon*, le Conseil d'Etat a fixé à *quatre mois* le délai à partir duquel la retrait d'une décision administrative créatrice de droits illégale est interdit²⁰⁹⁵, puis a retenu le même délai en matière d'*abrogation*²⁰⁹⁶. La nature exacte de l'acte de la suppression ne joue pas un rôle dans la protection éventuelle des droits acquis²⁰⁹⁷. La position qui y a été retenue par le juge administratif français a « inspiré » la législation et la jurisprudence de plusieurs ordres juridiques, y compris du droit hellénique²⁰⁹⁸.

1279. Pour sa part, le Conseil d'Etat hellénique garantit également les *droits acquis* par des actes administratifs sous l'influence manifeste de la jurisprudence du Conseil d'Etat français. En effet, sa jurisprudence garantit le maintien des droits acquis des administrés lors de l'abrogation ou le retrait des actes administratifs illégaux²⁰⁹⁹ après l'écoulement d'un délai raisonnable²¹⁰⁰. Certaines nuances peuvent être constatées par rapport à la jurisprudence administrative française. Dans l'ordre juridique hellénique, la question du délai dans lequel un acte créateur de droits peut être supprimé a été résolue directement par le législateur dès 1968²¹⁰¹.

1280. Par ailleurs, par opposition au Conseil d'Etat français, la haute juridiction administrative hellénique admet explicitement la protection des droits acquis des administrés sur le fondement

créatrices de droits, expresses ou implicites, ne peuvent intervenir qu'en raison de leur illégalité et ceci, dans un délai maximal de quatre mois à compter de leur édicition ».

²⁰⁹³ CE, 3 novembre 1922, n° 74010, *Dame Cachet*. Le respect des droits acquis par leurs destinataires fait obstacle à leur retrait de la part de l'Administration.

²⁰⁹⁴ CE, 6 mai 1966, n° 55823, *Ville de Bagneux*. Lorsque l'acte n'a pas été publié, le délai de recours n'a pas commencé à courir à l'égard des tiers et l'acte, qui n'a pas acquis de caractère définitif. Une décision administrative illégale, créatrice de droits, notifiée à l'intéressé mais non publiée aux tiers peut être rapportée d'office à tout moment par l'administration.

²⁰⁹⁵ CE, 26 octobre 2001, n° 197018, *Ternon*.

²⁰⁹⁶ CE, 6 mars 2009, n° 306084, *Coulibaly*.

²⁰⁹⁷ CE, 30 novembre 1990, n° 103889, *Association Les Verts*.

²⁰⁹⁸ Paraskevi MOUZOURAKI, « Le principe de confiance légitime en droit administratif hellénique », *op. cit.*

²⁰⁹⁹ Le retrait des actes administratifs illégaux lorsque l'administré est de bonne foi est interdite après l'expiration d'un délai raisonnable selon la jurisprudence constante CdE n° 1184/84, n° 3463/84, n° 1736/84, n° 1780/86.

²¹⁰⁰ CdE n° 602/2003. En vertu du principe de confiance légitime l'administration a l'obligation de notifier à l'intéressé l'acte retirant un autre acte administratif irrégulier dans un délai raisonnable.

²¹⁰¹ Il s'agit de la loi n° 261/68 selon laquelle le délai raisonnable est de cinq ans.

du *principe de confiance légitime*²¹⁰². La jurisprudence administrative relative aux *droits acquis* concrétise donc le principe supra-législatif de la confiance légitime. De plus, le Conseil d'Etat hellénique ne garantit pas seulement le maintien des *droits acquis*, mais il étend également la protection aux *situations bénéfiques* pour les administrés²¹⁰³. Sa jurisprudence ne reste pas ainsi ancrée sur les *droits acquis* qui exprime parfois mal l'étendue des bénéfices nés des actes administratifs.

La doctrine des droits acquis en droit administratif français et hellénique n'épuise pas le sujet des interventions rétroactives unilatérales de la part de l'Administration.

ii - L'intervention rétroactive dans les contrats administratifs

1281. Le cas du *contrat administratif* est *a priori* totalement différent de celui de l'intervention unilatérale de l'Administration par le biais de *décisions administratives*. Les contrats administratifs, comme tous les contrats, sont régis par le principe du droit civil « *pacta sunt servanda* » d'après lequel « les conventions doivent être respectées ». Il s'ensuit que les parties ne peuvent en principe se mettre d'accord sur quelque chose qui porterait atteinte à leurs propres bénéfices. Le problème de *l'atteinte à la confiance légitime* apparaît, toutefois, lorsqu'un organe étatique modifie de *manière unilatérale* les termes de la convention.

1282. Lorsque l'Administration tient le rôle du contractant, elle ne peut plus faire usage de la possibilité d'imposer des règles de manière unilatérale au détriment de son contractant, mais doit respecter *l'accord de volontés* qui régit le contrat²¹⁰⁴. Il lui est ainsi interdit de modifier *unilatéralement* le droit applicable aux contrats ; une interdiction qui a été explicitement énoncée par le Conseil d'Etat français à l'occasion de son arrêt *KPMG*²¹⁰⁵. La haute juridiction administrative française a ici, pour la première fois, recouru au *principe de sécurité juridique* pour énoncer l'obligation de l'Administration d'édicter des *dispositions transitoires* lorsqu'une réglementation nouvelle porte atteinte à des situations contractuelles en cours.

²¹⁰² « Le principe de légalité impose à l'administration le retrait de tout acte irrégulier, tandis que le principe de confiance légitime exige le maintien en vigueur de l'acte administratif qui est favorable à l'administré de bonne foi ; or, de la combinaison de ces principes résultent les règles sur le retrait des actes administratifs, suivant lesquelles les actes administratifs favorables peuvent être retirés dans un délai raisonnable, s'ils sont irréguliers, et en dehors de tout délai, lorsque l'intérêt général l'exige » CdE n° 2403/1997, n° 3959/ 988.

²¹⁰³ CdE n° 94/62, n° 1171/1962. Il suffit d'une « situation du fait » de laquelle l'administré tire un bénéfice.

²¹⁰⁴ Marcel H. SINKONDO, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ? », *RTD civ.*, n° 2, 1993, p. 239.

²¹⁰⁵ CE, 24 mars 2006, n° 288460, *KPMG*. « Une disposition législative ou réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur, sans revêtir par là même un caractère rétroactif ». Voir également, CE, 8 avril 2009, n° 271737, *Commune d'Olivet*.

1283. Cependant, il se peut que le *législateur* intervienne pour changer le droit applicable aux contrats en faveur de l'Administration, alors que les parties se sont déjà accordées. La doctrine française aborde généralement le sujet des contrats conclus dans le passé comme un problème relevant de la *pseudorétroactivité*²¹⁰⁶. Il s'agit, de son point de vue, d'une question d'*effets à venir* du contrat *en cours* qui s'expose à l'*application immédiate de la loi*. Dans cette hypothèse, le principe de confiance légitime acquiert à nouveau un *sens large* qui tend à une *fausse promesse* liée à l'espérance des parties pour l'avenir²¹⁰⁷.

1284. S'il est vrai que le contrat paraît *a priori* relever en même temps du présent et du passé²¹⁰⁸, l'analyse qui lie ce sujet à la *fausse rétroactivité* est problématique. Dans les cas précités, les parties contractantes qui subissent la modification unilatérale sont privées de leur accord initial. La modification des termes du contrat est *rétroactive*, car la conclusion de l'accord appartient au passé. C'est le respect des prévisions initiales des parties qui doit être garanti à l'encontre de toute règle unilatérale²¹⁰⁹. A cet égard, la *confiance légitime* des contractants porte cette fois sur le fait de voir leur accord initial être respecté tout au long de la validité du contrat. Il est alors possible d'évoquer un *droit acquis* particulier qui se fonde sur la convention conclue, entendu comme la garantie de ne pas être le destinataire d'une modification unilatérale de ses clauses.

1285. En ce sens, un parallèle peut être établi avec *l'intangibilité des droits acquis* issus des actes administratifs unilatéraux *légaux*, d'autant plus que la doctrine des droits acquis trouve son origine dans le droit civil²¹¹⁰. Afin que le *droit acquis* au regard d'une convention conclue dans le passé soit respecté, il doit être garanti aux parties contractantes que les termes de celle-ci resteront les mêmes. Il s'agit du principe de « pérennité contractuelle » consacré par la Cour de Cassation hellénique²¹¹¹ ; concrétisation du principe de confiance légitime d'après la doctrine grecque²¹¹².

²¹⁰⁶ Dominique ROUSSEAU, Julien BONNET, Pierre - Yves GADHOUN, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 681, 682. Ariane VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 135.

²¹⁰⁷ Voir *supra*, p. 499.

²¹⁰⁸ Pascale DEUMIER, « L'application d'une loi nouvelle aux contrats en cours est-elle une application immédiate et/ou une application rétroactive ? », *RTD civ.*, n° 1, 2010, p. 58.

²¹⁰⁹ Jacques MESTRE, Bernard FAGES, « Les effets du contrat demeurent-ils sous l'empire de la loi ancienne ou sont-ils régis par la loi nouvelle ? », *RTD civ.*, n° 3, 2002 p. 507.

²¹¹⁰ Paul ROUBIER, *Le droit transitoire*, *op. cit.*, p. 392. « Un contrat est un bloc de clauses indivisibles qu'on ne peut apprécier qu'à la lumière de la législation sous laquelle il fut passé ».

²¹¹¹ Cour de Cassation, n° 1065/2014. Il s'agit d'un principe général du droit civil selon lequel les contrats conclus sous l'empire d'une loi ne sont pas concernés par la modification de celle-ci. Il s'agissait, en l'espèce, d'un litige à propos de la propriété intellectuelle.

²¹¹² Apostolos GEORGIADIS, Michalis STATHOPOULOS, *Code civil*, *op. cit.*, p. 148-p.149, p. 183, p. 185.

1286. Le principe en question est également consacré par le Conseil constitutionnel en France qui affirme la « survie de la loi ancienne », soit la garantie pour les contractants de maintenir la *loi applicable* le moment de la signature de leur contrat²¹¹³. Comme cela est toujours le cas lorsqu'il est question du principe de confiance légitime, la garantie est *relative*. Il s'agit d'un contrôle de proportionnalité qui permet la prise en compte de raisons d'*ordre public* ou d'*intérêt général* au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français²¹¹⁴, ainsi que de celle du Conseil d'Etat grec²¹¹⁵.

1287. Enfin, dans l'ordre juridique hellénique, le problème des atteintes au principe de confiance légitime dues à des modifications unilatérales des termes des contrats s'est posé d'une manière intéressante dans le contexte de la crise financière. A l'origine d'un litige connu sous le nom de « *PSI* », des particuliers détenteurs de titres de créances émis par l'Administration ont vu ceux-ci se faire échanger contre d'autres d'une valeur moindre lors de négociations entre la Grèce et ses créanciers. En l'espèce, les requérants argumentaient qu'ils s'étaient imposés la situation par une *nouvelle loi ayant unilatéralement et rétroactivement* modifié les conditions applicables.

1288. Le litige a été traité par le Conseil d'Etat hellénique²¹¹⁶ mais aussi les juridictions supranationales, la Cour européenne²¹¹⁷ et la Cour de Justice²¹¹⁸. Bien que l'Administration se soit effectivement déchargée de ses obligations contractuelles de manière rétroactive, *l'atteinte au principe de la confiance légitime* n'a pas été admis ; encore une fois en considération de la prévalence de l'« intérêt financier » dans le contexte de *conditions exceptionnelles*²¹¹⁹.

²¹¹³ Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998. La *survie de la loi ancienne* est la règle pour les contrats déjà conclus sous une autre loi au regard de la jurisprudence constitutionnelle en France depuis ma décision Aubry. En l'occurrence, en réduisant la durée hebdomadaire du travail, le législateur avait modifié un élément fondamental de la relation contractuelle entre un employeur et un salarié d'une manière inconstitutionnelle. Voir aussi, CE, 29 juin 2001, n° 222600, *Berton contre SNCF*. En l'espèce, le Conseil d'Etat admet l'existence d'un principe général de stabilité du contrat de travail.

²¹¹⁴ Décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003. Le juge constitutionnel rattache, par sa décision n° 2002-465 DC, aux articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen le droit au maintien de l'économie des contrats légalement conclus. « 4. Considérant que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ».

²¹¹⁵ CdE, n° 2193/82. Le Conseil d'Etat juge qu'il est contraire au principe de confiance légitime de modifier les intérêts des prêts immobiliers puisqu'il s'agissait d'un élément présent au moment de la signature des contrats, sauf si cela est imposé pour des raisons d'ordre public.

²¹¹⁶ CdE, n° 117/2014.

²¹¹⁷ Cour EDH, 11 juin 2015, n° 63066/14, n° 64297/14 et n° 66106/14.

²¹¹⁸ Il s'agit d'un arrêt rendu sur un recours préjudiciel. CJCE, 11 juin 2015, C-226/13, C-245/13, C-247/13 et C-578/13, *Stefan Fahnenbrock*.

²¹¹⁹ Voir *supra*, p. 432.

Après avoir mis en exergue le droit à la confiance légitime vis-à-vis de l'Administration, il convient de nous interroger sur son sens vis-à-vis du juge.

B - Le droit à la confiance légitime vis-à-vis du juge

1289. Un arrêt rendu par une juridiction peut rétroagir comme toute norme, portant ainsi atteinte au principe de confiance légitime de ses destinataires (i). Pour pallier le risque, le juge recourt à une technique de modulation des effets de ses arrêts dans le temps (ii).

i - L'atteinte au principe de confiance légitime par les arrêts rétroactifs

1290. La question de l'atteinte au principe de confiance légitime par les juges nécessite de manière liminaire de préciser quels sont les arrêts qui rétroagissent dans les ordres juridiques qui nous intéressent. Tant la doctrine française²¹²⁰, que la doctrine hellénique²¹²¹ distinguent entre les arrêts d'*annulation* d'effets *ex tunc* et les arrêts d'*abrogation* d'effets *ex nunc*. Les arrêts de la seconde catégorie ne sont pas considérés comme rétroactifs, car ceux-ci n'ont pas leur source dans les arrêts précédents. Seuls les arrêts *ex tunc* sont considérés comme étant *rétroactifs* dans la mesure où ils font disparaître les droits ayant leur source dans la *norme annulée* considérée comme n'ayant jamais existé.

1291. Tout d'abord, les *arrêts d'annulation* rendus par les *juridictions administratives* françaises et helléniques sont susceptibles de porter atteinte au principe de confiance légitime. Dans l'ordre juridique français, la rétroactivité des arrêts administratifs d'annulation ne trouve pas de fondement en droit positif²¹²². En effet, le Conseil d'Etat français, dans l'arrêt *Rodière* de 1925, a jugé que « les actes annulés pour *excès de pouvoir* sont réputés n'être jamais intervenus »²¹²³. Il s'ensuit que les droits acquis sur le fondement d'actes administratifs annulés sont censés disparaître de l'ordre juridique. Le problème au regard du principe de confiance légitime devient clair si l'on pense, par exemple, à l'annulation de la titularisation d'un fonctionnaire²¹²⁴. En ce qui concerne la jurisprudence administrative hellénique, le décret

²¹²⁰ Mathieu DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013, disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr.

²¹²¹ Eugenia PREVEDOUROU, « Limitation des effets rétroactifs de l'arrêt qui annule un acte administratif individuel : réflexions à l'occasion de l'arrêt du Conseil d'Etat français du 12 décembre 2007, Sire et Vignard », *Edd*, 1/2009, p. 75-86. (en grec)

²¹²² Christophe DEVYS, « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative », *RFDA*, n° 3, 2004, p. 454.

²¹²³ CE, 26 décembre 1925, n° 88369, *Rodière*. Toute personne y ayant intérêt doit pouvoir obtenir du juge administratif l'annulation de l'acte administratif illégal avec effet rétroactif. S'il y a une part de fiction dans l'affirmation suivant laquelle l'acte annulé pour excès de pouvoir est réputé n'être jamais intervenu, cette fiction est une garantie pour le justiciable.

²¹²⁴ CE, 3 novembre 1995, n° 82096 90883 135073, *Velluet*.

présidentiel n° 18/1989 dispose qu'une décision administrative *annulée* disparaît toujours de manière rétroactive²¹²⁵. Au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique, l'annulation rétroactive s'étend également à tout droit lié à l'existence de l'acte administratif en question²¹²⁶.

1292. Certes, les arrêts d'annulation prononcés par les juridictions administratives concernent seulement les requérants à l'origine du recours, ce qui signifie qu'ils n'impliquent pas d'effets *erga omnes* mais qu'ils sont caractérisés par une *force de chose jugée* d'étendue limitée. Une difficulté supplémentaire se présente notamment s'agissant des actes administratifs *identiques* à ceux déjà annulés. Leur potentielle annulation par suite d'un nouveau recours en excès de pouvoir porterait atteinte aux *droits acquis de tiers* qui n'avaient aucun rapport avec l'annulation initiale. Pour régler la difficulté, tant le Conseil d'Etat français²¹²⁷ que le Conseil d'Etat hellénique²¹²⁸ interdisent que le recours en annulation d'un requérant porte atteinte aux droits acquis de *tiers*. Il s'agit ici d'une nouvelle spécialisation du *principe de sécurité juridique*²¹²⁹ entendu comme fondement du droit à la confiance légitime *au sens strict*.

1293. S'agissant, ensuite, des arrêts de la Cour de Justice, ceux-ci disposent d'un effet *ex tunc* et cette fois *erga omnes* au regard du droit primaire de l'Union concernant, en particulier le *recours en annulation*²¹³⁰. Dans le cas alors d'une annulation d'un règlement communautaire, les effets du règlement annulé disparaissent d'une manière rétroactive²¹³¹. Sont ici concernés par l'annulation non seulement les droits acquis des justiciables à l'origine du recours, mais également ceux de tous les destinataires du droit de l'Union. Dès lors, la question de la protection des *droits acquis* issus du règlement annulé se pose d'une manière très claire.

²¹²⁵ Il s'agit de l'article 50 du décret présidentiel n° 18/1989 (JO 8 publié le 9 janvier 1989) qui distingue entre l'effet d'annulation et l'étendue de la force jugée.

²¹²⁶ CdE, n° 2103/2000. Le Conseil d'Etat admet que l'annulation rétroactive couvre non seulement l'acte administratif, mais aussi toute question liée à son existence.

²¹²⁷ CE, 9 juillet 1949, *Sieur Delacommune*, Recueil 346, p. 24.

²¹²⁸ CdE, n° 200/62, n° 1976/62, n° 453/68, n° 370/97.

²¹²⁹ Daniel LABETOUILLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant op. cit.*, p. 403. Panos LAZARATOS, « L'étendue des limites de la chose jugée des 'actes identiques' dans le droit administratif hellénique », *Diki*, n° 29, 1998, p. 319 (en grec).

²¹³⁰ Article 263, par. 1 TFUE : « La Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Elle contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers ».

²¹³¹ CJCE, 17 février 1987, C-21/86, *Samara*. Sur l'étendue rétroactive de l'interprétation faite par ces arrêts préjudiciels : CJCE, 6 mai 1994, C-38/93, *Glawe*. Voir Henri LABAYLE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres moeurs ? », *RFDA*, n° 4, 2004, p. 663. Voir sur ce sujet, Eugénia PREVEDOUROU, « Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice », *op. cit.*

1294. En outre, le contrôle de constitutionnalité des normes peut également porter atteinte au principe de confiance légitime. Un contrôle *concentré* impliquant l'annulation rétroactive d'une loi *erga omnes* pose de nombreux problèmes qui ont pu notamment justifier son rejet par Hans Kelsen²¹³². Dans les deux ordres juridiques, le principe est l'abrogation de la loi à partir de la publication de la décision d'inconstitutionnalité ; cela est affirmé en France par le juge constitutionnel²¹³³ alors qu'en Grèce il résulte automatiquement de l'absence de contrôle concentré de constitutionnalité. Le contrôle de constitutionnalité y étant en effet diffus et *inter pares*, les juges de la constitutionnalité écartent une disposition législative toujours d'une manière *ex nunc*, donc sans que cela ait un impact sur d'autres litiges en cours.

1295. Cependant, l'annulation *rétroactive* d'une loi n'est pas interdite aux juges constitutionnels français et grecs. L'habilitation est donnée aux juges constitutionnels de fixer librement le début de l'annulation. En Grèce, c'est l'article 100, paragraphe 4 de la Constitution qui accorde la permission à la *Cour suprême spéciale*, seule juridiction à pouvoir exercer exceptionnellement un contrôle concentré et à éventuellement annuler une loi à l'issue d'une procédure spécifique²¹³⁴. Il en va de même en France, en vertu du second alinéa de l'article 62, paragraphe 2 de la Constitution²¹³⁵ qui permet au juge constitutionnel, effectuant un contrôle *a posteriori*, de déterminer librement les conditions dans lesquelles les « effets de la loi » sont mis en cause.

Il convient à présent de connaître quelles sont les solutions adoptées par les juges afin de limiter l'atteinte au principe de confiance légitime.

ii - Le recours à la technique de la modulation des effets dans le temps

1296. L'abrogation différée était classiquement attachée à la compétence du juge constitutionnel, puis elle a été adoptée comme solution par d'autres juridictions différenciées afin de régler la question de la *rétroactivité* des annulations qu'elles prononcent. Il convient de

²¹³² Hans KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, n° 1, 1928, p. 242.

²¹³³ Décision n° 2010-110 Q.P.C. du 25 mars 2011. Décision n° 2010-108 du 25 mars 2011. « La déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ».

²¹³⁴ Article 100, par. 4 : « Les arrêts de la Cour sont irrévocables. Une disposition de loi déclarée inconstitutionnelle devient caduque à partir de la publication de l'arrêt afférent ou de la date fixée par celui-ci ».

²¹³⁵ Article 62, par. 2, al. 1 de la Constitution de 1958 : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

présenter la technique en question, avant de mettre en exergue la manière dont elle concrétise le *principe de confiance légitime*.

1297. En premier lieu, en dehors de la possibilité pour le juge constitutionnel d'abroger *ex nunc* ou d'annuler *ex tunc* une loi, il existe aussi une *troisième alternative* : celle de *déplacer le début des effets immédiats de sa décision* après la publication de celle-ci. Ce sont les dispositions constitutionnelles précitées, soit l'article 62, paragraphe 2 de la Constitution française et l'article 100, paragraphe 4 de la Constitution hellénique, qui permettent aux juges procédant à un contrôle de constitutionnalité *concentré* et *a posteriori* de moduler les effets de l'inconstitutionnalité dans le temps.

1298. En France, la technique est employée par le juge constitutionnel très souvent, afin de dépasser les difficultés émergeant lors d'une décision d'inconstitutionnalité QPC. Une décision prononcée lors du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* risque, d'une part, de rendre sans objet le reste des *instances en cours* initiées par des tiers. Afin de ne pas leur priver *rétroactivement* de leur procès initial, le juge constitutionnel français peut choisir de les suspendre en attendant que le législateur règle la question²¹³⁶. D'autre part, dans le cas où le recours des requérants est admis, la même technique sert à ne pas surprendre le législateur qui pourrait voir, par exemple, le juge administratif augmenter les prestations déjà fournies. Il s'agit dans cette hypothèse d'une *abrogation différée* de la loi qui laisse du temps au Parlement pour réagir à la décision d'inconstitutionnalité²¹³⁷.

1299. En Grèce, c'est à nouveau la *Cour suprême spécifique* saisie d'une manière exceptionnelle qui est concernée par le mécanisme décrit ci-dessus. Cependant, le Conseil d'Etat hellénique l'a également employé lors de son *contrôle incident de constitutionnalité des normes*²¹³⁸, alors qu'aucune norme ne l'habilitait directement à y recourir. Etant donné l'intérêt collectif qui sous-tend les requêtes en inconstitutionnalité introduites directement auprès du

²¹³⁶ Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010. Décision n° 2010-83-QPC du 13 janvier 2011, *M. Claude G.* Décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, considérant n° 6 : « Considérant que l'abrogation de l'article L. 43 du code des pensions civiles et militaires de retraite aura pour effet, en faisant disparaître l'inconstitutionnalité constatée, de supprimer les droits reconnus aux orphelins par cet article ; que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; que, par suite, il y a lieu de reporter au 1er janvier 2012 la date de l'abrogation de cet article afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité ».

²¹³⁷ Damien FALLON, « Le juge et l'abrogation de la loi », *RFDA*, n° 5, 2017, p. 865.

²¹³⁸ Il s'agit de l'arrêt CdE, n° 4741/2014 sur l'inconstitutionnalité de la réduction des salaires des professeurs des universités. Il s'agit des arrêts n° 2287, n° 2288/2015 sur l'inconstitutionnalité des lois n° 4051, n° 4093/2012 sur la réduction des salaires de base et complémentaires examinée *supra*, note de bas de page n° 1969.

Conseil d'Etat dans le cas d'un *procès – pilot*²¹³⁹, les *effets différés* servent à éviter que de nouveaux recours soient introduits sur le même fondement. Ce n'est pas un hasard si la technique est employée lors du contrôle notamment de *normes sociales* où la nécessité de laisser de l'espace au législateur pour gérer le budget public est cruciale. Plus simplement, si une loi sociale est écartée par le juge de la constitutionnalité à partir d'un moment *x* dans l'avenir, les recours administratifs tendant à l'augmentation des prestations ne peuvent avoir lieu immédiatement. En revanche, le législateur a le temps nécessaire pour concrétiser la loi conformément aux exigences juridictionnelles, d'une manière qui ne risque pas de dépasser le budget public.

1300. D'une manière générale, lorsque le juge de constitutionnalité applique la *technique de la modulation différée*, il se peut que ce soit la question de la sauvegarde du principe de confiance légitime qui soit posée (en ce qui concerne notamment les *instances en cours*), mais c'est surtout le respect de la compétence législative qui est posé. La modulation des effets dans le temps devient ainsi pour les juges de constitutionnalité un outil permettant de concilier un contrôle de la restriction législative de prestations sociales et la compétence du législateur de gérer le budget public ; un mécanisme important d'autant plus en période de crise financière.

1301. La même *technique* est empruntée, en second lieu, par les juges dont les arrêts sont *rétroactifs* dans l'objectif de respecter le principe de confiance légitime. La première juridiction qui s'est « inspirée » de la technique de la *modulation des effets dans le temps*, utilisée dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, a été la Cour de Justice lors des annulations rétroactives de règlements communautaires²¹⁴⁰. Initialement, la Cour de Justice s'est reconnue la compétence d'agir ainsi sans la tirer directement d'un fondement textuel²¹⁴¹ mais en concrétisant simplement le *principe de confiance légitime*²¹⁴². Aujourd'hui, l'habilitation en question est directement prévue par le droit primaire de l'Union²¹⁴³. La Cour de justice énonce par ailleurs

²¹³⁹ Le Conseil d'Etat hellénique, depuis 2010, peut être saisi à l'occasion d'un « procès-pilote » pour traiter un litige qui présente un intérêt. C'est l'article 1^{er} de la loi n° 3900/2010 qui a introduit le « procès-pilote », voir *intro*, p. 35. Selon celui-ci, lorsqu'un litige qui est en cours devant le juge administratif présente un intérêt concernant un large cercle de bénéficiaires, il peut être introduit devant le Conseil d'Etat hellénique.

²¹⁴⁰ CJCE, 12 janvier 1984, C- 266/82, *Turner c/ Commission*. Concernant un arrêt rendu à la suite d'un renvoi préjudiciel : CJCE, 15 oct. 1980, C-145/79, *SA Roquette*. Pour une fameuse application de la technique en question conciliant la nécessité de respecter le principe de confiance légitime et la maîtrise des dépenses en matière sociale, voir l'arrêt rendu sur renvoi préjudiciel : CJCE, 8 avril 1976, C-43/75, *Defrenne contre Sabena*.

²¹⁴¹ CJCE, 7 juillet 1992, C-295/90, *Parlement européen contre Conseil des Communautés européennes*.

²¹⁴² Eugénia PREVEDOUROU, « Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice », *Diki*, n° 6, 1998, p. 670 (en grec).

²¹⁴³ Article 264 TFUE : « Si le recours est fondé, la Cour de justice de l'Union européenne déclare nul et non avenue l'acte contesté. Toutefois, la Cour indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs ».

qu'elle dispose du monopole d'exercer la technique de modulation des effets dans le temps, lorsqu'il s'agit du droit de l'Union²¹⁴⁴.

1302. Après que le juge communautaire se soit « inspiré » par le contrôle concentré de constitutionnalité, il a lui-même influencé les juges internes et particulièrement le Conseil d'Etat français. Pendant longtemps, le Conseil d'Etat français a rendu plusieurs arrêts tempérant la rétroactivité de l'annulation *ex tunc* d'une décision administrative²¹⁴⁵. Par exemple, il a reconnu la possibilité pour le juge administratif de donner un délai à l'Administration, dans le cadre duquel elle devrait réparer l'illégalité qui a conduit à l'annulation de l'acte administratif mis en cause, afin de ne pas supprimer des *actes créateurs des droits*²¹⁴⁶. Une solution radicale au problème est toutefois venue avec l'arrêt *Association AC !* de 2004²¹⁴⁷ dans le cadre duquel le Conseil d'Etat français a pour la première fois modulé les effets de l'annulation dans le temps.

1303. L'arrêt en question a eu un impact sur l'ordre juridique hellénique. En 2014, le législateur grec a doté le Conseil d'Etat hellénique de nouveaux moyens en vue de mieux garantir le respect du principe de confiance légitime à l'encontre des arrêts d'annulation²¹⁴⁸. Il s'est agi, en premier lieu, de la possibilité de déterminer un délai dans le cadre duquel l'Administration devrait agir pour réparer l'illégalité d'une décision administrative afin de ne pas l'annuler rétroactivement. D'autre part, a été reconnue la possibilité de déplacer l'annulation à l'avenir jusqu'au moment de la publication de l'arrêt d'annulation afin que ce dernier n'ait pas d'effet rétroactif²¹⁴⁹. La jurisprudence en question, manifestement influencée tant par l'arrêt grec *Vassilakiotis* que par l'arrêt *Association AC !* du Conseil d'Etat français, exprime ainsi la conciliation entre le

²¹⁴⁴ CJUE, 8 septembre 2010, C-409/06, *Winner Wetten GmbH*.

²¹⁴⁵ L'annulation d'un acte réglementaire reste sans effet sur les décisions individuelles créatrices de droit qui sont devenues définitives par exemple dans l'arrêt CE, 10 octobre 1997, n° 170341, *Lugan*. Voir également les annulations partielles, comme dans l'arrêt CE, 10 février 1995 n° 78545, *Royer et Magnat*.

²¹⁴⁶ CE, 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis*. CE, 27 juillet 2001, n° 222509, *Titran*.

²¹⁴⁷ CE, 11 mai 2004, n° 255886, *Association AC !* L'affaire concernait deux conventions pour lutter contre le chômage. Alors que l'une était déjà entrée en vigueur, l'autre restait à adopter et ne devait entrer en vigueur que quelques mois après l'intervention du juge. Or, les arrêtés qui permettant leur effectivité se sont révélés tous deux illégaux. L'originalité de l'arrêt vient de ce que, tout en faisant produire son plein effet à l'annulation des arrêtés en tant qu'ils agréent des clauses entachées d'illégalités spécifiques, a jugé que le vice de procédure affectant dans leurs ensemble les arrêtés ne remettait pas en cause le caractère définitif des effets de l'agrément des avenants à la convention du 1^{er} janvier 2004 qui ne produira ses effets qu'à compter du 1^{er} juillet 2004, sous réserve cependant des actions contentieuses engagées antérieurement.

²¹⁴⁸ Il s'agit de l'article 22 de la loi n° 4274/2014 (JO A/147 publié le 14 juillet 2014). Désormais le Conseil d'Etat hellénique peut, d'une part, imposer un délai à l'Administration dans le cadre duquel elle devra réparer l'illégalité de l'acte administratif susceptible d'être annulé ; d'autre part, il peut limiter l'effet rétroactif de l'annulation et reporter le début des effets de l'arrêt à la publication de l'arrêt.

²¹⁴⁹ Cet élément constitue la différence principale avec la jurisprudence du Conseil d'Etat français. Voir Eugenia PREVEDOUROU, « Des initiatives législatives et des évolutions jurisprudentielles dans la limitation des effets rétroactifs de l'annulation des juges », *THPΔΔ*, n° 6, 2014, p. 570 (en grec).

principe de légalité et le *principe de confiance légitime* des administrés dans l'ordre juridique hellénique.

Conclusion du § 2 :

1304. La garantie issue du principe de confiance légitime ne concerne pas seulement les normes produites par le législateur ; elle porte en outre sur les normes produites par le reste des organes étatiques. L'individu a le droit de ne pas être destinataire de normes rétroactives qui abrogent ses droits acquis vis-à-vis de l'Administration et du juge.

1305. Dans le premier cas, c'est le principe de protection des droits acquis issus des actes administratifs unilatéraux qui concrétise la confiance légitime. Il est également interdit à l'Administration d'intervenir unilatéralement pour modifier rétroactivement les clauses des contrats administratifs. Dans le second cas, ce sont notamment les arrêts administratifs d'annulation qui sont rétroactifs et susceptibles de porter atteinte aux droits acquis. Afin de concilier la garantie de confiance légitime avec le contrôle de légalité, les juges administratifs français et grec emploient désormais la *technique de la modulation des effets dans le temps*. Il s'agit d'une technique relevant normalement de la compétence du juge constitutionnel en France lorsqu'il s'agit de ne pas « surprendre » le législateur, aussi appliquée récemment par le Conseil d'Etat hellénique.

Conclusion de la 1^{re} section :

1306. Nous avons pu identifier la *limite temporelle* de la restriction des droits sociaux fondamentaux en recourant au *principe de confiance légitime* entendu strictement. L'étude écarte la position selon laquelle une obligation existe quant à la stabilité générale des normes favorables et se focalise sur le *principe de non-rétroactivité* des normes.

1307. Seule une norme rétroactive, soit une norme qui abroge un bénéfice acquis sur le fondement d'une norme précédente, peut être interdite. Le droit à la confiance légitime entendu *au sens strict* peut être invoqué à l'encontre du législateur et contrôlé à l'appui du contrôle de proportionnalité. Il en va de même pour tous les cas d'abrogation unilatérale d'un droit acquis par l'Administration. Le principe de confiance légitime trouve, enfin, une application de la part des juges administratifs lorsqu'ils limitent l'effet rétroactif de leur annulation à travers la *modulation de ses effets dans le temps*. Dès lors, si la limite temporelle qui pèse sur les organes étatiques est celle du *principe de confiance légitime*, il importe d'analyser la manière dont elle s'applique en cas de restriction portées à des prestations sociales, en particulier les retraites.

Section 2 - L'application de la limite temporelle à la restriction des retraites

1308. Il s'agit à présent d'examiner dans quelle mesure les bénéficiaires d'un *droit à la retraite* peuvent s'appuyer sur le *principe de confiance légitime au sens strict* pour en écarter la limitation. Préalablement, abordons la question des retraites déjà attribuées sur le fondement d'une loi. Précisément, il est question de savoir si le droit à la retraite peut être considéré en tant que *droit intangible*. La réponse à cette interrogation présente un fort intérêt en considération des réformes des retraites continuellement votées en France et en Grèce.

1309. Le fait de considérer le droit à la retraite comme *intangible* ne doit toutefois nullement conduire à une confusion avec la protection de sa *substance* ; celle-ci garantissant l'interdiction de la *privation* à l'individu de sa retraite²¹⁵⁰. Dès lors, une intervention rétroactive qui abrogerait ou limiterait *excessivement* une retraite déjà attribuée porterait atteinte, en premier lieu, à sa substance, et, en second lieu, au principe de confiance légitime. De plus, la *garantie de la substance* concerne également les retraites des futurs retraités alors que tel ne peut pas être le cas de la *garantie de la confiance*.

1310. En tant que *droit intangible*, le droit à la retraite est donc entendu surtout comme le droit de continuer à accéder à la retraite à des conditions favorables fixées dans le passé dont la limitation porterait atteinte au principe de confiance légitime. L'intérêt du principe en tant que *limite temporelle* porte ainsi sur la restriction du droit à la retraite parallèlement à celle de sa *substance*, sans que les deux limites se recoupent. Dans cette perspective, toute norme qui modifie d'une manière restrictive les conditions d'aménagement d'un droit à la retraite *déjà octroyé* sera considérée comme une norme rétroactive potentiellement interdite.

1311. Dans la mesure où l'obligation issue du *droit à la confiance légitime* pèse sur l'ensemble des organes étatiques, il convient de mettre en exergue la garantie de l'intangibilité des retraites : en premier lieu, vis-à-vis des normes législatives (1) ; en second lieu, vis-à-vis des normes infra-législatives (2).

§ 1 - La garantie de l'intangibilité des retraites vis-à-vis des normes législatives

1312. A partir du moment où l'individu devient *bénéficiaire* d'un droit à la retraite, il accorde sa *confiance* au législateur dans le fait que sa situation ne se détériorera pas. Lorsqu'un droit *déjà octroyé* est finalement limité, la loi rétroactive réalise une *rupture* de sa confiance. Le

²¹⁵⁰ Voir *supra*, p. 446, p. 447.

principe de confiance légitime garantit dans ce cas de figure l'intangibilité des retraites acquises d'une manière *relative* par le biais du principe de proportionnalité.

1313. Le principe de confiance légitime en tant que fondement d'un droit acquis à la retraite vis-à-vis d'une loi rétroactive ne doit pas être confondu avec le *principe d'espérance légitime*. Ce dernier dispose d'un *sens autonome* issu de la jurisprudence de la Cour européenne et déterminé sur la base du droit conventionnel à la propriété. Il convient donc d'écarter l'*espérance légitime* comme fondement d'un droit acquis à la retraite (A), afin de défendre l'existence d'un tel droit exclusivement sur le fondement du principe de *confiance légitime* (B).

A - La mise à l'écart de l'*espérance légitime* comme fondement du droit acquis à la retraite

1314. Il importe d'examiner le principe d'espérance légitime au regard de la jurisprudence de la Cour européenne (i), puis sa consécration différenciée, allant dans un *sens strict*, par les juridictions nationales (ii).

i - Le principe d'espérance légitime au regard de la jurisprudence de la Cour européenne

1315. Le principe d'espérance légitime issu de la jurisprudence de la Cour européenne n'a pas de rapport direct avec le principe de non-rétroactivité de la loi et, dès lors, avec le principe de confiance légitime entendu *au sens strict* dans le cadre de la présente étude. Il est question ici de démontrer la manière assez confuse dont la Cour européenne emploie le *principe d'espérance légitime* lors du contrôle des lois rétroactives de validation, mais aussi dans un *sens large* lors du contrôle des lois *pseudorétroactives*.

1316. Les juges européens ont systématisé le contrôle des *lois de validation* sur le fondement du droit conventionnel au procès équitable à l'occasion de l'arrêt *Raffineries grecques*²¹⁵¹. Le contrôle de ces lois rétroactives a été étendu également en *matière sociale*, comme l'arrêt *Zielinski contre France* le démontre²¹⁵². La condamnation de la France dans cette affaire portait

²¹⁵¹ Cour EDH, 9 décembre 1994, n° 13427/87, *Raffineries grecques*. Selon cet arrêt, les lois de validation sont in conventionnelles au regard du droit à un procès équitable.

²¹⁵² Cour EDH, 28 octobre 1999, n° 24846/94, n° 4165/96, n° 34173/96, *Zielinski contre France*. En l'occurrence, les salariés des organismes de sécurité sociale d'Alsace-Moselle bénéficiaient, depuis 1953, d'une indemnité liée à la difficulté de leur travail, fixée par le législateur et que les employeurs s'ingéniaient vainement à diminuer. En 1994, une loi valide la réduction de cette « indemnité pour difficultés particulières ». Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, « le principe de prééminence du droit, la notion de procès équitable consacrés par l'article 6, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige ». Voir également, Cour EDH, 22 octobre 1997, n° 24628/94, *Papageorgiou contre Grèce*. Il s'agissait, en l'espèce, de la condamnation de la Grèce pour l'annulation par une loi de l'instance en cours devant la Cour de Cassation hellénique relative aux cotisations sociales.

sur la réduction de l'indemnisation des employés des organismes de sécurité sociale ; une question qui a par ailleurs été à l'origine d'une décision du Conseil constitutionnel²¹⁵³. La jurisprudence de la Cour européenne sur l'interdiction des lois de validation en matière sociale a influencé tant les juridictions ordinaires en France²¹⁵⁴ que les hautes juridictions helléniques²¹⁵⁵.

1317. Il est alors possible d'établir un parallèle entre le contrôle conventionnel des lois de validation sur le fondement du droit au procès équitable et le contrôle des hautes juridictions nationales sur les interférences législatives dans les procès²¹⁵⁶. Cependant, par opposition aux dernières, la Cour européenne n'a pas concrétisé le *principe de confiance légitime* en matière de lois de validation. En revanche, sa jurisprudence s'est distinguée par la mise en œuvre d'un nouveau principe, celui de l'*espérance légitime*²¹⁵⁷. Les différences conceptuelles entre les deux principes ne sont pas à première vue claires, cependant la Cour européenne a eu l'opportunité de clarifier leur sens.

1318. A l'occasion de l'affaire *Draon contre France*²¹⁵⁸, les juges européens ont sanctionné la France en raison de la suppression législative de la possibilité pour les requérants victimes de dommages délictuels de se faire indemniser. D'après leur raisonnement, l'« annulation rétroactive » de la réparation porte atteinte à l'*espérance légitime* des requérants. Certes, il était question ici des *instances en cours* qui ont été dépourvues de leur objet à la suite du vote d'une nouvelle loi. Or, le droit à l'indemnisation abrogé trouvait son fondement, en l'occurrence, dans une *jurisprudence constante* des juridictions ordinaires françaises qui avaient établi un « espoir » à d'être indemnisé²¹⁵⁹, sans qu'une loi n'ait été votée sur le sujet. De ce point de vue,

²¹⁵³ Décision n° 93-332 DC du 13 janvier 1994.

²¹⁵⁴ CE, 11 juillet 2001, n° 219312, *Ministre de la Défense contre Préaud*. Cour de Cassation, 15 février 1995, n° 93-46693 et n° 94-42843.

²¹⁵⁵ CdE, n° 438/2008, n° 664/2008, n° 1041/2008, n° 1844/2009. Cour de Cassation, n° 2/2011.

²¹⁵⁶ Depuis son arrêt *Raffineries grecques contre Grèce* précité, la Cour de Strasbourg juge, de façon constante, que « le principe de prééminence du droit et le droit à un procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige ». Voir également Cour EDH, 23 octobre 1997, n° 117/1996/736/933, *National and Provincial Building Society contre Royaume-Uni*.

²¹⁵⁷ Cour EDH, 20 novembre 1995, n° 17849/9, *Pressos Compania Naviera SA et autres contre Belgique*. D'après la Cour européenne, « le requérant peut prétendre avoir au moins une espérance légitime et raisonnable d'obtenir la jouissance effective d'un droit à la propriété ». Voir également Cour EDH, 29 novembre 1991, n° 12742/87, *Pine Valley contre Irlande*.

²¹⁵⁸ Cour EDH, 6 octobre 2005, n°1513/03, *Draon contre France*. En l'espèce, la Cour européenne juge contraire au droit conventionnel à la propriété les lois annulant les instances en cours concernant des créances de réparation dont est titulaire la victime d'un dommage délictuel. La loi « anti Perruche » empêchait les requérants de bénéficier d'une indemnisation qui avait été rendue possible par la mise en place d'une jurisprudence constante et stable de la part des juridictions administratives et judiciaires françaises et ainsi leur espérance légitime à obtenir indemnisation.

²¹⁵⁹ Il s'agit de l'arrêt Perruche de la Cour de Cassation, 16 novembre 2000, n° 99-13701. CE, 14 février 1997, n° 133238, *Quarez*.

la loi n'était pas *rétroactive* dans le sens retenu par la présente étude mais *pseudo-rétroactive*²¹⁶⁰.

1319. Par ailleurs, la Cour européenne recourt au *principe d'espérance légitime* pour défendre des droits à la retraite qui ne sont pas *acquis* par la loi, mais *reconnus* comme tels par les juridictions²¹⁶¹. Certains auteurs considèrent que les individus qui *attendent* de prendre bientôt leur retraite devraient être également protégés à l'encontre des modifications possiblement apportées par une loi au nom du principe en question²¹⁶². Tel que concrétisé par la Cour européenne, le *principe d'espérance légitime* implique ainsi le droit d'*attendre* une créance et non celui de ne pas être privé d'une créance *déjà* octroyée *sur le fondement de la loi*. La seule condition exigée par la jurisprudence de la Cour européenne pour la reconnaissance d'une *espérance légitime* est que l'attente soit fondée sur « une base suffisante en droit interne »²¹⁶³. Une jurisprudence bien établie des tribunaux, comme l'illustre notamment l'affaire *Draon*, constitue une telle base « suffisante », c'est-à-dire susceptible de la justifier²¹⁶⁴.

1320. Il s'ensuit que le *principe d'espérance légitime* garantit les *créances non constituées*, par opposition au *principe de confiance légitime* qui porte seulement sur les *créances constituées*²¹⁶⁵, soit celles dont les requérants ont *déjà été bénéficiaires*. Dès lors, le principe d'espérance légitime n'est pas applicable s'agissant des droits acquis à la retraite tels qu'on les entend ici. Pour ceux qui n'ont pas bénéficié d'un droit à la retraite sur le fondement de la loi, le dernier ne peut être considéré comme *acquis*. La catégorie de travailleurs qui simplement « attend » une retraite, ne peut être protégée de restrictions au droit à la retraite que par le biais de la *limite substantielle*.

1321. Au-delà du problème de la « fausse promesse » que l'espérance légitime implique, elle aboutit, par ailleurs, à une confusion entre *limite substantielle* et *limite temporelle* du droit à la retraite²¹⁶⁶. La raison en est que la Cour européenne invoque le *principe d'espérance légitime* même dans les cas où c'est une *privation* de retraite qui est en cause²¹⁶⁷. Comme les juges

²¹⁶⁰ Voir *supra*, p. 502.

²¹⁶¹ Cour EDH, 19 juin 2008, n° 12045/06, *Ichtigiaroglou contre Grèce*.

²¹⁶² Par le biais, par exemple, des dispositions transitoires. Aggelos STERGIOU, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 179, p. 344.

²¹⁶³ Cour EDH, 28 septembre 2004, n° 44912/98, *Kopecky contre Slovaquie*.

²¹⁶⁴ Cornéliu BRISANT, Jean François RENUCCI, « La Cour européenne des droits de l'Homme précise le droit de propriété », *Revue Dalloz*, 2005, p. 870.

²¹⁶⁵ David BAILLEUL, « De l'espérance légitime d'obtenir un avantage à l'espérance légale de conserver un droit », *AJDA*, n° 32, 2010, p. 1828.

²¹⁶⁶ Voir *supra*, p. 496 et s.

²¹⁶⁷ Cour EDH 14 février 2006, n° 67847/01, *Lecarpentier et autres contre France*. De même, Cour EDH, 30 mars 2005, n° 60669/00, *Kjartan contre Islande.*, En l'espèce, le requérant était privé d'une pension qu'il percevait

européens ne distinguent pas la *limite substantielle* de la *limite temporelle* à la restriction de la retraite, le contrôle de la substance se réduit à un contrôle de l'espérance légitime. D'autre part, l'intervention rétroactive du législateur aux retraites en tant que telle n'est pas inconventionnelle, mais simplement un élément du caractère disproportionné de l'atteinte au *droit aux biens*²¹⁶⁸.

1322. En d'autres termes, le principe d'*espérance légitime*, impliquant un contrôle de proportionnalité de la restriction des créances, indépendamment de son caractère rétroactif ou pseudorétroactif, ne garantit suffisamment ni la *limite substantielle* ni la *limite temporelle*. Le sens large du principe d'espérance légitime tend à obscurcir le contrôle du *degré* permis de la restriction des créances, ainsi que le contrôle des interventions *rétroactives* du législateur.

ii - La consécration du principe d'espérance légitime dans un sens strict par les juridictions nationales

1323. Considérant l'analyse précédente, il n'est pas surprenant que les juges de la conventionnalité en France et en Grèce intègrent le principe d'*espérance légitime* dans leur contrôle, sans pour autant s'aligner sur le sens retenu par la Cour européenne. En cas de restriction des retraites, elles contrôlent l'atteinte à la « promesse » faite sur le fondement du droit conventionnel à la propriété ; tout en le limitant celle-ci dans le cas des *lois rétroactives*.

1324. En France, le rejet de l'espérance légitime *au sens large* est affirmé par le Conseil constitutionnel²¹⁶⁹. Sans se référer directement au principe en question, le juge constitutionnel français a écarté un recours tendant à faire reconnaître l'inconstitutionnalité de la restriction du droit *acquis* à la retraite au regard du *droit à la propriété*²¹⁷⁰. Pour sa part, le Conseil d'Etat français a également rejeté l'atteinte à l'espérance légitime sur le fondement du droit conventionnel à la propriété suivant une jurisprudence bien établie²¹⁷¹. Il l'invoque, en outre, à

régulièrement depuis presque vingt-ans, à cause d'une réforme législative modifiant les critères d'évaluation de l'invalidité. La Cour a considéré une ingérence disproportionnée et rigoureuse.

²¹⁶⁸ David BAILLEUL, « De l'espérance légitime d'obtenir un avantage à l'espérance légale de conserver un droit », *AJDA*, 2010, p. 1828.

²¹⁶⁹ Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013. Il s'agit, en l'espèce, d'une disposition rétroactive.

²¹⁷⁰ Décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986. Le Conseil constitutionnel ne donne pas raison à l'argumentation des requérants contestant la modification des conditions de cumul des rémunérations d'activité et des pensions de retraite au motif que le législateur aurait méconnu des droits acquis en vertu des principes généraux du droit des pensions publiques de retraite.

²¹⁷¹ Pour le Conseil d'Etat français (CE, 19 novembre 2008, n° 292948, *Société Getecom*), le revirement de jurisprudence intervenu six mois avant son renversement par une loi nouvelle n'a pas pu faire naître des espérances légitimes.

l'égard de restrictions *rétroactives* des pensions par le législateur en lui donnant ainsi un *sens plus strict* que celui que lui accorde la jurisprudence conventionnelle²¹⁷².

1325. Plus précisément, dans le cadre du contrôle de conventionnalité réalisé Conseil d'Etat français, l'*espérance légitime* a pu être considérée ; par exemple s'agissant de litiges portant sur des *majorations de pensions* de fonctionnaires masculins²¹⁷³ consécutives à la censure d'une discrimination législative au regard du sexe, dans l'objectif d'égaliser leurs pensions avec celles de femmes fonctionnaires. En l'occurrence, une nouvelle condition restrictive du droit à la retraite, celle de l'interruption du travail comme critère des majorations, a été appliquée par le législateur rétroactivement aux demandes présentées *avant l'entrée en vigueur de la loi* dès lors qu'elles n'avaient pas donné lieu à une décision de justice passée en force de chose jugée. Il s'agissait, ainsi, d'un *aménagement restrictif rétroactif* du droit à pension.

1326. Le Conseil d'Etat, dans un *avis contentieux*, s'est prononcé en faveur de l'*inconventionnalité* de la disposition au regard d'un double fondement conventionnel : le droit à un procès équitable et le droit à la propriété²¹⁷⁴. La disposition rétroactive a été considérée comme incompatible tant avec l'article 6 paragraphe 1 de la Convention, pour les instances engagées avant l'entrée en vigueur de la loi, qu'avec l'article 1^{er} du protocole additionnel, pour les demandes d'accès à la retraite présentées avant la publication de la loi. Ainsi, seuls les fonctionnaires qui détenaient *déjà* une créance vis-à-vis de l'Administration pouvaient revendiquer une atteinte à leur *espérance légitime*, et non ceux qui avaient simplement déposé une demande pour y accéder²¹⁷⁵. Le sens de l'espérance légitime tel qu'entendu par le Conseil

²¹⁷² David BAILLEUL, « De l'espérance légitime d'obtenir un avantage à l'espérance légale de conserver un droit », *op.cit.* « La haute juridiction administrative restreint encore la notion d'espérance légitime, qui ne peut constituer un bien, au sens de la Convention, que lorsqu'elle se fonde sur l'espoir de conserver un droit reconnu et non plus d'obtenir la reconnaissance d'un droit ».

²¹⁷³ Il a été démontré précédemment (voir *supra*, p. 228, p. 229) que la réforme des retraites opérée par la loi du 21 août 2003 avait laissé subsister le droit pour les femmes fonctionnaires mères de trois enfants et ayant accompli quinze ans de services de bénéficier de la jouissance immédiate de leur pension de retraite. Puis, le législateur par la loi du 27 décembre 2004 (JORF n° 304 du 31 décembre 2004, p. 22522) a subordonné cet avantage à la condition que le fonctionnaire, parent de trois enfants, ait interrompu son activité pendant une durée qui, par décret du 10 mai 2005, a été fixée à deux mois. Cette nouvelle condition était applicable aux demandes présentées avant l'entrée en vigueur de la loi dès lors qu'elles n'avaient pas donné lieu à une décision de justice passée en force de chose jugée. Il s'agissait ainsi d'une disposition rétroactive.

²¹⁷⁴ Il s'agit de l'avis contentieux du 27 mai 2005, n° 277975, *Mr Provin*. Sur une question posée par le Tribunal administratif de Nancy au Conseil d'Etat par le biais de la procédure de l'avis contentieux (selon l'article L. 113-1 CJA, les avis contentieux ne tranchent pas le litige soumis au Conseil d'État). Les dispositions rétroactives en cause méconnaissent, « en l'absence d'un motif impérieux d'intérêt général », les dispositions de l'article 6 de la Convention et l'article 1 PPA. Le droit de bénéficier d'une pension de retraite à jouissance immédiate constitue une créance qui, étant suffisamment établie pour être exigible par tout fonctionnaire remplissant les conditions que posait la loi, a le caractère d'un bien au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette Convention qui stipule que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ».

²¹⁷⁵ Pierre BOUTELET, « Le Conseil d'Etat, censeur et protecteur de la rétroactivité des lois », *AJFP*, n° 4, 2005, p. 169.

d'Etat français n'est pas, dès lors, similaire à celui de la jurisprudence de la Cour européenne garantissant même les simples attentes de créances.

1327. En Grèce, sous l'influence de la jurisprudence conventionnelle, les hautes juridictions procèdent à une distinction entre, d'une part, des *exigences constituées* (*θεμελιωμένες*) et des *exigences nées* (*γεγεννημένες*) sur le fondement du droit conventionnel à la propriété²¹⁷⁶ et, d'autre part, les *exigences qui ne sont pas encore nées* (*μη γεγεννημένες*). Ainsi, concernant les retraites, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique, les *exigences relevant de l'espérance légitime* impliquent seulement une « espérance assurantielle » qui ne donne pas lieu à des *droits acquis opposables*²¹⁷⁷.

1328. Une telle différenciation témoigne de différents degrés de « maturité » de la créance. Même si la distinction implique parfois certaines difficultés surtout au regard des deux premiers types de créances²¹⁷⁸, ce qui est essentiel ici est qu'ils se distinguent bien du troisième type de créance, le seul impliquant la considération de l'*espérance légitime*, qui n'est pas protégé. Il n'y a dès lors aucun doute sur le fait que la jurisprudence hellénique rejette l'espérance légitime en dehors du contrôle des lois rétroactives.

B - L'affirmation du droit acquis à la retraite sur le fondement du principe de confiance légitime

1329. L'étude de la jurisprudence des hautes juridictions démontre que la garantie de l'intangibilité des retraites est admise indirectement en France (i) et directement en Grèce (ii).

i - L'affirmation indirecte du droit acquis à la retraite dans l'ordre juridique français

1330. En France, le Conseil constitutionnel a rejeté dans le passé la garantie de l'intangibilité des pensions liquidées²¹⁷⁹. Il est, ainsi, *a priori* permis au législateur de modifier d'une manière restrictive et rétroactive les conditions d'octroi du droit à la retraite.

²¹⁷⁶ Cour de Cassation, arrêt n° 40/1998. Le droit conventionnel à la propriété ne protège pas seulement les créances admises en vertu des décisions juridictionnelles mais aussi des « créances simplement nées ». Voir également, Cour des comptes hellénique, n° 864/2002.

²¹⁷⁷ CdE, n° 1820/2007, n° 1010/2008, n° 2024/2009, n° 2701/2009. D'après cette jurisprudence constante, la simple espérance d'acquiescer une créance n'est pas protégée au regard du droit conventionnel à la propriété.

²¹⁷⁸ Pour sa clarification, voir *infra*, p. 531.

²¹⁷⁹ Dans l'ordre juridique français, le juge constitutionnel refuse explicitement l'intangibilité du droit à la retraite. Décision 94-348 DC du 3 août 1994, *Transposition de directives communautaires*, considérant n° 14 : « Considérant en premier lieu qu'aucune règle ni aucun principe constitutionnel ne garantit "l'intangibilité des droits à retraite liquidés" ; que par suite ce grief ne saurait qu'être écarté ».

1331. En dépit du refus initial, il semble néanmoins que le juge de constitutionnalité a modifié sa jurisprudence d'une manière indirecte ; en particulier à propos de la loi précitée sur les majorations des pensions des fonctionnaires, visant à corriger les inégalités entre fonctionnaires masculins et féminins. Le législateur avait en effet *rétroactivement* prévu que la nouvelle condition défavorable d'aménagement s'appliquait *avant la date d'entrée en vigueur de la loi*, précisément à partir de la date de la proposition de loi²¹⁸⁰. Il s'agissait d'une disposition rétroactive « nécessaire », afin d'éviter que de nouveaux recours soient formés par des fonctionnaires masculins en vue d'obtenir une bonification de leur pension du *juge administratif* au nom de l'égalité avec les fonctionnaires féminins.

1332. En l'occurrence, le Conseil constitutionnel a rejeté le grief tiré de la violation du principe de non-rétroactivité en considérant que d'après les travaux préparatoires de la loi en question, le législateur n'avait pas entendu remettre en cause les *pensions liquidées* depuis la date de proposition de la loi et jusqu'à la date de l'entrée en vigueur de celle-ci²¹⁸¹. Le juge constitutionnel veille ainsi à ce que les retraités ayant accédé à leur droit *avant* la promulgation de la loi de 2003 ne soient pas touchés par la condition restrictive. Il s'ensuit que le Conseil constitutionnel, même s'il ne l'admet pas directement, garantit les *pensions liquidées*.

1333. En ce qui concerne le Conseil d'Etat français, même s'il n'admet pas non plus la garantie de l'intangibilité des retraites en tant que telle²¹⁸², il écarte à de nombreuses occasions la loi rétroactive qui limite le droit à la retraite. A l'occasion de l'arrêt *Wessang*²¹⁸³ relatif également

²¹⁸⁰ Cette loi visant l'égalité dans les conditions entre les deux sexes a *rétroactivement* imposé la condition de l'interruption du travail, mettant ainsi en cause des pensions déjà liquidées. Il s'agit de nouvelles conditions d'ouverture des droits à la majoration des pensions imposés par le législateur par la loi du 21 août 2003 n° 2003-775 portant réforme des retraites et de l'article 136 de la loi de finances rectificative pour 2004 d'une manière rétroactive. Les bonifications aux pensions liquidées entre le 28 mai 2003 et l'entrée en vigueur de l'article 48 de la loi déferée après publication de celle-ci au Journal officiel étaient en l'espèce mises en cause rétroactivement. La rétroactivité concernait les pensions liquidées entre le 28 mai 2003 (date de proposition de la loi) et la date de publication de la loi (2 août 2003). Voir *supra*, p. 528.

²¹⁸¹ Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, considérant n° 34 : « Considérant que, selon les auteurs des deux saisines, le législateur aurait conféré à la disposition critiquée une portée rétroactive, les nouvelles modalités de calcul de la bonification prévue par l'article 48 devant s'appliquer aux pensions liquidées à compter du 28 mai 2003 ; qu'ils considèrent que cette rétroactivité ne serait justifiée par aucun intérêt général et qu'elle serait donc contraire à la Constitution » ; considérant n° 35 : « Considérant qu'il ressort des travaux parlementaires que le législateur n'a pas entendu remettre en cause les pensions liquidées depuis le 28 mai 2003 ; qu'il s'ensuit que le grief doit être écarté ».

²¹⁸² Voir également l'arrêt du Conseil d'Etat par lequel il écarte la demande d'une QPC, CE, 13 février 2013, n° 35614. « Les dispositions contestées, qui modifient, pour l'avenir uniquement, la valeur de service du point de retraite applicable aux pensions, fussent-elles déjà liquidées, ne sont pas rétroactives et ne portent pas atteinte à des situations légalement acquises ni, en tout état de cause, au principe de sécurité juridique ». De plus, « Le législateur, par cette disposition destinée à préserver le système de retraite complémentaire des professions médicales et paramédicales, confronté à d'importantes difficultés de financement, n'a pas privé de garanties légales les exigences découlant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ».

²¹⁸³ CE, 6 février 2006, n° 268192, *Wessang*.

aux majorations des pensions des fonctionnaires, le Conseil d'Etat a jugé l'inconventionnalité de la restriction rétroactive des pensions par la loi de 2003 au regard du droit conventionnel au procès équitable. En outre, les juges du Conseil d'Etat avaient interdit l'intervention rétroactive en matière de retraites dans le cas de litiges portant sur une *crystallisation des pensions*²¹⁸⁴. En l'occurrence, l'imposition par le législateur d'un critère de résidence pour obtenir des pensions, alors que des instances étaient en cours, porte atteinte aux droits au procès équitable et à la propriété.

1334. Etant donné la jurisprudence précitée, il est possible d'affirmer que le législateur français n'est pas libre de restreindre les conditions d'octroi des retraites *déjà liquidées*. Une telle intervention porterait atteinte au principe de confiance légitime, même si elle n'est pas, pour le moment directement, admise. Il s'agit plutôt d'une *obligation relative* qui est toutefois de plus en plus affirmée par les juges dans le cadre de leur contrôle de proportionnalité. Le moment de la *liquidation* de la pension est considéré dans l'ordre juridique français comme le point à partir duquel la garantie d'intangibilité des retraites est valide.

ii - L'affirmation directe du droit acquis à la retraite dans l'ordre juridique hellénique

1335. Dans l'ordre juridique hellénique, d'après une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, il est possible d'exempter de modification rétroactive des retraites celles qui sont considérées comme des *exigences constituées*²¹⁸⁵. La protection de l'intangibilité des retraites est directement énoncée, même si son affirmation est *relative* et implique un contrôle de proportionnalité²¹⁸⁶.

1336. Il s'agit d'une garantie qui ne s'applique toutefois pas sans difficultés. Une première d'entre elles porte sur le *fondement* de son contrôle. L'intangibilité des retraites est dans la plupart des cas contrôlée au regard *du principe d'égalité*, sans que *le principe de confiance légitime* soit en tant que tel invoqué. En Grèce, une partie de la doctrine aborde également le principe de non-rétroactivité de la loi au regard du principe de non-discrimination²¹⁸⁷. Même dans ce cas de figure, il s'agit néanmoins d'une affirmation de l'intangibilité des retraites, car dans les deux cas c'est une *loi rétroactive* qui est interdite. Une certaine confusion quant aux

²¹⁸⁴ CE, 18 juillet 2006, n° 274664, *GISTI*. Voir également l'avis CE, *Ka*, 18 juillet 2006, n° 286122. Voir *supra*, p. 210.

²¹⁸⁵ CdE, n° 3739/99, n° 665/00. Cour des comptes hellénique, n° 678/02, n° 2366/04.

²¹⁸⁶ Elle est contrôlée par le biais du principe de proportionnalité et dépend de l'intérêt général. Le Conseil d'Etat hellénique admet que la modification rétroactive des conditions d'aménagement des retraites, lorsqu'elle a lieu par le biais de règles générales, est permise au regard du principe d'égalité. CdE, n° 58/99. CdE, n° 3487/08. CdE, n° 317/09.

²¹⁸⁷ Prokopis PAVLOPOULOS, « Contribution à la détermination des limites de la loi rétroactive », *op. cit.*

fondements du principe de non-rétroactivité de la loi est due au refus plus général de lui reconnaître une consécration spécifique²¹⁸⁸.

1337. Certains autres problèmes se présentent, en second lieu, notamment en ce qui concerne le moment exact à partir duquel une pension devient intangible. Le sens des *exigences constituées* n'est pas toujours clair. Il conviendrait de distinguer *a priori* deux moments *différents* qui marquent le début de l'intangibilité. Pendant longtemps, le Conseil d'Etat hellénique admettait comme telles les exigences provenant d'individus qui avaient simplement atteint *l'âge* de départ à la retraite²¹⁸⁹. Progressivement, sa jurisprudence a laissé place à une position plus stricte²¹⁹⁰ selon laquelle le moment auquel une pension devient intangible est celui de sa *demande auprès de l'Administration*²¹⁹¹. Les créances sont ainsi distinguées désormais entre celles qui sont *constituées* et celles qui sont simplement *nées* et pour lesquelles une restriction rétroactive est permise²¹⁹².

1338. Il s'ensuit que dorénavant, le simple avènement du risque vieillesse suffit à faire *naître* une créance, mais non pour la rendre intangible. C'est n'est plus *l'âge* de l'individu qui le rend bénéficiaire²¹⁹³ indépendamment de toute autre condition ; celui-ci doit avoir en plus entrepris la démarche de demander sa pension auprès de l'Administration. La concrétisation ainsi réalisée est fortement critiquée par la doctrine hellénique²¹⁹⁴ dans la mesure où elle fait dépendre l'intangibilité du droit à une simple *condition procédurale*. Il s'agit ainsi d'une condition qui nous semble appropriée lorsqu'il est question de la garantie des droits acquis au regard d'*actes administratifs*, mais qui est mal adaptée lorsqu'il s'agit d'écarter une *loi rétroactive* qui a un caractère général et est donc susceptible de concerner un grand nombre de bénéficiaires. La différenciation résulte du fait que dans le premier cas, l'individu accède au droit d'une manière concrète qui peut être évalué d'une manière plus stricte. En l'état actuel de la jurisprudence

²¹⁸⁸ Voir *supra*, p. 504.

²¹⁸⁹ CdE, n° 3310/01, n° 980/00, 542/99, n° 1770/08.

²¹⁹⁰ Voir Ioannis SARMAS, *La jurisprudence constitutionnelle et administrative du Conseil d'Etat : étude évolutive des grands arrêts*, *op. cit.*, p. 421.

²¹⁹¹ Le fait de savoir s'il s'agit ou non d'une exigence établie dépend du temps de la demande de retraite qui constitue un critère objectif de différenciation des destinataires de la loi dans l'hypothèse d'une modification (CdE, n° 718/06, n° 58/99, n° 3852/79, n° 2914/83, n° 40/85, n° 527/2009, n° 121/2012).

²¹⁹² D'après l'arrêt CdE n° 718/2006, « pour l'établissement du droit à la retraite la simple existence des conditions remplies ne suffit pas mais il faut davantage que le futur bénéficiaire agit dans la démarche d'obtenir la retraite en effectuant la demande auprès de l'Administration, car le temps de la demande est le critère objectif de traitement différencié des retraités ». Selon l'arrêt CdE, n° 600/2015, cette différenciation en fonction du temps de la demande n'est contraire ni au principe constitutionnel d'égalité ni au droit constitutionnel à la sécurité sociale.

²¹⁹³ Aggelos STERGIU, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 298, p. 299.

²¹⁹⁴ Patrina PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 79. La distinction entre droit établi et droit exercé relève ainsi d'une distinction entre l'avènement en tant que tel du risque vieillesse et de l'exercice d'une condition formelle.

hellénique, il n'existe toutefois pas de distinction des deux cas. La demande de l'individu auprès de l'Administration est le point commun à partir duquel l'intangibilité de son droit à la retraite compte. Même ainsi conçu, il implique une condition moins stricte que celle de l'intangibilité des retraites *déjà liquidées* vis-à-vis du législateur en France.

1339. En tout état de cause, indépendamment du point exact à partir duquel *l'intangibilité des pensions* est établie, l'essentiel est qu'elle soit contrôlée. Les retraités ne peuvent être toujours exposés au risque de voir à tout moment leur retraite diminuer. Cela est devenu particulièrement clair en Grèce durant les années de crise financière, lorsque la plupart des restrictions portées aux retraites qui ont été décidées étaient *rétroactives*²¹⁹⁵. Même si le Conseil d'Etat hellénique, à l'occasion de son *second arrêt Mémoire*, n'a pas contrôlé la rétroactivité de la restriction²¹⁹⁶, il s'agit d'un contrôle qui a été réalisé à l'occasion d'autres litiges, notamment celui concernant la restriction rétroactive des salaires d'une grande partie des professions du domaine public²¹⁹⁷.

1340. Les restrictions rétroactives continues ont abouti à l'enrichissement des analyses doctrinales relatives au lien entre le *principe de confiance légitime* et le *droit à la retraite* au sein de l'ordre juridique hellénique²¹⁹⁸. Selon les auteurs grecs²¹⁹⁹, toute réforme des retraites doit être contrôlée sur le *double fondement* du droit constitutionnel à la sécurité sociale et du

²¹⁹⁵ Parmi les nombreuses restrictions apportées aux retraites c'est notamment les lois rétroactives : n° 4051/2012 (JO A/40 publiée le 29 février 2012), n° 4151/2013 (JO A/103 publiée le 29 avril 2013) revalorisant les retraites en les limitant et n° 4093/2012 limitant les prestations complémentaires d'épargne (JO A/222 publiée le 12 novembre 2012). D'autres lois ont parallèlement durci les conditions d'accès à la retraite de manière rétroactive ou décalé l'âge de départ à la retraite. Voir, par exemple : les articles 1^{er} et 6 de la loi n° 4051/2012 ; l'article 37 de la loi n° 3996/2011 ; l'article 40, par. 5 de la loi n° 3996/2011 ; l'article 40, par. 6 de la loi n° 3996/2011 ; l'article 3, par. 2 de la loi n° 4151/2013.

²¹⁹⁶ En effet, même si le second arrêt Mémoire n° 2287/2015 contrôle des dispositions législatives rétroactives, il les écarte en tant qu'inconstitutionnelles au regard du droit à la sécurité sociale sans contrôler parallèlement le respect au principe de la confiance légitime. En l'espèce, le fait d'énoncer l'inconstitutionnalité des restrictions vis-à-vis de la substance du droit à la retraite ne rend pas nécessaire le contrôle parallèle de la limite temporelle.

²¹⁹⁷ Pendant ces dernières années, le Conseil d'Etat hellénique a contrôlé d'une manière de plus en plus stricte la garantie de non-rétroactivité notamment en ce qui concerne les salaires. Il interdit ainsi la restriction rétroactive des salaires pour les forces armées et pour les enseignants dans ses arrêts n° 4741/2014 et n° 2192/2014, ainsi que dans son arrêt plus récent n° 1009/2017. À la suite de cette jurisprudence constante, la loi 4575/2018 (JO A/192/14.11.2018) rétroactive a prévu le retour des salaires dont une grande partie des professions du domaine public avait été privée. Voir également sur le sujet : Cour des comptes hellénique, n° 7412/2015. Les restrictions rétroactives des retraites des docteurs, des juges, des militaires incombant au statut du salaire spécifiques par la loi n° 4093/2012 sont inconstitutionnelles au regard du principe d'égalité et du principe de proportionnalité.

²¹⁹⁸ Voir notamment Anna TSETOURA, « La protection de l'assuré de la modification rétroactive restrictive du régime de la sécurité sociale. Etude comparative entre la jurisprudence de la CourEDH, des juridictions helléniques et étrangères », *EDKA*, n° 2, 2014, p. 751. Christos MORFAKIDIS, « La petite réforme de la sécurité sociale avec la loi n° 3996/2011 : la fin des plans en suspension, la limitation des attentes et le renversement rétroactif des droits », *EDKA*, n° 10, 2011, p. 809 (en grec).

²¹⁹⁹ Xenofon KONTIADIS, *Le nouveau constitutionnalisme et les droits fondamentaux après la révision de 2001*, *op. cit.*, p. 521.

principe de confiance légitime. L'examen parallèle de la *limite substantielle* à celui de la *limite temporelle* est la seule manière de garantir que les réformes continues des systèmes des retraites vont respecter la *confiance* des retraités vis-à-vis du législateur, même quand le risque d'une suppression ou d'une restriction excessive des pensions est écarté.

Conclusion du § 1 :

1341. Afin d'affirmer l'intangibilité des retraites, il importe d'avoir écarté l'*espérance légitime* de ses fondements. Le principe, tel que concrétisé par les juges de la Cour européenne, signifie que la simple *attente* d'accéder à une créance suffit pour écarter sa suppression/restriction législative. Or, à défaut d'octroi de la créance sur un fondement législatif préalable, aucun droit ne peut devenir intangible. La distinction entre la *rétroactivité au sens strict* et la *pseudorétroactivité* est nécessaire pour déterminer le moment auquel une créance est considérée comme *acquise*.

1342. Les juridictions nationales rejettent le principe d'espérance légitime ainsi défini par la Cour européenne et l'appliquent dans *un sens strict* à l'encontre des lois rétroactives limitant le droit à la retraite. Même si certaines difficultés se présentent quant à l'admission de leur part de la garantie de *l'intangibilité des retraites*, l'étude de leur jurisprudence démontre cependant son affirmation progressive. Il est possible d'affirmer qu'en France et en Grèce, la retraite est garantie comme *acquise* en vertu d'une loi précédente, soit à partir de la liquidation de la pension (France), soit à partir de l'atteinte de l'âge à la retraite (Grèce). Après avoir examiné la reconnaissance d'une telle garantie vis-à-vis de la loi rétroactive, il convient d'analyser la protection des retraites acquises vis-à-vis des normes infra-législatives.

§ 2 - La garantie de l'intangibilité des retraites vis-à-vis des normes infra-législatives

1343. Si l'intangibilité des retraites vis-à-vis du législateur est souvent contestée, elle est plus largement admise vis-à-vis des organes qui produisent des normes infra-législatives. Sont ainsi concernées, d'une part, l'*Administration* et, d'autre part, les *personnes privées* lorsqu'elles signent des conventions collectives. Dans le premier cas, la garantie d'intangibilité est liée à la doctrine des droits acquis du droit administratif français et hellénique ; dans le second cas, il est question des garanties dont sont revêtues les pensions fondées sur des conventions collectives et des contrats du travail. C'est dans cette perspective qu'il convient de mettre en lumière les *droits acquis à la retraite* vis-à-vis des décisions administratives (A), puis vis-à-vis des modifications de conventions (B).

A - Les droits acquis à la retraite vis-à-vis des décisions administratives

1344. Dans les deux ordres juridiques nationaux, les *actes créateurs de droits* sont opposables à l'*abrogation*, ainsi qu'au *retrait* de l'Administration (« révision »)²²⁰⁰. L'acte administratif octroyant une *retraite* est conçu comme un tel *acte créateur de droits* dans l'ordre juridique français (i), mais aussi dans l'ordre juridique hellénique (ii).

i - L'acte créateur de droits à la retraite dans l'ordre juridique français

1345. Dans l'ordre juridique français, la définition exacte de l'*acte créateur des droits* a donné lieu à de nombreux débats. La question essentielle est de savoir dans quelle mesure les actes donnant lieu à des *prestations pécuniaires*, comme le sont les pensions, proviennent d'*actes créateurs de droits*. Parmi les différents débats autour du sujet, il convient de signaler celui concernant l'exclusion des *actes reconnaîtifs* de la qualification d'*actes créateurs de droits* par opposition aux *actes attributifs*²²⁰¹.

1346. Pendant longtemps, les actes administratifs ayant des objets pécuniaires étaient conçus comme de simples actes de liquidation d'une créance préexistante, élément qui impliquait leur *caractère reconnaîtif*²²⁰². A l'occasion de son arrêt *Buissière*²²⁰³, le Conseil d'Etat avait concrétisé comme *actes créateurs de droits* seulement les actes pécuniaires s'appuyant sur une compétence discrétionnaire de l'Administration. A défaut d'une marge d'appréciation à l'égard de l'Administration, les actes pécuniaires étaient simplement *reconnaîtifs* et, dès lors, *non créateurs de droits*. La distinction a cependant été abandonnée avec l'arrêt *Soulier* du Conseil d'Etat français qui a décidé que même à défaut de marge d'appréciation de l'Administration, l'acte ayant un objet de nature pécuniaire est reconnu comme un *acte créateur de droits*²²⁰⁴. Désormais, la distinction entre actes reconnaîtifs non créateurs de droits et actes attributifs créateurs de droits est relativisée²²⁰⁵.

²²⁰⁰ Voir *supra*, p. 510 et s.

²²⁰¹ CE, 12 décembre 1941, *Recueil* p. 213, *Mayer*. Voir Pierre DEVOLVE, « Retrait et obligation : le cas des actes à objet pécuniaire et des actes obtenus par fraude », *RFDA*, n° 2, 2003, p. 240.

²²⁰² Pierre - Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 422.

²²⁰³ CE, 15 octobre 1976, n° 97478, *Buissière*. Voir également, CE, 15 octobre 1969, n° 66940, *Forasetto*. Seules peuvent être créatrices de droits les décisions pécuniaires pour lesquelles l'administration disposait d'un pouvoir d'appréciation dans leur octroi.

²²⁰⁴ CE, 6 novembre 2002, n° 223041, *Soulier*. En l'espèce, une distinction est opérée entre les décisions accordant un avantage financier et les simples mesures de liquidation d'une créance née d'une décision antérieure.

²²⁰⁵ Constantin YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 138. La nature de la compétence de l'Administration n'est pas ainsi un critère pertinent pour l'identification des « droits acquis ».

1347. Le principe de l'intangibilité des pensions acquises est affirmé par la loi au bénéfice des fonctionnaires en vertu de la loi qui interdit la *révision* des actes attribuant des pensions après le *décal* d'une année pour *erreur de droit*²²⁰⁶. Pour sa part, le Conseil d'Etat français consacre à présent l'intangibilité des pensions acquises d'après une jurisprudence constante²²⁰⁷. Le délai établi ici est une dérogation au *décal classique* de quatre mois, valable pour le retrait du reste des actes administratifs *irréguliers* et *créateurs des droits*²²⁰⁸. Il s'ensuit qu'après l'écoulement du délai, la revalorisation *vers le bas* des pensions n'est pas possible, sauf dans le cas particulier où elle est modifiée en fonction de l'inflation²²⁰⁹.

1348. Selon la loi et une jurisprudence précitée du Conseil d'Etat français, la pension est insusceptible de *suppression ou restriction* dès lors qu'elle est devenue « définitive ». Toute la difficulté porte, ensuite, sur le fait de savoir quand une pension peut être ainsi qualifiée. D'après une jurisprudence constante du Conseil d'Etat français, la modification du calcul des pensions est *rétroactive* lorsqu'elle s'applique après le *fait générateur* de celui qui est la *cessation de l'activité professionnelle*²²¹⁰. C'est alors la *sortie définitive* du service qui rend le droit à pension intangible pour le fonctionnaire. Par le biais de la protection de la *situation définitivement constituée*, la haute juridiction administrative privilégie une conception *stricte* de la rétroactivité en garantissant la stabilité des situations individuelles, sans en même temps priver l'Administration de tous moyens d'action²²¹¹.

²²⁰⁶ Article L. 55 du Code des pensions civiles et militaires al. 2, 3 : « La pension et la rente viagère d'invalidité sont définitivement acquises et ne peuvent être révisées ou supprimées à l'initiative de l'administration ou sur demande de l'intéressé que dans les conditions suivantes : Dans un délai d'un an à compter de la notification de la décision de concession initiale de la pension ou de la rente viagère, en cas d'erreur de droit. La restitution des sommes payées indûment au titre de la pension ou de la rente viagère d'invalidité supprimée ou révisée est exigible lorsque l'intéressé était de mauvaise foi. Cette restitution est, en tant que de besoin, poursuivie par l'agent judiciaire de l'Etat ».

²²⁰⁷ D'après la jurisprudence du Conseil d'Etat français, la pension est intangible soit insusceptible de retrait et d'abrogation à partir du moment où elle devient définitive. CE, 29 janvier 2003, n° 246829, *Lucet*. CE, 1^{er} mars 2004, n° 243592, *Castaing*. CE, 20 juillet 1988, n° 58579.

²²⁰⁸ Voir *supra*, p. 511.

²²⁰⁹ Elle ne peut pas être qualifiée dans ce cas de figure comme un acte défavorable. Selon l'article 16 du Code des pensions civiles et militaires : « Les pensions sont revalorisées dans les conditions prévues à l'article L. 161-23-1 du code de la sécurité sociale ». Selon ce dernier, la revalorisation annuelle des montants de prestations dont les dispositions renvoient est effectuée sur la base d'un coefficient égal à l'évolution de la moyenne annuelle des prix à la consommation, hors tabac, calculée sur les douze derniers indices mensuels de ces prix publiés par l'Institut national de la statistique et des études économiques l'avant-dernier mois qui précède la date de revalorisation des prestations concernées.

²²¹⁰ CE, 14 février 1930, *Recueil* p.190, *Dame veuve Perrot*. Le juge administratif considère que l'application de l'acte nouveau est rétroactive lorsqu'elle s'applique au fait générateur d'une pension. CE, 11 mars 1936, *Recueil* p. 1408, *Ministre des Pensions contre Dame veuve Oberlin*.

²²¹¹ Sophie BOISSARD, « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr.

1349. Enfin, il est intéressant de mentionner le cas particulier d'un retrait à la demande du bénéficiaire²²¹², lorsque c'est le bénéficiaire de la décision qui sollicite le retrait afin d'obtenir une décision plus favorable. D'une manière générale, le retrait dans ce cas particulier est possible au-delà des délais classiques²²¹³, mais à la condition qu'il ne porte pas atteinte aux droits de tiers qui seraient devenus définitifs²²¹⁴. Cependant, l'Administration n'a pas l'obligation d'accepter la demande en dehors du cas prévu de l'irrégularité. Il se peut, en revanche, qu'en raison du principe de sécurité juridique et d'une certaine « stabilité » des actes administratifs, le droit de l'administré à améliorer sa prestation se trouve limité par le juge administratif²²¹⁵.

ii - L'acte créateur de droits à la retraite dans l'ordre juridique hellénique

1350. En ce qui concerne l'ordre juridique hellénique, tout d'abord, il est largement admis que l'administration dispose d'une compétence liée pour l'octroi d'une pension²²¹⁶. La distinction entre actes déclaratifs et actes attributifs ne joue pas de rôle quant à leur qualification d'actes créateurs de droits, par opposition au cas français²²¹⁷. Partant, aucun doute ne subsiste quant au fait que les actes attribuant des pensions sont des actes créateurs de droits intangibles²²¹⁸.

1351. Comme pour tout acte créateur de droits, la possibilité de leur révision est déterminée en fonction de l'existence d'un fondement légal valide. Elle est interdite pour les pensions attribuées d'une manière légale et limitée pour celles octroyées d'une manière illégale dans un délai raisonnable. Dans le cas d'une irrégularité de l'acte à la suite d'une modification de la législation sur les retraites, l'Administration a l'obligation de réviser les actes précédents²²¹⁹.

²²¹² Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif général*, op.cit. p. 427.

²²¹³ Le recours contre les actes administratifs individuels est enfermé dans un délai d'un an par l'article 55 du Code. CE, 7 mai 2014, n° 355961 *Ministre du Budget*.

²²¹⁴ Selon l'article L. 242-3 CRPA. Voir CE 9 janvier 1953, n° 7562, *Desfour*. Voir également CE, 9 avril 1999, n° 146126, *Saunier*. CE, 29 octobre 2003, n° 241235, *Mme Meyer*.

²²¹⁵ CE, 13 juillet 2016, n° 387763, *M. Czabaj*. Ici, le Conseil d'État juge irrecevable la contestation du requérant qui intervenait plus de 20 ans après la notification de son titre de pension. « 5. Considérant toutefois que le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance ».

²²¹⁶ Konstantinos KREMALIS, *Droit de la sécurité sociale*, Ant. N. Sakkoulas, 1985, p. 294 ; Georges KATROUGALOS, « Droits sociaux fondamentaux et rapports du droit public », *EDDD*, n° 4, 1997, p. 490 (en grec).

²²¹⁷ Epameinondas SPILIOPOULOS, *Droit administratif hellénique*, op. cit. p. 122, 123, p. 72. L'auteur ne distingue pas les actes constitutifs entendus comme les actes individuels par lesquels l'expression de la volonté de l'organe administratif crée une norme juridique individuelle des actes de constatation par lesquels celle-ci est seulement constatée.

²²¹⁸ Lire sur ce sujet Polichronia KOUTSOBOI, *Le retrait des actes administratifs de sécurité sociale*, 2015, Université Aristotelio de Thessalonique (en grec).

²²¹⁹ Il s'agit d'une obligation. Voir CdE, n° 1025/1992.

Une exception est, toutefois, établie par rapport aux actes dont la régularité relève *d'une force de chose jugée* et qui peuvent être, dès lors, maintenus²²²⁰.

1352. Par ailleurs, les conditions dans lesquelles la révision des *actes attribuant des retraites* est permise sont énumérées par la loi²²²¹. Il s'agit de l'existence de faux éléments à l'origine de l'acte et de l'émergence de nouveaux éléments à la condition qu'ils aient eu lieu dans un *délaï raisonnable*. Le Conseil d'Etat hellénique interdit la révision des actes attribuant des pensions en dehors des cas prévus par la loi²²²². En ce qui concerne leur éventuelle révision, la haute juridiction administrative établit une exception à la doctrine générale sur le retrait des actes irréguliers²²²³. D'après une jurisprudence constante, le retrait (*ex tunc*) d'un acte administratif pécuniaire est *toujours* exclu et seule son abrogation (*ex nunc*) est permise²²²⁴. Il est question d'une originalité de la jurisprudence administrative hellénique par rapport à la jurisprudence administrative française.

1353. L'interdiction du retrait d'un acte attribuant une retraite se justifie par le fait que c'est une *restitution* de la somme acquise qui est en question. Au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique, l'exigence de l'Administration de sommes versées illégalement est interdite en raison des *conséquences imprévues* que cela peut avoir sur le *niveau matériel de vie* des individus²²²⁵. La seule exception à la jurisprudence est une *fraude* de la part du pensionné qui doit, dans ce cas de figure, rendre les sommes qu'il a perçues²²²⁶. Afin que le retrait des actes attribuant des pensions soit exclu, la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique exige, en plus, que le bénéficiaire n'ait pas eu connaissance des faux éléments²²²⁷.

1354. En ce qui concerne, enfin, la révision à la suite de *la demande du bénéficiaire*, celle-ci est toujours interdite lorsqu'il s'agit d'un droit issu d'un acte administratif régulier. La doctrine hellénique considère qu'une « renonciation » au droit à la retraite viole l'article 3 du Code civil

²²²⁰ CdE, n° 1353/2011, n° 2807/1998. *Contra* : CdE, n° 462/2015, n° 2549/2013.

²²²¹ C'était initialement l'article 1^{er} de la loi n° 861/1979 (JO A/2/ 5-1-1979) qui énonçait des situations pour lesquelles le retrait est permis : seulement dans le cas d'une illégalité qui résulte d'un arrêt juridictionnel, d'une fraude et quoi qu'il en soit dans un délai raisonnable. C'est aujourd'hui la loi n° 4151/2013 (JO A/103/ 29-4-2014) qui reprend ces énoncés.

²²²² Voir CdE n° 1690/1999, n° 3808/2013, n° 3415/2006, n° 3651/2005, n° 354/2004, n° 668/2000, n° 1610, n° 1611/1999.

²²²³ Voir *supra*, p. 512.

²²²⁴ Le Conseil d'Etat hellénique établit une dérogation à la règle du retrait rétroactif des actes administratifs en énonçant que s'agissant des prestations pécuniaire leur *retrait* n'est pas permis. Leur *abrogation* seulement est permise d'après sa jurisprudence CdE, n° 1617, n° 2029/ 74.

²²²⁵ CdE n° 995, 4772, 4879/1998, 3408/1999.

²²²⁶ La preuve de bonne foi est nécessaire. CdE, n° 928/2009, n° 153/2008, n° 1041/2007, n° 525, n° 3459/2006). Dans le cas d'une fraude, cela est permis. CdE, n° 3117/1964.

²²²⁷ CdE, n° 540/2014.

interdisant le respect de la « volonté » de l'individu au détriment de l'*ordre public*²²²⁸. Le même principe est suivi par l'Administration hellénique même dans le cas où le retraité souhaite bénéficier de *dispositions législatives plus favorables* pour sa retraite. Or, dans la mesure où une nouvelle loi plus favorable existe, il y a une modification du fondement de l'acte administratif qui le rend *irrégulier*. De ce point de vue, il serait possible de l'enfermer dans le cadre d'un certain délai, comme c'est le cas en France, mais il ne peut être totalement interdit. Aucune conciliation entre la nécessaire « stabilité » des actes administratifs et le droit à la confiance légitime n'est prévue par le droit administratif hellénique.

Après avoir étudié les conditions dans lesquelles le droit à la retraite est opposable aux modifications effectuées par les organes de l'Administration, il importe d'examiner son opposabilité également vis-à-vis des personnes privées.

B - Le droit acquis à la retraite vis-à-vis des modifications de conventions

1355. Les problèmes généraux liés aux modifications de conventions qui fondent des droits acquis à la retraite deviennent particulièrement clairs dans le cas des *retraites professionnelles* (i). C'est dans cette perspective qu'il convient d'affirmer l'intangibilité des retraites issues de conventions collectives en ce qui concerne précisément la France où elles sont plus répandues (ii).

i - Les problèmes liés à l'étude des retraites professionnelles

1356. Ainsi que nous avons pu précédemment l'exposer²²²⁹, on entend par *retraites professionnelles* celles établies notamment par la directive communautaire 2003/41 ayant comme caractéristique principale le fait d'être financées selon un *système par capitalisation*. Connues également sous le nom de *retraites surcomplémentaires* ou *retraites d'entreprise*, elles sont censées *compléter* les retraites *de base* et *complémentaires* reposant sur un système *par répartition*. L'émergence des *retraites professionnelles* implique une plus grande liberté de l'initiative privée, fait qui entraîne l'application des libertés économiques sans les contraintes du domaine *strictement* public des retraites²²³⁰. L'étude du *principe de confiance légitime* est

²²²⁸ Pour une théorie générale relative à la renonciation aux *droits* selon les principes du droit civil, lire la thèse de Georgios-Alexandros GEORGIADIS, *La renonciation aux droits*, Université Aristotelio de Thessalonique, 2017 (en grec).

²²²⁹ Voir *supra*, p. 334.

²²³⁰ Voir *supra*, p. 351.

associée à la question plus générale de leur *dimension sociale* ; soit des *garanties publiques* qui accompagnent leur organisation.

1357. Le principe de *confiance légitime* garantit en particulier le respect des accords conclus entre les *travailleurs* et leurs *employés* sur l'octroi de la retraite. Une modification unilatérale qui abroge ou limite la retraite est *rétroactive*, car elle met en cause l'accord initial entre les parties contractantes²²³¹. Il s'agit de la garantie principale qui accompagne l'organisation des *retraites professionnelles*, car celles-ci ne relèvent pas de la *substance* du principe de l'Etat social à l'inverse des *retraites publiques au sens strict*²²³². Il s'ensuit que ce n'est pas seulement leur potentielle *restriction* qui est ici en question, mais également leur propre *existence*. Une modification unilatérale de la convention collective ou du contrat du travail qui fonde les retraites, un licenciement, une faillite de l'entreprise risquent ainsi d'aboutir à l'*abrogation* du droit à la retraite. Cela est, en revanche, strictement interdit pour les retraites publiques, soit les *retraites de base et complémentaires* relevant de la *substance* du droit à la sécurité sociale.

1358. La nouvelle « logique » que les *retraites d'entreprises* impliquent pose notamment la question particulière de la « portabilité » des retraites professionnelles dans le cas de l'insolvabilité de l'employeur. Il est question ici de la possibilité pour les employés de maintenir leurs droits à la retraite dans le cas d'une *rupture* de leur *contrat du travail*²²³³. Le droit de l'Union a réglé assez tôt le problème en raison notamment de son importance au regard de la *libre circulation des travailleurs*. En vertu des directives relatives au sujet²²³⁴, le travailleur acquiert le droit de transférer individuellement les droits qu'il détient vers un autre contrat de travail.

1359. Même si les *droits acquis* sont ainsi garantis par le droit de l'Union à l'encontre de l'insolvabilité de l'employeur, leur protection est de fait contestable. Cela est devenu manifeste

²²³¹ Voir *supra*, p. 513 et s.

²²³² C'est-à-dire les retraites de base et complémentaires. Voir *supra*, p. 397.

²²³³ Stéphane LARDY, Elisabeth GRAUJEMAN, « Faut-il croire à la portabilité des droits ? », *Rev. trav.*, n° 6, 2009, p. 352.

²²³⁴ Il s'agit de l'article 3, al.1 de la directive n° 77/187 du 14 février 1977 (JO 091 07/04/1999, p. 0010-0028) selon lequel « Les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert au sens de l'article 1er paragraphe 1 sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire ». Voir aussi la directive n° 2001/3 du 12 mars 2001 (JO L 82, 22/3/2001, p. 16-20) sur les transferts d'entreprises qui impose aux États membres d'adopter « les mesures nécessaires pour protéger les intérêts des travailleurs, ainsi que des personnes qui ont déjà quitté l'établissement du cédant au moment du transfert, en ce qui concerne leurs droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de vieillesse, y compris les prestations de survivants » au titre de régimes complémentaires. Voir également la directive n° 80/987 du 20 octobre 1980 (n° L 283 du 20/10/1980 p. 0023-0027) et la directive n° 98/49/CE du 29 juin 1998 (JO L 209, 25/7/1998, p. 46) relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés à l'intérieur de la Communauté. Aujourd'hui, c'est la directive n° 2014/50/UE du 30 avril 2014 (JO L 128, 30.4.2014, p. 1-7) qui encadre les droits acquis des travailleurs.

avec l'arrêt de la Cour de Justice *Carol Marilyn Robins* en 2007²²³⁵ validant la perte de *droits acquis* dans le cadre professionnel à la suite de la défaillance de l'employeur²²³⁶. Il en résulte qu'il n'y a pas pour le moment de sécurité des *pensions acquises* dans le cadre professionnel même dans un Etat comme le Royaume-Uni ayant une longue tradition de tels régimes professionnels²²³⁷.

1360. Par ailleurs, la protection des droits acquis issue du droit de l'Union est partielle dans la mesure où elle concerne exclusivement les *contrats du travail* et non les *conventions collectives*²²³⁸. Or, un changement d'employeur peut signifier pour les employés l'application d'une nouvelle convention collective potentiellement moins favorable quant à leur droit à la retraite. Il s'avère que la réglementation des régimes professionnels de retraite par le droit de l'Union pose question, notamment quant au fait d'être un fondement pertinent des *droits acquis* des travailleurs contractants. Une question très cruciale, surtout dans le contexte généralisé de crise financière, est celle du risque qui peut être facilement reporté des employeurs sur les travailleurs²²³⁹.

1361. C'est suivant cette perspective qu'il convient d'examiner la concrétisation du *principe de confiance légitime* dans la législation nationale des Etats membres. A cet égard, il convient de

²²³⁵ CJCE, 25 janvier 2007, C-278/05, *Carol Marilyn Robins contre Secretary of state for work and pensions*. En l'occurrence, deux demandeurs faisaient état de pertes évaluées respectivement à 80% et 51% des prestations auxquelles ils pouvaient prétendre. Ces pertes résultent de la liquidation de leur entreprise et des régimes de retraite constitués sous forme de fiducies indépendantes de l'employeur, régimes qui garantissaient des prestations définies calculées sur le dernier salaire et la durée d'emploi de chaque affilié dans l'entreprise. Les salariés lésés ont invoqué le droit communautaire à l'encontre de l'Etat britannique accusé de ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour sauvegarder les droits à pension acquis dans un cadre professionnel. Les retraités ont agi en responsabilité contre l'Etat du Royaume-Uni pour transposition incorrecte de la directive 80/987/CEE.

²²³⁶ L'article 8 de la directive 80/987, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, doit être interprété en ce sens que, en cas d'insolvabilité de l'employeur et d'insuffisance de ressources de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels, le financement des droits acquis à des prestations de vieillesse ne doit pas obligatoirement être assuré par les États membres eux-mêmes ni être intégral. Voir les considérants n° 35-36, 45-46 de l'arrêt.

²²³⁷ Fabienne MULLER, « Quelle sécurité pour l'épargne retraite professionnelle ? », *RDSS*, n° 1, 2008, p. 15.

²²³⁸ En d'autres termes, les droits découlant des régimes professionnels des retraites ne sont pas en principe transmis au cessionnaire. L'article 3, al. 2 de la directive n° 77/187 énonce que « 2. Après le transfert au sens de l'article 1^{er} paragraphe 1, le cessionnaire maintient les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant, jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective ». La directive n° 2016/2341 (L 354/37 du 14 décembre 2016, p. 37-85), à l'instar de la directive n° 2003/41, considère « une séparation claire entre cette entreprise d'affiliation et l'IRP et de fixer des normes prudentielles minimales pour assurer la protection des affiliés » afin de protéger les travailleurs en cas de faillite d'une entreprise d'affiliation.

²²³⁹ L'article 8 de la directive n° 80/987, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, doit être interprété en ce sens que, en cas d'insolvabilité de l'employeur et d'insuffisance de ressources de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels, le financement des droits acquis à des prestations de vieillesse ne doit pas obligatoirement être assuré par les États membres eux-mêmes ni être intégral. Voir les considérants n° 35-36, 45-46 de l'arrêt.

se focaliser exclusivement sur la France où la législation concrétise les retraites professionnelles même au-delà du droit de l'Union²²⁴⁰, alors que la législation hellénique se limite à transposer le dernier²²⁴¹. Par ailleurs, la question générale des garanties issues des conventions collectives en matière de retraites présente un intérêt limité en Grèce où seules les *retraites d'entreprise* peuvent avoir comme source des conventions collectives²²⁴². En revanche, en France, l'examen des retraites professionnelles se rapproche de celui des *retraites complémentaires*, car elles peuvent également être fondées sur des conventions collectives²²⁴³.

ii - La garantie de l'intangibilité des retraites issues de conventions, le cas français

1362. L'étude de la législation française et de la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière de *retraites professionnelles* témoigne d'un « effort » de la part des organes étatiques français de dépasser les problèmes du droit de l'Union en la matière. Elle présente, toutefois, des difficultés dans la mesure où elle touche au sujet complexe des *droits acquis issus des contrats*.

1363. S'agissant des *retraites d'entreprises*, la garantie de droits acquis diffère en France selon le type spécifique du régime : un régime à *prestations définies* ou à *cotisations définies*. Dans le premier cas, les droits à *retraite supplémentaire* ne sont pas automatiquement acquis sur le fondement de la convention collective²²⁴⁴. Seulement dans le second cas, l'adhérent acquiert *progressivement* des droits sur le fondement du contrat ou de la convention collective²²⁴⁵ d'une manière qui garantit ses *droits acquis*²²⁴⁶. Il s'ensuit que le droit à la retraite issu d'un tel régime

²²⁴⁰ Les textes de la transposition de la directive n° 2003/141 sont l'arrêté du 27 juin 2006 relatif aux retraites professionnelles supplémentaires (JORF du 7 juillet 2006 p. 10164), le décret n° 2006-740 du 27 juin 2006 relatif aux retraites professionnelles supplémentaires (JORF du 29 juin 2006 p. 9727), le décret n° 2007-67 du 18 janvier 2007 relatif aux personnes morales administrant les institutions de retraite professionnelle collective (JORF du 20 janvier 2007 p. 1203).

²²⁴¹ Il s'agit des textes transposant la directive n° 2003/141, soit notamment la loi n° 3092/2002 et n° 4052/2012 qui la complète.

²²⁴² Voir *supra*, p. 333.

²²⁴³ Philippe LANGLOIS, « La négociation collective d'un régime de retraite par répartition », *Droit social*, n° 12, 1997, p. 1023

²²⁴⁴ Selon l'article 39 du Code général des impôts le salarié se voit promettre un pourcentage de son dernier salaire, variable selon ses années d'ancienneté, dont seront déduites les pensions qu'il perçoit par ailleurs au titre du régime légal ou des régimes complémentaires obligatoires.

²²⁴⁵ Il s'agit des articles 82 et 83 du Code général des impôts. Ici, les salariés acquièrent sur les capitaux que gère l'assureur des droits qui sont individualisés et inscrits à leur compte lors du paiement de chaque cotisation. Il y a épargne préalable et une longue période d'assurance et de cotisation est donc indispensable. Mais le départ anticipé du salarié de l'entreprise n'entraîne pas la perte de ces droits acquis qui lui seront restitués sous forme de rente viagère lors de son départ à la retraite.

²²⁴⁶ La raison est que s'agissant des retraites de l'article 39 précité, les droits ne sont acquis qu'à la fin de la carrière de l'employé. Ils ne peuvent ainsi être protégés par la loi, soit l'article L. 913-2 du Code de la sécurité sociale : « Aucune disposition entraînant la perte des droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de retraite, y compris à la réversion, des salariés ou anciens salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ou de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre employeur, résultant d'une cession

ne pourra être *supprimé ou limité* par le biais d'un accord postérieur. Ce sont les *régimes à prestations définies* qui méritent, dès lors, toute notre attention.

1364. L'intangibilité des retraites est garantie pour les régimes à *prestations définies* à partir du moment de la *liquidation* de la pension. Jusqu'au moment de la liquidation, ce type de retraites professionnelles en question est exposé au risque d'*abrogation* et de *limitation* du droit à la retraite. La Cour de Cassation, à l'occasion de son arrêt *Naphtachimie II* du 17 mai 2005, a ainsi énoncé l'*intangibilité* du droit des salariés « au maintien du niveau de pension atteint au jour de la dénonciation de l'accord collectif »²²⁴⁷. L'arrêt est venu confirmer une jurisprudence constante selon laquelle les *régimes à prestations définies* ne confèrent que des *droits acquis* dans un sens très *restreint*.

1365. Le principal type de retraites professionnelles à *prestations définies* est celui des « retraites chapeau »²²⁴⁸ qui paraît ainsi être une sorte de « promesse ». Le montant de la retraite est déterminé mais lié à la condition stricte de la présence du salarié dans l'entreprise jusqu'à la cessation de toute activité professionnelle²²⁴⁹. Les prestations peuvent être redéfinies de manière unilatérale et rétroactive à tout moment tant que l'individu n'a pas liquidé²²⁵⁰. Il s'agit ainsi, d'après la doctrine, d'un arrêt qui démontre clairement « l'ampleur » mais aussi les limites de la règle de l'intangibilité en ce qui concerne les *retraites professionnelles*²²⁵¹.

1366. Si la concrétisation faite des *droits acquis* paraît problématique à certains auteurs²²⁵², il ne s'agit pourtant pas d'une solution jurisprudentielle nouvelle en matière de retraites issues des conventions collectives. Par ailleurs, la *règle de l'intangibilité* est conçue en tant qu'interdiction d'une restriction rétroactive des montants *déjà liquidés* également en ce qui concerne les *retraites complémentaires* issues des conventions collectives. Elle est consacrée

conventionnelle ou d'une fusion, ne peut être insérée à peine de nullité dans les conventions, accords ou décisions unilatérales mentionnés à l'article L. 911-1 ».

²²⁴⁷ Cour de Cassation, 17 mai 2005, n° 02-46581, *Naphtachimie*. En l'état de la dénonciation d'un accord collectif relatif à un régime de retraite supplémentaire à prestations définies, les salariés mis à la retraite avant la dénonciation de l'accord collectif ont droit au maintien du niveau de la pension atteint au jour de la dénonciation ainsi qu'au maintien des modalités de revalorisation initiales jusqu'à la date de l'accord de substitution, mais au-delà de cette date, ils ne peuvent se prévaloir des modalités de revalorisation résultant de l'accord collectif dénoncé, qui constituent un avantage collectif et non un avantage individuel.

²²⁴⁸ La « retraite chapeau » désigne un système entre deux régimes de retraite à prestations définies connu en tant que *régime différentiel* qui se distingue du *régime additif*.

²²⁴⁹ Philippe MARTIN, « Portabilité des retraites professionnelles et mobilité salariale », in Sylvie HENNION MOREAU, Otto KAUFMAN, *Les retraites professionnelles d'entreprise en Europe*, Bruylant, p.133-159, 2007.

²²⁵⁰ Cour de Cassation, chambre sociale, 28 mai 2002, n° 00-12918.

²²⁵¹ Patrick MORVAN, « Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration », *Droit social*, n° 3, 2006, p. 279.

²²⁵² Yves SAINT-JOURS, « Retraite conventionnelle : la dévalorisation des pensions par accords de substitution », *Revue Dalloz*, n° 17, 2006 p. 1154. Patrick MORVAN, « Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration », *Droit social*, 2006, p. 279.

comme telle par la loi²²⁵³ et affirmée par la jurisprudence de la Cour de Cassation²²⁵⁴. A l'occasion de l'arrêt de principe *AGIRC* de 1999, la Cour de Cassation a concrétisé l'intangibilité des *retraites complémentaires obligatoires* d'une manière excluant ceux qui n'avaient pas *liquidé* leur droit à la retraite²²⁵⁵. Il s'agissait, d'après la doctrine française, d'une concrétisation restrictive des *droits acquis* en matière de retraites complémentaires²²⁵⁶.

1367. Si la critique de la doctrine paraît *a priori* justifiée, il convient toutefois de la relativiser. D'une part, dans l'arrêt précité de la Cour de Cassation, la convention collective avait été modifiée par le *législateur*. Bien qu'il s'agisse d'une intervention unilatérale sur des conventions collectives critiquable sur le fondement du principe de « pérennité contractuelle »²²⁵⁷, la *loi* est une norme supérieure au *contrat*. De ce point de vue, une certaine marge pour régler les *droits non liquidés* peut être reconnue au législateur à la condition qu'il agisse au nom de l'*intérêt général*.

1368. En revanche, le contrôle doit être plus strict lorsqu'il s'agit de modifications unilatérales de la part des *employeurs* qui vont à l'encontre de leurs salariés. Dans ce dernier cas, la *suppression* et la *restriction* des pensions doivent être interdites pour toutes les retraites *même non liquidées* qui trouvent leur source dans des accords entre employeurs et salariés ; cela d'autant plus lorsqu'il s'agit de *retraites supplémentaires* qui, contrairement aux *retraites complémentaires*, ne disposent souvent d'aucune autre garantie contre leur éventuelle

²²⁵³ Il s'agit de l'article R. 351-10 du Code de la Sécurité sociale : « La pension ou la rente liquidée dans les conditions prévues aux articles R. 351-1 et R. 351-9 n'est pas susceptible d'être révisée pour tenir compte des versements afférents à une période postérieure à la date à laquelle a été arrêté le compte de l'assuré pour l'ouverture de ses droits à l'assurance vieillesse dans les conditions définies à l'article R. 351-1 ».

²²⁵⁴ Cour de Cassation, 8 novembre 1990, 82-16.560, *Beaudier contre ENIM et autres*. Cour de cassation, chambre sociale, 31 octobre 2000, n° 99-11258. Selon ce dernier arrêt, même au motif d'une erreur de calcul invoquée par l'organisme de la sécurité sociale, les parties signataires ne peuvent pas modifier les bases de calcul de la pension. Voir toutefois Cour de Cassation, chambre sociale, 12 février 2015, n° 14-10.609. « Mais attendu que, d'une part, le principe de l'intangibilité des pensions, qui se rapporte aux modalités de liquidation et d'attribution des pensions de retraite, d'autre part, le principe de non-rétroactivité des lois n'affectent pas le principe de la libre circulation des travailleurs énoncé à l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » pour des difficultés résultant de la mobilité des travailleurs dans l'Union européenne.

²²⁵⁵ Cour de Cassation, chambre sociale, 23 novembre 1999, n° 97-20249. Par accord du 9 février 1994, les partenaires sociaux avaient décidé d'équilibrer les comptes déficitaires du régime de retraite complémentaire des cadres, l'Agirc. Pour cela, deux types de mesures avaient été prévues. Tout d'abord une augmentation des cotisations à la charge des salariés actifs et des entreprises, ce qui n'avait rien de novateur. Ensuite une baisse des prestations des retraités par la réduction des majorations octroyées par le régime aux cadres retraités ayant plus de trois enfants, ce qui n'avait jamais été fait. Ainsi, pour la première fois depuis 1947, date de création de ce régime, les partenaires sociaux prenaient des mesures qui aboutissaient à la réduction immédiate des pensions déjà liquidées.

²²⁵⁶ Renan FREDERICH, *La sécurité juridique : confrontation entre théorie générale du droit et droit social*, Tome II, 2008, SI, p. 359. Lire aussi Elie ALFANDARI, « Des associations de retraités peuvent agir contre des syndicats pour faire respecter leurs droits acquis », *RDSS*, n° 3, 2002, p. 551. Philippe LAIGRE, « La révision des accords collectifs de retraite », *Droit social*, n° 12, 1996, p. 1077.

²²⁵⁷ Voir *supra*, p. 513 et s.

limitation. Ces dernières étant des *prestations inabrogeables* au regard du principe de l'Etat social, leur restriction excessive heurterait la *garantie de la substance* du droit à la sécurité sociale²²⁵⁸. Il devient alors évident que les législations française et hellénique sur les retraites professionnelles à *prestations définies* comportent des marges d'amélioration en considération du *principe de confiance légitime*.

Conclusion du § 2 :

1369. La garantie de l'intangibilité des retraites vis-à-vis des normes infra-législatives implique l'étude des droits opposables, d'une part, à l'Administration et, d'autre part, aux personnes privées signataires des *contrats de travail* ou des *conventions collectives*. Dans le premier cas, tant en France qu'en Grèce, les destinataires d'une *décision administrative* attribuant une pension disposent à l'encontre de l'Administration d'un droit intangible. Cela signifie que la restriction de la pension est seulement permise dans le cas d'une *irrégularité* de l'acte administratif qui l'attribue pour une période limitée de temps.

1370. En ce qui concerne l'intangibilité des retraites issues des contrats, les *retraites professionnelles* sont au cœur du sujet. Le droit hellénique qui se limite à transposer le droit de l'Union en la matière ne garantit pas suffisamment les droits acquis des travailleurs contractants. En France, au contraire, celles-ci étant plus répandues, le législateur garantit *l'intangibilité des retraites professionnelles* à l'instar des retraites complémentaires fondées sur des conventions collectives. Or, dans la mesure où les retraites professionnelles - contrairement aux dernières - sont dépourvues de la *garantie de substance*, elles risquent d'être supprimées ou excessivement limitées avant leur liquidation. Il est possible d'identifier ici un problème juridique relatif aux retraites dépourvues de garanties publiques, comme le cas particulier des *régimes professionnels à prestations définies* le démontre.

Conclusion de la 2^e section :

1371. L'objectif de l'étude entreprise dans la deuxième section était d'appliquer la *limite temporelle* à la restriction du droit à la retraite et compléter ainsi sa protection substantielle issue du droit constitutionnel à la sécurité sociale. La principale piste de réflexion nous a conduit à analyser si les travailleurs disposaient de *droits acquis* à la retraite *intangibles* face à toute modification restrictive de la part des différents organes étatiques.

²²⁵⁸ Voir *supra*, p. 397.

1372. On a pu constater que la garantie de l'intangibilité des retraites s'affirmait progressivement vis-à-vis des *normes législatives* dans les deux Etats. Les juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité des normes contrôlent l'*obligation relative* qui repose sur le législateur de ne pas limiter rétroactivement les pensions qui sont considérées comme *acquises* à partir d'un moment différent en France (liquidation) et en Grèce (demande auprès de l'Administration). S'agissant, par ailleurs, de la même garantie vis-à-vis des *normes infra-législatives*, on a noté que l'intangibilité des pensions était *opposable* aux limitations faites par l'Administration et les personnes privées contractantes. Il s'agit, d'une part, de l'interdiction pour l'Administration de mettre en cause des *actes créateurs de droits* et, d'autre part, du droit des travailleurs de ne pas être destinataires de modifications unilatérales défavorables de la part de leurs employeurs, notamment après la liquidation de leur retraite.

Conclusion du 2^e chapitre :

1373. Afin de déterminer si des obligations reposent sur les organes étatiques quant à la restriction des normes sociales dans le temps, il convient de se demander si une *limite temporelle* règle d'une manière générale la restriction des normes. Tel est le cas de l'interdiction relative faite aux organes étatiques de supprimer ou limiter des *bénéfices acquis* dans le passé. Dans ce cas de figure, l'intervention est *rétroactive* et, dès lors, contrôlée au regard du *principe de confiance légitime* par le biais du principe de proportionnalité. La *limite temporelle* régit l'action tant du législateur, que de l'Administration et des juges notamment administratifs. Le principe de confiance légitime est conçu *au sens strict*, car il porte seulement sur les lois rétroactives et non celles qui relèvent d'une « fausse rétroactivité ». La position selon laquelle une obligation de respecter la confiance existe, sans qu'un bénéfice soit précédemment acquis est ici écartée.

1374. Toutes les normes restrictives et rétroactives tombent sous l'interdiction relative de ne pas violer le principe de confiance légitime, y compris les normes sociales. La *limite temporelle* peut être contrôlée *parallèlement* à celle du respect de la *substance* des *droits sociaux fondamentaux*, sans toutefois s'y substituer. L'importance du principe de confiance légitime devient manifeste au regard des réformes restrictives et continues des *retraites* votées notamment par le législateur grec. Sur le fondement d'une telle limite temporelle relative, les *retraités* ne peuvent *a priori* voir le montant de leur retraite diminuer, même dans le cas où la restriction ne porterait pas atteinte à la *substance* du droit à la sécurité sociale. De plus, le droit à la retraite est *intangibile* au regard des normes restrictives infra-législatives, à la condition que la loi ne soit pas elle-même modifiée.

Conclusion du 2^e titre :

1375. L'étude de la *substance* du principe de l'Etat social exige de déterminer aussi quels sont les éléments qui ne relèvent pas de celle-ci ; c'est-à-dire les garanties qui limitent la restriction des prestations matérielles parallèlement à celle de la *substance*. A travers une telle distinction, il est possible de séparer la question du *degré possible* de celle du *temps permis* de la restriction.

1376. En ce qui concerne la question du degré permis de la restriction, le respect des *droits sociaux fondamentaux* interdit toujours la *privation* de droits sociaux *forts* (enseignement, santé, sécurité sociale) à leurs bénéficiaires. Elle interdit aussi celle de droits sociaux *faibles* (logement, emploi, aide sociale) lorsque leurs bénéficiaires sont exposés à des conditions de précarité extrême. Même si la simple *restriction* de prestations matérielles est contrôlée *a priori* par le biais du *principe de proportionnalité*, celui-ci ne peut aboutir à la *privation* d'un bénéficiaire de son droit. Au-delà de l'*abrogation* d'un droit dérivé, leur *aménagement restrictif* est également limité par l'interdiction de porter atteinte à la *substance* des droits sociaux fondamentaux.

1377. On différencie, dès lors, une limite absolue (*substance*) et une limite relative (*principe de proportionnalité*) à la restriction des droits sociaux fondamentaux, sans que la seconde puisse se substituer à la première. A la limite de la *substance* des droits sociaux fondamentaux s'ajoute une *limite temporelle* à la restriction des prestations matérielles fondée sur le *principe de confiance légitime*. Toutes les prestations matérielles *acquises* sur le fondement d'une loi sont protégées à l'encontre de restrictions rétroactives du législateur. Il s'agit d'une *limite relative* qui ne peut non plus se substituer au contrôle de la restriction au regard de la *substance* ; elle ne peut que jouer un rôle complémentaire de celui-ci.

1378. Le droit à la retraite illustre bien l'application des différentes *limites* systématisées ci-dessus. La limitation du montant du *droit à la retraite* est contrôlée par le biais du principe de proportionnalité, mais à la condition qu'elle n'aboutisse pas à son *abrogation*. Tel est pourtant le cas lorsque le législateur limite les pensions de telle sorte qu'elles deviennent des *prestations d'aide sociale*. Afin que la *substance* du droit à la sécurité sociale soit respectée, le caractère contributif de la prestation ne peut être méconnu. Une restriction des pensions ne peut donc priver les travailleurs du droit de jouir d'un niveau matériel égal à celui de leur *vie professionnelle active*.

1379. D'autre part, indépendamment du *degré exact* de la restriction, aucune limitation du droit à la retraite ne doit être permise pour les *retraites acquises* sur le fondement d'une loi antérieure. *Rétroactive*, cette dernière porterait atteinte au *principe de confiance légitime*, même lorsque la substance du droit à la sécurité sociale n'est pas atteinte. Il s'agit d'une *obligation relative* pour le législateur qui contraint toutefois d'une manière plus déterminée les organes produisant des normes *infra-législatives* et *rétroactives*. Ainsi, il est admis tant en France qu'en Grèce que ni les décisions administratives, ni les modifications des contrats de travail peuvent porter atteinte aux droits acquis à la retraite.

Conclusion de la 2^e partie :

1380. La seconde partie de la thèse a mis en exergue les limites minimales ou *contre-limites* à l'abrogation du principe de l'Etat social. On a ainsi pu distinguer des contre-limites à son *abrogation totale* (relevant de la *structure* de l'Etat social) et des contre-limites à son *abrogation partielle* (relevant de la *substance* du principe de l'Etat social). Dans le premier cas, il s'agissait d'identifier quelles sont les *prestations matérielles inabrogeables*, c'est-à-dire les prestations pour lesquelles l'abandon d'une *fourniture étatique* neutraliserait le principe de l'Etat social. Dans le second, il a été question de préciser jusqu'à quel degré la jouissance de prestations pouvait être limitée. Plus précisément, il s'agissait d'identifier dans un premier temps les prestations dont l'absence de caractère public rendrait le principe de l'Etat social sans *objet*, avant de nous interroger sur les restrictions qui méconnaîtraient l'*essence* du principe.

1381. Dans les deux situations, l'étude des *contre-limites* au principe de l'Etat social relève exclusivement des *normes constitutionnelles*, sachant que les limites posées par les *normes conventionnelles* à l'abrogation des prestations matérielles n'ont pas toujours le même sens que les premières. Les deux types de normes entrent parfois en conflit comme c'est le cas, par exemple, du principe communautaire de la concurrence et de la garantie constitutionnelle des services publics sociaux. Il importe alors de recourir aux fondements constitutionnels du principe de l'Etat social ; soit les droits sociaux fondamentaux et le concept d'*objectif-fondement*. Chacun de ces fondements joue un rôle différent quant à la détermination de *contre-limites* au principe de l'Etat social.

1382. En premier lieu, l'interprétation historique de l'*objectif-fondement* permet de déterminer quels sont les services publics constitutionnels dont la suppression par le législateur est interdite. Il s'avère que, la grande partie de *services publics sociaux* existaient déjà au moment de la qualification de l'Etat de « social » par les constituants français et grecs et sont ainsi

protégés d'une *suppression* mais aussi d'une privatisation ou libéralisation. En réalité, seuls les régimes professionnels des retraites et la plupart des dispositifs d'aide sociale ne relèvent pas de la *substance* du principe de l'Etat social. Les derniers sont maintenus à la condition qu'ils soient *subsidiaries* à la sécurité sociale et qu'ils ne se substituent pas à la dernière.

1383. Certaines des prestations matérielles *inabrogeables* de l'Etat social sont obligatoirement *universelles* et *gratuites*, caractéristiques essentielles qui doivent également être maintenues par le législateur. En matière d'*universalité* des prestations, l'enseignement, la santé et la sécurité sociale ne peuvent jamais être conditionnées aux *ressources*. En matière de *gratuité* des prestations, les individus peuvent contribuer au financement de l'enseignement universitaire et de la sécurité sociale complémentaire, à la condition que ces prestations ne perdent pas leur caractère public.

1384. En second lieu, le recours aux *droits sociaux fondamentaux* ne permet pas d'identifier les *prestations matérielles constitutives* de l'Etat social mais interdit une *restriction excessive* de celles-ci. Les droits sociaux fondamentaux préviennent toute restriction qui porterait atteinte à la *substance* du principe de l'Etat social. C'est la détermination antérieure de la *structure* de l'Etat social qui rend possible l'analyse de sa *substance*. En effet, si le législateur est tenu de respecter l'*universalité* des prestations matérielles, il sera obligé de ne pas *priver* l'ensemble des individus de la jouissance de certaines prestations. Les droits sociaux fondamentaux interdisent, dès lors, l'*abrogation* des droits sociaux *forts* (enseignement, santé, sécurité sociale) en faveur de tous, ainsi que des droits sociaux *faibles* (aide sociale, logement, emploi) en faveur de ceux qui sont en situation de précarité.

1385. La simple *restriction* des droits sociaux fondamentaux est contrôlée *a priori* à travers le principe de proportionnalité, sauf dans les cas particuliers où elle *excessive* au point d'*abroger* le droit. Tel est le cas, par exemple, du *droit à la retraite* lorsque le montant de la pension est tel que l'on peut l'assimiler à une *allocation d'aide sociale*. Les droits sociaux fondamentaux ne limitent en rien le *temps permis* de la restriction ; mais seulement son *degré*. C'est au regard du *principe de confiance légitime* que l'on peut relever une *obligation relative* des normes législatives qui mettent en cause des *droits sociaux acquis* dans le passé.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1386. L'étude portant sur le *principe de l'Etat social* en France et en Grèce a visé à prendre des distances avec l'approche classiquement retenue sur le sujet qui se focalise exclusivement sur les *droits sociaux* présentés comme *inefficaces* ; c'est-à-dire fondant des obligations positives pour le législateur qui ne peuvent être contrôlées. La position classique défend, en outre, l'existence d'un certain *acquis social* ; une garantie appréhendée notamment à travers un contrôle de proportionnalité des mesures tendant à la restriction des droits sociaux. Il s'agit d'une interprétation du principe de l'Etat social qui tend à le renforcer à travers le recours à d'autres principes tels que l'égalité, la dignité de la personne humaine et même la confiance légitime. Pour sa part, le principe de l'Etat social reste un principe *faible et indéterminé*.

1387. Afin de repenser le principe sous un nouvel angle, la présente analyse s'appuie sur le *normativisme*. Ce faisant, elle écarte la position selon laquelle certaines normes sont plus « faibles » que d'autres. L'étude s'est strictement intéressée à la *consécration valide* du principe de l'Etat social à un rang supra-législatif et aux conséquences juridiques qui en résultent. De ce point de vue, le principe de l'Etat social a été redéfini comme le principe garantissant la *liberté matérielle* des individus. Cette dernière se réfère, dans le cadre de notre recherche, à la jouissance de prestations déterminées ; relatives précisément à l'enseignement, à la santé, à la sécurité sociale, à l'aide sociale, au logement et à l'emploi.

1388. L'étude a pris comme point de départ la position selon laquelle afin que les individus jouissent d'une *liberté matérielle*, les organes de l'Etat doivent *préalablement* l'assurer. Le principe de l'Etat social est alors défini non seulement sur la base des *droits sociaux constitutionnels*, mais également sur celle des *objectifs-fondements*. Les premiers règlent la conduite des éventuels bénéficiaires des prestations, alors que les seconds concernent les actions des organes prestataires. Si la fourniture est assurée par l'Administration (*structure*), les individus pourront accéder aux prestations conformément au principe de l'Etat social (*substance*). La France et la Grèce consacrent les *deux fondements spécifiques* du principe de l'Etat social et répondent ainsi à la définition de l'Etat social retenue. Il n'y a dès lors pas lieu d'évoquer, s'agissant des deux ordres juridiques étudiés, un principe social *faible* mais un principe dont le respect par le législateur est *obligatoire*.

1389. Une autre question qui se pose est celle de savoir quelles sont exactement les *obligations législatives* relevant du principe de l'Etat social. La question des contraintes qui pèsent sur le législateur est abordée suivant le raisonnement suivant : comme le principe de l'Etat social, avant tout, *habilite* le législateur à améliorer (*concrétisation positive*) ou à réduire (*concrétisation négative*) la liberté matérielle des individus, la question cruciale porte sur les *limites* de sa compétence à agir ainsi. Sont ainsi entendues les *solutions admissibles des interdictions* susceptibles d'être prononcées par *l'interprète authentique* du principe de l'Etat social relativement à l'exercice de la part du législateur de sa compétence de concrétisation. En s'appuyant sur le concept de *limites* posées à l'habilitation du législateur, il est possible de mettre en évidence *deux cas distincts* qui ont été respectivement traités dans chacune des deux parties de l'étude.

1390. *Dans le cadre de la première partie*, on a pu relever, d'une part, qu'en cas de *concrétisation positive* du principe de l'Etat social, le juge n'a pas la compétence d'interdire une amélioration de la législation sociale sur ce fondement. Il n'est en effet pas habilité à intervenir sur la manière dont le législateur exerce sa compétence positive dans la mesure où ce dernier ne viole aucune disposition constitutionnelle (*réserve de la loi*). Il n'existe donc pas, du point de vue de notre étude, d'*obligations positives* reposant sur le législateur mais seulement une *habilitation positive* à concrétiser le principe de l'Etat social sans violer des *obligations négatives*. Ainsi, le seul fait qu'aucune garantie n'accompagne la concrétisation positive (*absence de limites maximales*) devient la cause selon laquelle la *compétence* peut même ne pas être exercée. L'impossibilité de contrôler l'omission du législateur est alors conçue comme une *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social. La conceptualisation de cette limite répond à la question de savoir « jusqu'à quel point » la liberté matérielle des individus peut être améliorée. Son étude révèle que le *maximum* de liberté matérielle dont les individus peuvent bénéficier dépend largement de la *marge* d'action du législateur.

1391. Néanmoins, le principe de l'Etat social ne peut nullement être considéré comme un principe *inefficace*, c'est-à-dire comme un principe privé de concrétisations positives au point de devenir « inutile ». Il suffit pour cela de nuancer l'importance de *l'applicabilité directe* des dispositions constitutionnelles. Du point de vue de notre étude, bien que la question des *obligations positives* du législateur ne se pose pas, il n'en va pas de même quant à l'étendue de la *concrétisation positive* déjà effectuée. La qualification d'Etats « sociaux » s'affirme *concrètement* en France et la Grèce à travers leur législation respective qui accorde des droits sociaux aux individus (*droits sociaux dérivés*) et organise les conditions préalables de leur

octroi à travers des structures objectives publiques (*services publics sociaux*). Il s'ensuit que les fondements du principe de l'Etat social ne sont pas des normes isolées situées à un rang supérieur dans aucun des deux Etats étudiés. Dans la mesure, par ailleurs, où la législation sociale préexistait en réalité à la consécration constitutionnelle du principe de l'Etat social, le sens du principe peut être déterminé par le biais d'une *interprétation historique*. A cet égard, on peut considérer que bien qu'il ne soit pas possible d'obliger le législateur à agir, il est tout à fait possible de lui *interdire* d'agir d'une certaine manière.

1392. Par ailleurs, la systématisation de la *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social nous a permis de mieux différencier les différentes normes qui y concourent simultanément, en particulier les normes sociales *conventionnelles* et les normes sociales *complémentaires* (principes d'égalité et de la dignité de la personne humaine). Dans le premier cas, celui des *normes conventionnelles*, la *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social n'est pas mise en cause, même si la Cour européenne et la Cour de Justice contrôlent en théorie *l'omission* du législateur national en matière sociale. Cela tient, d'une part, à leur rôle *subsidaire* quant à la détermination des mesures nationales de concrétisation positive des normes sociales et, d'autre part, aux fondements contestés de ces dernières affaiblissant leur contrôle.

1393. Dans le second cas, celui des *fondements sociaux complémentaires*, la *réserve de la loi* issue du principe de l'Etat social a pour conséquence en général l'absence d'habilitation des juges à contrôler une carence législative. Leur interprétation se réalise ici d'une manière conforme à leur rôle *complémentaire* ou autrement au fait de ne pas être des *normes constitutives de l'Etat social*. Du point de vue de notre étude, les principes complémentaires ne peuvent pas habiliter les juges à contrôler la carence législative, alors que les *fondements spécifiques* ne le font pas. Cela exigerait une toute autre répartition constitutionnelle des compétences dans laquelle le juge serait l'organe déterminant la politique sociale française et hellénique à la place du législateur.

1394. Dans le cadre de la seconde partie, outre l'étude des *limites intrinsèques* au principe de l'Etat social, il a été question de mettre en exergue ses *contre-limites*. Il s'est agi en l'espèce d'identifier les interdictions admissibles concernant l'exercice de la compétence appartenant au législateur de *réduire* la liberté matérielle des individus. Il est généralement admis qu'il est libre d'intervenir négativement en matière sociale, mais qu'il ne peut pas aller jusqu'au point de *neutraliser* le principe de l'Etat social. L'interdiction de porter atteinte au « noyau dur » du

dernier oblige le législateur à maintenir à tout le moins une partie de la *législation sociale* existante.

1395. La seconde partie a débuté par une présentation du postulat selon lequel l'abrogation de certaines normes sociales équivaut à une *abrogation totale* du principe de l'Etat social (*suppression*), tandis que l'abrogation de certaines autres normes sociales correspond à une *abrogation partielle* du principe de l'Etat social (*restriction*). Sur la base d'un tel critère, on a considéré les premières comme constituant les *contre-limites relevant de la structure* du principe de l'Etat social qui se différencient des normes d'une autre catégorie, soit les *contre-limites relevant de sa substance*. D'après ce schéma, la question de savoir quelles sont les prestations dont la fourniture par l'Etat est nécessaire pour garantir la *liberté matérielle* des individus diffère de celle qui consiste à rechercher le degré permis de la restriction de cette dernière. Seule la première catégorie de contre-limites conditionne la qualification d'un Etat de *social* alors que la seconde porte sur la possibilité de réduire le sens et l'étendue du principe, sans que le maintien de l'*Etat social* soit mis en cause.

1396. En ce qui concerne, premièrement, le respect des *contre-limites relevant de la structure* du principe de l'Etat social, celui-ci implique pour le législateur l'obligation de maintenir la *pérennité des services publics sociaux*. Il est question précisément de l'enseignement scolaire et universitaire, de la sécurité sociale de base et complémentaire, des soins de santé en faveur des assurés et des non assurés, des *minima* vieillesse, de l'aide à la recherche d'un logement et de l'emploi. Plus précisément, il est interdit dans ces cas au législateur de suspendre le financement qui permettra à l'Administration de continuer à assurer *directement* ou *indirectement* les prestations ; une tâche qui *a priori* a lieu à titre *universel* et *gratuit*. Le *lien spécifique* entre les services publics sociaux et l'Administration s'affirme à travers *l'interprétation historique des objectifs-fondements* contenus dans les Constitutions française et hellénique.

1397. Il résulte beaucoup moins des *droits sociaux constitutionnels* puisque l'accès aux prestations des individus *en tant que tel* pourrait être satisfait même dans le cas où l'Administration n'était pas fournisseur mais simplement *régulateur* des services. Telle est aujourd'hui la doctrine émergeant du principe de la *continuité* du service (*service universel*) promue notamment par les organes de l'Union européenne dans le contexte de l'application du principe de concurrence. Cependant, les *objectifs-fondements* du principe de l'Etat social en France et en Grèce interdisent *a priori* la *privatisation* des services publics, tout comme leur

libéralisation. Il ne suffit pas que les organes de l'Administration régulent l'activité des personnes privées prestataires ; il importe en outre qu'ils organisent, *avec leurs propres moyens*, l'accès des individus aux prestations.

1398. Deuxièmement, en ce qui concerne la *substance* du principe de l'Etat social, son respect est garanti lorsque les individus ne sont pas *privés* de leurs droits sociaux dérivés. La position est claire quant aux droits à l'enseignement, à la santé et à la sécurité sociale (droits sociaux « forts ») ; elle peut en revanche faire l'objet de certaines nuances s'agissant des droits à l'aide sociale, au logement et à l'emploi (droits sociaux « faibles »). Dans leur cas, le législateur n'a jamais garanti les prestations pour l'ensemble de la population, ni en France ni en Grèce. Dès leur création, ils étaient des droits limités aux individus *en situation défavorable* ; une condition souvent exprimée par le biais d'un critère des faibles revenus. Par *privation* de droits sociaux « faibles », il convient dès lors d'entendre celle qui conduit les individus vers une *extrême précarité*. Parce qu'elle pourrait engendrer des *souffrances*, la démarche hypothétique violerait sans aucun doute les droits sociaux constitutionnels concernés, mais aussi le *principe de dignité de la personne humaine*.

1399. L'étude de la *substance* des droits sociaux constitutionnels permet, enfin, de tirer des conclusions s'agissant du contrôle des démarches restrictives qui ne lui portent pas une atteinte directe. Au-delà de l'interdiction de *privation* des individus par des prestations, leur *simple restriction* peut être contrôlée par le biais du *principe de proportionnalité*. Il n'est plus ici question d'une *limite absolue* dont la violation relève certainement des *solutions interdites* au législateur. En revanche, on évoque des *obligations relatives* dont le sens exact dépend largement des conditions de chaque litige. Lorsque, par exemple, le législateur procède à une diminution des retraites, la nature pécuniaire de ces dernières rend *a priori* difficile toute limitation « absolue » de leur aménagement restrictif.

1400. Cela ne signifie pas, toutefois, que le *degré*, mais aussi le *temps permis* de l'aménagement restrictif, ne connaissent aucune limite. Le contrôle de proportionnalité devient problématique lorsqu'il se substitue à celui de la substance et qu'il s'applique également dans des cas de *restriction excessive* qui *privent* les individus de leurs droits sociaux. Ainsi, lorsque le montant d'une *retraite* est réduit au point que celle-ci s'assimile à une *allocation d'aide sociale*, il ne s'agit plus d'un aménagement restrictif du droit à la retraite mais d'une *privation* interdite de la substance du droit à la sécurité sociale. Dans le cas, donc, des *limites relatives*, le contrôle du

principe de proportionnalité est indépendant de celui de la substance et il ne peut jamais s'y substituer.

1401. Dès lors, notre étude a voulu déterminer le *maximum* et le *minimum* de l'Etat social possibles tel qu'ils résultent du principe consacré dans les Constitutions française et hellénique. Afin d'y parvenir, d'une part, la *réserve de la loi* a été retenue en tant que *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social et, d'autre part, ont été identifiées les *contre – limites relevant de la structure* (services publics sociaux inabrogeables) et celles relevant de la *substance* (garantie de non-privation des droits sociaux législatifs) du principe. Les législateurs français et grec peuvent *améliorer* la liberté matérielle des individus sans contraintes mais ils ne peuvent *abroger* les services publics sociaux *constitutionnels* ou *priver* les individus de leurs droits sociaux sans porter atteinte aux *contre-limites* du principe.

1402. Ainsi reste ouverte une autre interrogation qui mériterait que l'on s'y attarde ; à savoir dans quelle mesure une révision constitutionnelle du principe pourrait éventuellement permettre une telle abrogation de la législation sociale en France et en Grèce.

BIBLIOGRAPHIE

1. Bibliographie en langue française

A. Ouvrages généraux, manuels

ALLAND Denis, *Manuel de droit international public*, PUF, 2017.

BIOY Xavier, COSTA Jean-Paul, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, L.G.D.J, 2016.

BORGETTO Michel, LAFORE Robert, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, L.G.D.J, 2015.

BRACONNIER Stéphane, *Droit des services publics*, PUF, 2007.

BRAIBANT Guy, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001.

CHAPUS René, *Droit administratif général, Tome I*, Montchrestien, 2000.

CHAUCHARD Jean-Pierre, KERBOUC'H Jean-Yves, WILLMANN Christophe, *Droit de la sécurité sociale*, L.G.D.J, 2015.

CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie, RAMBAUD Patrick, *L'Union européenne*, Dalloz, 2016.

COHENDET Marie-Anne, *Droit constitutionnel : cours, travaux dirigés, conseils de méthode, exercices, sujets d'examen, corrigés*, L.G.D.J., 2015.

DUGUIT Léon, *Traité du droit constitutionnel, Tome II*, E. Bocard, 1928.

DUPEYROUX Jean-Jacques, BORGETTO Michel, LAFORE Robert, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2015.

DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, Dalloz, 2008

DUPUIS René-Jean, *Le droit international*, PUF, 2001.

DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2016.

ECKERT Gabriel, *Droit public des affaires*, L.G.D.J., 2013.

FAVOREU Louis, *La Constitution et son juge*, Economica, 2014.

FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, OLIVA Eric, ROUX André, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2016.

FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, Annabelle PENA, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2015.

FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2018.

FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, L.G.D.J., 2017.

FROMONT Michel, RIEG Alfred, *Introduction au droit allemand, Tome II*, Editions Cujas, 1984

GUGLIELMI J. Gilles, KOUBI Geneviève, LONG Martine, *Droit du service public*, L.G.D.J., 2016.

HAMON Francis, TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., 2017.

KELSEN Hans, *Théorie générale des normes* (traduction par Olivier BEAUD, Fabrice MALKANI), PUF, 1996.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit* (traduction par Charles Eisenmann), L.G.D.J., 1999.

LACHAUME Jean-François, BOITEAU Claudie, PAULIAT Hélène, Clotilde DEFFIGIER, *Droit des services publics*, Lexis Nexis, 2015.

LAUBADERE André de, VENEZIA Jean-Claude, GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif, Tome I, Droit administratif général*, L.G.D.J., 2001.

LASCOMBE Michel, TOULEMONDE Gilles, *Le droit constitutionnel de la Vème République*, L'Harmattan, 2015.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DEVOLVE Pierre, GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2015.

LUCHAIRE François, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987.

LUCHAIRE François, CONAC Gérard, *La Constitution de la République française*, Economica, 1979.

LUCHAIRE François, COGNAC Gérard, PRETOT Xavier, *La Constitution de la République française*, Economica, 2009.

MARTUCCI Francesco, *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2017.

MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PACTET Pierre, *Droit constitutionnel*, Sirey, 2018.

MORANGE Jean, *Les libertés publiques*, PUF, 2007

- MORVAN Patrick, *Droit de la protection sociale*, 2017, LexisNexis.
- PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2016.
- ROCHE Catherine, *L'essentiel du droit international public*, Gualino, 2017 - 2018.
- ROLLAND Louis, *Précis de droit administratif*, Dalloz, 1957.
- ROUSSEAU Dominique, GAHDOUN Pierre-Yves, BONNET Julien, VEDEL Georges, *Droit du contentieux constitutionnel*, L.G.D.J., 2016.
- SALMON Jean, GUILLAUME Gilbert, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001.
- SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution* (traduction par Lilyane Deroche, Olivier Beaud), PUF, 2013
- SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2016.
- SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENOIRE Adeline, GONZALEZ Gérard, MARCHADIER Fabien, MILANO Laure, SURREL Hélène, SZYMCZAK David, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 2017.
- VALETTE Jean-Paul, *Le service public à la française*, Ellipses, 2000.
- VERPEAUX Michel, *Droit constitutionnel français*, PUF, 2015.
- VERPEAUX Michel, MATHIEU Bernard, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2002.
- WALINE Jean, *Droit administratif*, Dalloz, 2016.

B. Ouvrages spécialisés

- AKANDJI-KOMBE Jean-François, *Le Conseil d'Etat et le droit social : actes du colloque*, Montchrestien, Lextenso, 2011.
- ALFANDARI Elie, MONEGER Françoise, PRETOT Xavier, *Immigration et protection sociale*, Sirey, 1990.
- ALFRANDARI Elie, TOURETTE Florence, *Action et aide sociales*, Dalloz, 2011.
- ALLAND Denis, TEITGEN-COLLY Catherine, *Traité du droit d'asile*, PUF, 2004.
- ALSTON Philip, JAMES Heenan, BUSTELO Mara R., *L'Union européenne et les droits de l'Homme*, Bruylant, 2001.
- AUTEXIER Christian, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997

BARBIER Jean-Claude, *La longue marche vers l'Europe sociale*, PUF, 2008.

BARBIER Jean-Claude, THERET Bruno, *Le système français de protection sociale*, La Découverte, 2009.

BOCCON-GIBOD Thomas, CRETOIS Pierre, *Etat social, propriété publique et biens communs*, Le bord de l'eau, 2015.

BORGETTO Michel, LAFORE Robert, *La République Sociale : contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, 2000.

BURGOGNE-LARSEN Laurence, *La dignité saisie par les juges en Europe*, Nemesis Bruylant, 2010.

BURGOGNE-LARSEN Laurence, SUPIOT Alain, *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Cahiers européens, n° 4, Pedone, 2013.

CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (réédition présentée par Eric MAULIN), Dalloz, 2004.

CASSIA Paul, *Dignité(s) : Une notion juridique insaisissable*, Dalloz, 2016.

CASSIN Gabriel, René Cassin, *Les guerres de 1914-1918 et de 1939-1945 et le Combat pour la Dignité humaine*, G. Cassin, 2008.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016.

DE SCHUTTER Olivier, POCHEP Philippe, *Discriminations et marché du travail : Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Presses interuniversitaires européennes P. Lang, 2001.

EDWALD François, *L'État providence*, Bernard Grasset, 1986.

ESPING ANDERSEN Gøsta, MERRIEN François-Xavier, *Les trois-mondes de l'État-providence*, PUF, 2007.

FROMONT Michel, RIEG Alfred, *Introduction au droit allemand, Tome I*, Editions Cujas, 1977

GIRARD Charlotte, HENETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *La dignité de la personne humaine : Recherches sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005.

GRZEGORCZYK Christophe, MICHAUT Françoise, TROPER Michel, *Le positivisme juridique*, L.G.D.J., 1992.

GREWE Constance, BENOIT-ROHMER Florence, *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Presses universitaires de Strasbourg, 2003.

GUERI Gabriel, *Vivre l'Europe sociale*, Dunod, 1994.

GURVITCH Georges, *La Déclaration des droits sociaux*, Dalloz, 2009 (réédition présentée par Carlos Miguel HERRERA).

HERRERA Carlos-Miguel, *Les droits sociaux*, PUF, 2009.

KOVART Robert, SIMON Denys, *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché. Actes du colloque de Strasbourg, 17-19 octobre 1996, Tome 1 : Introduction et approche sectorielle*, La Documentation française, 1998.

LE MASNE Pierre, *Les services publics : Approches économiques et enjeux sociaux*, Presses Universitaires de Rennes, 2007.

MAGNON Xavier, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008.

MARCOU Gérard, MODERNE Frank, *Droit de la régulation. Services publics et intégration régionale*, L'Harmattan, 2005.

MAVRIDIS Prodromos, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne. Etude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Sakkoulas, Bruylant, 2003.

MERRIERN François-Xavier, PARCEHT Raphael, KERNEN Antoine, *L'Etat social une perspective internationale*, Armand Colin, 2005.

MODERNE Franck, *Le droit constitutionnel d'asile dans les Etats de l'Union Européenne*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997.

MULLER Markus, RIVIER Gabrielle, *Proportionnalité, Le Rubik's Cube du droit*, Stämpfli Editions, 2016

OLSON Terry, CASSIA Paul, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, PUF, 2006.

PANTELIS Antoine, *Droit constitutionnel hellénique*, L'Harmattan, 2018.

PECES BARBA-MARTINEZ Gregorio, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, 2004.

PELLET Rémi, SKZRYERBAK Arnaud, *Leçons de droit social et de droit de la santé*, Sirey Dalloz, 2008.

PERELMAN Chaim, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, L.G.D.J., 1984.

POPPER Karl Raimund, VERDAN-MOSER Corine, VERDAN André, *Etat paternaliste ou Etat minimal : remarques théoriques et pratiques sur la gestion de l'Etat démocratique*, Editions de l'Aire, 1997.

POTVIN-SOLIS Laurence, *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, Bruylant, 2010.

PREVEDOUROU Eugenia, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, P. N. Sakkoulas, 1998.

ROMAN Diane, DELMAS-MARTY Mireille, *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances actes du colloque tenu au Collège de France*, Paris, 25 et 26 mai 2011, Pedone, 2012.

ROSANVALLON Pierre, *La nouvelle question sociale*, Seuil, 1998.

ROUBIER Paul, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz 2008 (réédition présentée par Louis-Auguste BARRIERE).

TOULEMONDE Basile, *Le système éducatif en France*, La Documentation française, 2003.

SPILIOTOPOULOS Epaminondas, *Droit administratif hellénique*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2004.

STAMATIS Constantin, *Argumenter en droit*, Publisud, 1995.

SUPIOT Alain, *Grandeur et misère de l'État social*, Collège de France-Fayard, 2013.

VAN DROOGHENBROECK Sébastien, TULKENS Françoise, OST François, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001.

VAN RAEPENBUSCH Sean, WATHELTET Melchior, *La sécurité sociale des travailleurs européens*, De Boeck Université, 2001.

VOGEL-POLSKY Eliane, VOGEL Jean, LIZIN Anne-Marie, *L'Europe sociale : illusion, alibi où réalité*, Université de Bruxelles, 1991.

C. Thèses

AST François, *Les droits sociaux fondamentaux dans l'Union européenne*, Université Paris 2 Assas, 2002.

AUDOUY Lauren, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Université de Montpellier, 2015.

BARBE Vanessa, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative Allemagne, France, Royaume-Uni*, L.G.D.J, 2009.

BASSET Antoine, *Pour en finir avec l'interprétation : usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, L.G.D.J, 2015.

BEHRENDT Christian, *Le juge constitutionnel comme législateur cadre positif : une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruylant, 2006.

BEN HADID Samir, *Le statut des étrangers dans le droit de l'Union européenne*, Université Nice Sophia Antipolis, 2014.

CAPITANT David, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, L.G.D.J., 2001.

CALMES Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001.

DAMASIO BORGES Daniel, *L'Etat social face au commerce international*, L'Harmattan, 2013.

DEROSIER Jean-Philippe, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne : étude comparée Allemagne, France, Italie*, L.G.D.J., 2010.

DELILE Jean-Felix, *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'Etat français*, Bruylant, 2016.

DE BELLESCIZE Ramu, *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J., 2005.

DRIGUEZ Laetitia, *Droit social et la concurrence*, Bruylant, 2006.

ESPLUGAS Pierre, *Conseil constitutionnel et service public*, L.G.D.J., 1993.

EVAILLARD Gweltaz, *Les dispositions transitoires en droit public français*, Dalloz, 2007.

FALLON Damien, *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014.

FERRARI Sébastien, *La rétroactivité en droit public français*, Université Panthéon-Assas, 2011.

FOULQUIER Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, 2003.

FREDERICH Renan, *La sécurité juridique : confrontation entre théorie générale du droit et droit social*, Université Panthéon Assas, 2008.

GAY Laurence, *Les « droits créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007.

GRAEFFLY Romain, *Le logement social. Etude comparée de l'intervention publique en France et en Europe occidentale*, L.G.D.J., 2006.

ISIDRO Lola, *L'étranger et la protection sociale*, Dalloz, 2017.

KOUTSOURAKI Eleni, *Les droits des demandeurs d'asile dans l'Union européenne et leur condition en droit comparé*, Université Panthéon-Assas, 2014.

LOISELLE Marc, *Le concept d'Etat de droit dans la doctrine juridique française*, Université Panthéon-Assas, 2000.

LUMARET Coraline, *L'effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Université Panthéon-Assas, 2015.

HATCHEZ Isabelle, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Baden-Baden, Bruylant, Ant. N. Sakkoulas, 2008.

YANNAKOPOULOS Constantin, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, L.G.D.J., 1997.

MADELAINÉ Colombine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2014.

MAILLARD Sandrine, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008.

MERLAND Guillaume, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., 2004.

MONJAL Pierre-Yves, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, L.G.D.J., 2000.

MOUTEL Béatrice, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Université de Limoges, 2006.

NIVARD Carole, *La justiciabilité des droits sociaux. Etude de droit conventionnel européen*, Bruylant, 2012.

PETIT Jacques, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, L.G.D.J., 2002.

PHILIPPE Xavier, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990.

POULIS Panagiotis, *Droit constitutionnel et institutions helléniques*, L'Harmattan, 2008.

REDOR Marie-Joëlle, *De l'état légal à l'état de droit, L'évolution de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica, 1992.

ROMAN Diane, *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J., 2002.

RODRIGUEZ Michel, *Le service public et la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001*, P.U.A.M., 2013.

TREMEAU Jérôme, *La réserve de loi, compétence législative et constitution*, Economica, 1997.

VALEMBOIS Anne-Laure, *La constitutionnalisation de l'exigence de la sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., 2005.

VIDAL-NAQUET Ariane, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence de Conseil constitutionnel*, Ed. Panthéon-Assas, 2007.

VILLAIN Philippe, *L'évolution et l'avenir du logement social en France. Les mutations juridiques des opérateurs de l'habitat social, générées par le passage du service public à la française à l'intérêt général européen*, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2011.

VLACHOXIAGIANNIS Apostolos, *Les juges de la Cour Suprême des Etats-Unis et la notion de constitution vivante*, Université Panthéon-Assas, 2011.

XENOU Lamprini, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruylant, 2017.

XYNOPOULOS Georges, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et en Angleterre*, L.G.D.J., 1995.

D. Articles et contributions à des ouvrages collectifs

AGALLOPOULOU Pénélope, « L'application du principe de dignité humaine en Grèce », in PAVIA Marie-Luce et REVET Thierry, *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 143.

AKANDJI-KOMBE François, « L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives », *Droit social*, n° 9-10, 2000, p. 888.

AKANDJI-KOMBE Jean-François, « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *Rev. trav.*, n° 4, 2011, p. 233.

AKANDJI-KOMBE François, « De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne », *Droit social*, n° 11-12, 2012, p. 1014.

ALFANDARI Elie, « Des associations de retraités peuvent agir contre des syndicats pour faire respecter leurs droits acquis », *RDSS*, n° 3, 2002, p. 551.

ALIPRANTIS Nikitas, « Les droits sociaux sont justiciables ! », *Droit social*, n° 2, 2006, p. 158.

AMZALLAG Michel, « Le financement du logement locatif social », *RDSS*, n° 3, 2006, p. 443.

ANDRE Jean-Marie, TURQUET Pascale, « L'assurance maladie complémentaire en France : état des lieux et perspectives », *RDSS*, n° 2, 2011, p. 210.

ANTONMATTEI Paul-Henri, SCIBERRAS Jean-Christophe, « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? », *Droit social*, n° 2, 2009, p. 221.

APOLLIS Benoît, « Le financement du service public hospitalier », *RDSS*, n° 4, 2017, p. 657.

AUBIN Claire, « L'Europe sociale entre mythe et réalité », *Droit social*, n° 5, 2007, p. 618.

AUBIN Emmanuel, « L'arrêt Dano de la CJUE : quand sonne le glas de la citoyenneté sociale européenne ? », *AJDA*, n° 14, 2015, p. 821.

- ARLETTAZ Jordane, « L'incompétence négative à l'étranger », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, 2015, p. 55.
- BAC Catherine, BRIDENNE Isabelle, COUHIN Julie, « Les effets de la réforme du minimum contributif en 2003 : limités et éphémères », *Retraite et société*, vol. 54, n° 2, 2008, p. 65.
- BAC Catherine, BENALLAH Samia, « Glissement de la norme de contributivité au régime général d'assurance-vieillesse : une estimation des effets potentiels sur le niveau des pensions », *Economie et institutions*, n° 24, 2016.
- BADEL Maryse, « Le Conseil constitutionnel arbitre économique et politique : l'exemple de la loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014 », *Constitutions*, n° 1, 2015, p. 85.
- BAILLEUL David, « De l'espérance légitime d'obtenir un avantage à l'espérance légale de conserver un droit », *AJDA*, n° 32, 2010, p. 1828.
- BARANGER Denis, « L'état d'urgence dans la durée », *RFDA*, n° 3, 2016, p. 447.
- BARTHELEMY Jacques, « Clauses de désignation et droit de la concurrence », *Droit social* n° 7-8, 2001, p. 853.
- BARTHELEMY Jacques, « Réforme des retraites et protection sociale complémentaire », *Droit social*, n° 11, 2003, p. 970.
- BARTHELEMY Jacques, « Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014 : le Conseil constitutionnel et la réduction des cotisations sociales des bas salaires », *Droit social*, n° 10, 2014, p. 867.
- BARTHELEMY Jacques, « Le concept de convention collective de sécurité sociale », *Droit social*, n° 3, 2016, p. 272.
- BEDEL Maryse, « La Sécurité sociale a 70 ans. Vive l'universalisation ! », *Droit social*, n° 3, 2016, p. 263.
- BELLOUBET-FRIER Nicole, « Service public et droit communautaire », *AJDA*, n° 4, 1994, p. 270.
- BENOIT-ROHMER Florence, « Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution », *RTD eur.*, n° 2, 2005, p. 261.
- BENLOLO-CARABOT Myriam, « Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union Européenne. Entre instrumentalisation et 'fondamentalisation' », *Revue des droits de l'homme*, n° 1, 2012, p. 84.
- BENOIT-ROHMER Florence, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Revue Dalloz*, n° 19, 2001, p. 1483.
- BERGEL Jean-Louis, « Méthodologie juridique », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1020.

BICHOT Jacques, « Contributivité juridique et contributivité économique en matière de protection sociale », *RDSS*, n° 1, 2018, p. 135.

BIOY Xavier, « La dignité justifie-t-elle le refus de concours de la force publique pour expulser un locataire ? », *AJDA*, n° 8, 2010, p. 448.

BIOY Xavier, « L'objectif de protection de la santé publique sort renforcé de l'examen constitutionnel de la loi Touraine », *Constitutions*, n° 1, 2016, p. 125.

BLOUD-REY Céline, « Souveraineté », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1434.

BOLZE Christian, « Entreprises. Notion. Organismes de sécurité sociale et de protection sociale. Qualité d'entreprise au regard des règles de concurrence (non) », *RTD com.*, n° 2, 1993, p. 429.

BOISSARD Sophie, « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001 (article disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr.)

BONNECHERE Michèle, « La protection sociale de l'immigré en situation irrégulière », in Elie ALFANDARI, Françoise MONEGER, Xavier PRETOT, *Immigration et protection sociale*, Sirey, 1990, p. 157.

BORGETTO Michel, « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », *Droit social*, n° 3, 1999, p. 221.

BORGETTO Michel, « Le droit de la protection sociale dans tous ses états : la clarification nécessaire », *Droit social*, n° 6, 2003, p. 636.

BORGETTO Michel, « Universalité et droit de la protection sociale », in Geneviève KOUBI, JOUANJAN Olivier, *Objets et sujets universels*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, p. 13.

BORGETTO Michel, « La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale », in *Le droit administratif : permanences et convergences mélanges en l'honneur de Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, L.G.D.J., 2007, p. 233.

BORGETTO Michel, « L'égalité et l'aide sociale », *RDSS*, n° 3, 2013, p. 401.

BORGETTO Michel, « La sécurité sociale à l'épreuve du principe d'universalité », *RDSS*, n° 1, 2016, p. 11.

BORGETTO Michel, « Logique assistancielle et logique assurancielle dans le système français de protection sociale : les nouveaux avatars d'un vieux débat », *Droit social*, n° 1, 2003, p. 115.

BOTTEGHI Damien, LALLET Alexandre, « L'aménagement des lieux publics pour l'accès des personnes handicapées : l'Etat face à sa responsabilité », *AJDA*, n° 39, 2010, p. 2207.

BOUGRAB Jeannette, « L'égalité entre les femmes et les hommes dans les jurisprudences des cours suprêmes européennes et nationales », *AJDA*, n° 31, 2003, p. 1640.

BOUJEAKA Augustin, « La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne », *Revue Dalloz*, n° 20, 2013, p. 1388.

BOUSSARD Sabine, « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du "service public par nature" », *RFDA*, n° 1, 2008, p. 43.

BOUSTA Rhita, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, n° 4, 2011, p. 913.

BOUTELET Pierre, « Le Conseil d'Etat, censeur et protecteur de la rétroactivité des lois », *AJFP*, n° 4, 2005, p. 169.

BOYER Vincent, « L'autonomie financière des universités après la loi relative aux libertés et responsabilités des universités », *AJDA*, n° 6, 2010, p. 316.

BOYER-CAPELLE Caroline, « La construction jurisprudentielle du droit au logement par le Comité européen des droits sociaux », *RDSS*, n° 2, 2015, p. 250.

BRACONNIER Stéphane, « Les arrêtés municipaux anti-coupures d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel », *AJDA*, n° 12, 2005, p. 644.

BRAIBANT Guy, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, le juge et le droit public*, Tome II, L.G.D.J., 1974, p. 297

BRUNESSEN Bertrand, « Un principe politique saisi par le droit », *RTD européen*, n° 2, 2012, p. 329.

BURDEAU Georges, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », in *Ecrits de Droit constitutionnel et de science politique*, (textes réunis par Jean-Marie Denquin), L.G.D.J., 2011, p. 674

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Du principe d'égalité en droit interne et communautaire », *AJDA*, 2005, n° 40, p. 2233.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire », *AJDA*, n° 41, 2006, p. 2285.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Quand la CJUE prend au sérieux la Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide », *AJDA*, n° 17, 2011, p. 967.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Les standards ; normes imposées ou consenties ? », in Marthe FATIN, Rouge STEFANINI, Guy SCOFFONI, *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ? Actes du colloque*, Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, n° 2, 2013, p. 15

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « L'intérêt à agir devant la Cour Européenne des droits de l'Homme », in Catherine TEITGEN-COLLY, *L'accès au juge. L'intérêt à agir*, Actes du colloque, L.G.D.J., 2016, p. 91.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Préface », in Abdelwahab BIAD, Valérie PARISOT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne bilan d'application*, Nemesis Anthemis 2018, p. 9.

CALVES Gwenaëlle, « Discrimination positive », in Joel ANDIRANTSIMBAZOVIMA, Helene GAUDIN, Jean-Pierre MARGUENAUD, Stéphane RIALS, Frédéric SUDRE, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 2008, p. 231.

CASSIA Paul, « Droit administratif français et droit de l'Union européenne », *RFDA*, n° 2, 2009, p. 343.

CASSIA Paul, VON COESTER Suzanne, « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *Semaine juridique*, n° 10, 2012, p. 503.

CASTELANO Camilo, BERCHE Sophie, « Les droits économiques, sociaux et culturels. Exigences de la société civile, responsabilité de l'Etat », in *Halte à la mondialisation de la pauvreté : reconnaître les droits économiques, sociaux et culturels pour tous*, Karthala, Terre des Hommes, 1998, p. 22.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *Revue Dalloz*, n° 42, 1995, p. 323.

CHASSARD Yves, VENTURINI Patrick, « La dimension européenne de la protection sociale », *Droit social*, n° 9-10, 1995, p. 772.

CHATZILAOU Konstantina, « Vers un socle européen des droits sociaux : quelles inspirations ? », *Rev. Trav.*, n° 3, 2017, p. 175.

CHAUCHARD Jean-Pierre, « La prévoyance sociale complémentaire selon le Conseil constitutionnel », *RDSS*, n° 4, 2014, p. 601.

CHAVRIER Géraldine, « Etablissement public de santé, logique économique et droit de la concurrence », *RDSS*, n° 2, 2006, p. 274.

CHEVALLIER Jacques, « Les nouvelles frontières du service public », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 2, n° 2, 2007, p. 14.

CLUZEL-METAYER Lucie, « L'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris, un « hôpital-entreprise » ? », *RDSS*, n° 6, 2016, p. 1061.

CLUZEL-METAYER Lucie, GRITTON Anne-Claude, « Prolégomènes à une réflexion sur le service public hospitalier », *RDSS*, n° 4, 2017, p. 595.

COMBEAU Pascal, « L'administration face aux expulsions locatives », *AJDA*, n° 35, 2012, p. 1939.

CONTANTINESCO Vlad, « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTD européen*, n° 2, 2005, p. 305.

CORNILLEAU Gérard, « Financement de l'assurance maladie et système de remboursement des soins », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 5, n° 1, 2009, p. 90.

CORON Gaël, « Le prisme communautaire en matière de retraites : la diffusion à travers le droit européen de la théorie des piliers », *Retraite et société*, vol. 50, n° 1, 2007, p. 250.

COSTA Jean-Paul, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in Nicole BELLOUBET-FRIER, Spyridon FLOGAITIS, Pascale GONOD, Gérard CAEN (dir.), *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 67.

COSTA Jean-Paul, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *Revue Dalloz*, n° 22, 2010, p. 1364.

CRISTOL Danièle, « Les habits neufs du service public hospitalier », *RDSS*, n° 4, 2016, p. 643.

DAMON Julien, « L'Europe des politiques familiales : la convergence dans l'hétérogénéité », *RDSS*, n° 4, 2008, p. 601.

DAUGAREILH Isabelle, « La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale », *RTD eur.*, n° 1, 2001, p. 123.

DAUGAREILH Isabelle, « L'incompatibilité de la loi de cristallisation des pensions de militaires avec la Convention européenne des droits de l'homme », *RDSS*, n° 3, 2002, p. 611.

DEBENE Marc, RAYMUNDIE Olivier, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA*, n° 3, 1996, p. 183.

DE BECHILLON Denys, BON Pierre, « Responsabilité de l'administration du fait de la carence du gouvernement à prendre un règlement d'exécution des lois », *Revue Dalloz*, n° 24, 2000, p. 247.

DECAUX Emmanuel, « Le régime du droit international en droit interne », *RIDC*, 2010, vol. 62, n° 2, p. 467.

DE CORAIL Jean-Louis, « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *AJDA*, hors-série, 1997, p. 20.

DE MONTECLER Marie-Christine, « Un 'compromis historique' pour la réforme du master », *AJDA*, n° 33, 2016, p. 1836.

DEGUERGUE Maryse, « De quelques difficultés de la notion de service social », *AJDA*, n°4, 2008, p. 179.

DE LA ROSA Stéphanie, « Les principes sociaux de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont-ils décoratifs ? », *Revue Dalloz*, n° 11, 2014, p. 705.

DEL SOL Marion, LE BARBIER-LE BRIS Muriel, LAFUMA Emmanuelle, « Faut-il réviser la directive détachement ? », *Rev. trav.*, n° 5, 2012, p. 262.

DEL SOL Marion, « Restes à charge et assurance santé complémentaire : des régulations (presque) tous azimuts », *RDSS*, hors-série, 2017, p. 73.

DELIGINANNI-DIMITRAKOU Christina, « La Charte sociale européenne et les mesures d'austérité grecques : à propos des décisions nos 65 et 66/2012 du Comité européen des droits sociaux fondamentaux », *Rev. Trav.*, n° 7-8, 2013, p. 457.

DEREPAS Luc, « Ordre public et les migrations », in *L'ordre public, Tome 58, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2015, p. 47.

DE SCHUTTER Olivier, « L'équilibre entre l'économique et le social dans les traités européens », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 2006, p. 131.

DESWARTE Marie-Pauline, « Droits sociaux et Etat de droit », *RDP*, n° 4, 1995, p. 951.

DEUMIER Pascale, « L'application d'une loi nouvelle aux contrats en cours est-elle une application immédiate et/ou une application rétroactive ? », *RTD civ.*, n° 1, 2010, p. 58.

DEVOLVE Pierre, « Retrait et obligation : le cas des actes à objet pécuniaire et des actes obtenus par fraude », *RFDA*, n° 2, 2003, p. 240.

DEVYS Christophe, « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative », *RFDA*, n° 3, 2004, p. 454.

DISANT Mathieu, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013 (article disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr.)

DONIER Virginie, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, n° 6, 2006, p. 1219.

DONIER Virginie, « L'accès aux services publics locaux obligatoires d'action sociale », in Roselyne ALLEMAND, Laurence POTVIN-SOLIS, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, p. 61.

DONIER Virginie, « Le droit d'accès aux services publics dans la jurisprudence : une consécration en demi-teinte », *RDSS*, n° 5, 2010, p. 800.

DONIER Virginie, « Expulsion locative, droit au logement et référé-liberté : réflexions sur quelques incohérences », *RDSS*, n° 1, 2015, p. 170.

DONNARUMMA Maria Rosaria, « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des Cours constitutionnelles », *RFDC*, vol. 84, n° 4, 2010, p. 719.

DRAGO Guillaume, « La conciliation entre principes constitutionnels », *Revue Dalloz*, n° 31, 1991, p. 265.

DREYFUS François, « Les droits économiques et sociaux dans quelques constitutions récentes », in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 169.

- DRIGUEZ Laetitia, RODRIGUES Stéphane, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire », *AJDA*, n° 4, 2008, p. 191.
- DUBOUT Edouard, « Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RTD eur.*, n° 2, 2014, p. 409.
- DUCOULOMBIER Peggy, « Qualité de la vie et Convention européenne des droits de l'homme », *RDSS*, n° 6, 2014, p. 1047.
- DUFOURQ Nicolas, « Sécurité sociale : le mythe de l'assurance », *Droit social*, n° 3, 1994, p. 291.
- DUPEYROUX Jean-Jacques, PRETOT Xavier, « Le droit de l'étranger à la protection sociale », *Droit social*, n° 1, 1994, p. 69.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 29, 2010 (article disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr.)
- DUTHEIL DE LA ROCHERE Jacqueline, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs*, vol. 96, n° 1, 2001, p. 123.
- EISENMANN Charles, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophie de la France et de l'Etranger*, 1930, p. 231.
- ELMBAUM Mireille, « Les réformes en matière de handicap et de dépendance : peut-on parler de "cinquième risque" ? », *Droit social*, n° 11, 2008, p. 1091.
- FALLON Damien, « Le juge et l'abrogation de la loi », *RFDA*, n° 5, 2017, p. 865.
- FATOME Etienne, « Office public de l'habitat, entreprise sociale ? », *AJDA*, n° 2, 2013, p. 100.
- FAVOREU Louis, « Service public et Constitution », *AJDA*, hors-série, 1997, p. 16.
- FERCOT Céline, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision 'Hartz IV' de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 », *RDSS*, n° 4, 2010, p. 653.
- FOULQUIER Norbert, ROLIN Frédéric, « Constitution et service public », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, 2012 (article disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr.)
- FRAISSE Régis, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 44, 2014 (article disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr.)
- FROMONT Michel, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, hors-série, 1995, p. 156.
- FROMONT Michel, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2004 (article disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr.)

GADBIN Daniel, « Principes communautaires et régimes professionnels de retraite », in Sylvie HENNION-MOREAU, Patrick HASSENTEUFEL, *Concurrence et protection sociale*, Res publica, Presses Universitaires de Rennes 2008, p. 127.

GAY Laurence, « L'affirmation d'un droit aux soins du mineur étranger », *RDSS*, n° 6, 2006, p. 1047.

GAY Laurence, « Les droits sociaux constitutionnels en France : Particularisme ou 'normalisation' ? », in Laurence GAY, Emmanuelle MAZUYER, Dominique NAZET, *Les droits sociaux fondamentaux, entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, 2006, p. 75.

GAY Laurence, « L'égalité et la protection sociale dans les premières décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan mitigé », *RDSS*, n° 6, 2010, p. 1061.

GAY Laurence, « Constitution et droits sociaux - France », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° XXXI, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 263.

GENOUD Christophe, « Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 11, n° 2, 2004, p. 187.

GEORGITSI Evangelia, « De l'impossible justiciabilité des droits sociaux fondamentaux », in Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Theunis ROUX, Didier MAUS, *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2008, p. 29.

GEORGITSI Evangelia, « La proportionnalité comme instrument de "conciliation" des normes antagonistes. Regard critique sur l'identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, n° 3, 2011, p. 559.

GERARD Philippe, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviance et société*, vol. 12, n° 1, 1988, p. 75.

GERMAIN Jérôme, « La protection par l'Union européenne des droits fondamentaux contre les programmes d'ajustement macroéconomiques », *Revue de l'Union européenne*, n° 606, 2017, p. 166.

GHEKIERE Laurent, « Le développement du logement social dans l'Union européenne », *Recherches et Prévisions*, n° 94, 2008 (article disponible sur le site persee.fr).

GINON Anne-Sophie, « Les transformations de la sécurité sociale : question de droits ou du droit ? » *RDSS*, n° 1, 2016, p. 80.

GINON Anne-Sophie, « Sur l'assurance-maladie complémentaire : vers un paramétrage économique de l'assurance maladie complémentaire ? », *RDSS*, n° 3, 2017, p. 456.

GINON Anne-Sophie, « Le glissement de l'assurance maladie obligatoire vers les complémentaires : vers une autre conception des dépenses de santé ? », *RDSS*, hors-série, 2017, p. 91.

GUYOMAR Mattias, « Sécurité juridique et mesures transitoires », *RFDA*, n° 1, 2007, p. 6.

GONZALES Gérard, « Synergie de la Charte sociale et de la Convention européenne en matière de droit au logement : le point de vue strabique de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDSS*, n° 2, 2015, p. 269.

GONZALES Gérard, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, n° 5, 2010, p. 1003.

GRASMANN Günther, « La constitutionnalité des règles de droit rétroactives et rétrospectives dans la jurisprudence allemande : règlement du conflit entre la confiance digne de protection des sujets de droit (nationaux et étrangers) et l'intérêt public », *Revue internationale de droit comparé*, n° 4, 1989, p. 1017.

GROBSON Sophie, « Les ruptures du droit international », in Diane ROMAN, *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Mission de recherche, Droit et justice, 2010, p. 45.

GROBSON Sophie, « Ratification française du Protocole Facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : ce qui avait de l'importance, ce qui n'en avait pas », *Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 08 décembre 2014 (consultable sur le site journals.openedition.org).

GRUNDLER Tatiana, « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS*, n° 5, 2010, p. 835.

GUINARD Dorian, « Aides d'Etat et financement des hôpitaux », *RDSS*, n° 3, 2013, p. 431.

GUINARD Dorian, « Services sociaux et services de santé dans le droit de l'Union européenne », *RDSS*, n° 5, 2013, p. 835.

GUGLIELMI Gilles, « Les juristes, le service public et les entreprises publiques aux XIX^e-XX^e siècles », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, vol. 52, n° 3, 2005, p. 98 (disponible sur le site [Cairn.fr](http:// Cairn.fr)).

GUILLARD Christine « La lecture étatique des compétences non exclusives de l'Union européenne », *Rev. UE*, n° 556, 2012, p. 159.

GUINARD Dorian, « À propos du *soft law* en droit de l'Union européenne : analyses théorique et pratique », *Rev. UE*, n° 573, 2013, p. 609.

HOUARD Noémie, « Le logement social aux Pays-Bas. Vers la fin de la logique universaliste de l'État-providence ? », *Revue de l'OFCE*, vol. 128, n° 2, 2013, p. 49 (disponible sur le site [Cairn.fr](http:// Cairn.fr)).

HUBERT Patrick, CASTAN Adrien, « Droit constitutionnel et liberté de la concurrence », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, 2015, p. 15.

ILIOPPOULOS-STRANGAS Julia, « Constitution et droits sociaux - Grèce », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. XXXI, Economica, 2015, p. 327.

ILIOPOULOS-STRANGAS Julia, LEVENTIS Georgios, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce », in Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Nicolas VALTICOS, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Ed. Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000, p. 395.

ISODORO Lola, « L'universalité en droit de la protection sociale », *Droit social*, n° 4, 2018, p. 378.

JACQUE Jean-Paul, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, vol. 69, n° 1, 2007, p. 3.

JEGOUZO Yves, « La liberté d'établissement et le "franchising" de l'enseignement supérieur », *AJDA*, n° 13, 2004, p. 722.

JEGOUZO Yves, « LMD et diplômes de droit : vers la fin du monopole des universités ? », *AJDA*, n° 33, 2004, p. 1785.

JEGOUZO Yves, « Le grand marché de l'enseignement supérieur est ouvert », *AJDA*, n° 13, 2004, p. 681.

JEGOUZO Yves, « Le logement social entre solidarité, décentralisation, service public et concurrence », *AJDA*, n° 10, 2008, p. 500.

JORION Benoît, « La possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle », *AJDA*, n° 6, 1995, p. 445.

JOUANJAN Olivier, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, hors-série, 1998, p. 44.

JOUANJAN Olivier, « Lorenz Von Stein et les contradictions du mouvement constitutionnel révolutionnaire » (1789-1794), *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, 2002, p. 171.

JOUANJAN Olivier, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, vol. 54, n° 2, 2011, p. 27.

JOUANJAN Olivier, « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe », *Revue générale du droit*, n° 2, 2014 (disponible sur le site revuegeneraledudroit.eu).

JOUANJAN Olivier, « Les effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, vol. 47, n° 2, p. 91.

JULIEN-LAFERRIÈRE François, « Nature des droits attachés à la nationalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, 2008 (article disponible sur le site du conseil-constitutionnel.fr).

KARPENSCHIF Michael, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *RFDA*, n° 1, 2002, p. 95.

KARYDIS Georges, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire un concept à contenu variable », *RTD Eur.*, n° 1, 2002, p. 1.

KASIMATIS Georgios, « Origines et évolution de l'Etat social », in Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Nicolas VALTICOS, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Ed. Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000, p. 1.

KASIMATIS Georgios, « Les principes fondamentaux de la Constitution en tant que règles interprétatives », in Louis FAVOREU, Gilles LEBRETON, Patrick FRAISSEIX, *Droit constitutionnel. Mélanges Patrice Gelard*, Montchrestien, 2000, p. 45.

KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, n° 1, 1928, p. 242.

KELSEN Hans, « La transformation du droit international en droit interne », *Revue générale de droit international public*, n° 1, 1936, p. 5.

KERBOUC'H Jean-Yves, « Indemnisation du chômage et déclin de la logique assurantielle », *Droit social*, n° 7-8, 2018, p. 607.

KESSLER Francis, « L'Europe sociale oubliée : l'activité du Conseil de l'Europe dans le domaine de la protection sociale », *RDSS*, n° 2, 2007, p. 197.

KESSLER Francis, « Le ciblage des allocations familiales est constitutionnel en son principe », *Constitutions*, n° 1, 2015, p. 92.

KESSLER Francis, « L'émergence (trop tardive ?) de la notion de régime de protection sociale complémentaire », *RDSS*, n° 2, 2015, p. 352.

KOUBI Geneviève, « Réflexions sur la gratuité dans le droit de la santé », *RDSS*, n° 1, 1999, p. 1.

KOUBI Geneviève, « La pauvreté, comme violation des droits humains », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 180, n° 2, 2004, p. 361.

KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS Sophia, « Les droits sociaux, droits proclamés ou droits invocables. Un appel à la vigilance », in Bernard FAVREAU, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruylant, 2010, p. 265.

KOVAR Robert, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTD eur.*, n° 3, 1996, p. 493.

KOVLER Anatoly « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'État », *L'Europe en Formation*, vol. 368, n° 2, 2013, p. 209.

KRUK Maria, « Progrès et limites de l'état de droit », *Pouvoirs*, vol. 118, n° 3, 2006, p. 73.

KTISTAKI Stavroula, « Les droits sociaux en période de crise économique », *Annuaire international des Droits de l'Homme*, 2014, hors-série, p. 615.

- LABAYLE Henri, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs ? », *RFDA*, n° 4, 2004, p. 663
- LABETOUILLE Daniel, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 403.
- LACHAUME Jean-François, « Brèves remarques sur les services publics à double visage », *RFDA*, n° 2, 2003, p. 362.
- LAFORE Robert, « Droit et pauvreté : les métamorphoses du modèle assistanciel français », *RDSS*, n° 1, 2008, p. 111.
- LAGRANGE Evelyne, « L'efficacité dans l'ordre juridique interne des normes internationales concernant la situation des personnes privées », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 356, 2012, p. 243.
- LAIGRE Philippe, « Les organismes de Sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Droit social*, n° 5, 1993, p. 488.
- LAIGRE Philippe, « La révision des accords collectifs de retraite », *Droit social*, n° 12, 1996, p. 1077.
- LANGLOIS Philippe, « La négociation collective d'un régime de retraite par répartition », *Droit social*, n° 12, 1997, p. 1023
- LARDY Stéphane, GRAUJEMAN Elisabeth, « Faut-il croire à la portabilité des droits ? », *Rev. trav.*, n° 6, 2009, p. 352.
- LARRALDE Jean-Manuel, « Lorsque René Cassin commentait la Déclaration universelle des droits de l'Homme ; à propos du cours publié dans le Recueil des cours de l'académie de droit international de 1951 », *CRDF*, n° 7, 2009, p. 23.
- LAROQUE Michel, « Coordination et convergence des systèmes de Sécurité sociale des États membres de la CEE », *Droit social*, n° 9-10, 1993, p. 792.
- LAUDIJOIS Marie, « Les services sociaux d'intérêt général et la construction de l'"Europe sociale" », *RDSS*, n° 6, 2007, p. 1005.
- LAURENT Sylvain, « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », *Droit social*, n° 5, 2008, p. 586.
- LEGRAND André, « Entrée en master : vraie ou fausse sélection ? », *AJDA*, n° 10, 2017, p. 570.
- LEGRAND André, « Un nouveau venu dans le paysage de l'enseignement supérieur », *AJDA* n° 27, 2017, p. 1537.
- LEGRAND André, « La résistance du principe du monopole étatique de la collation des grades », *AJDA*, n° 29, 2017, p. 1681.

LEMASURIER Jeanne, « Vers un nouveau principe général du droit, le principe ‘bilan coûts-avantages’ », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public, Tome II*, L.G.D.J., 1974, p. 551.

LEVADE Anne, « L’objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 688.

LOMBARD Martine, « Concurrence », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 254.

LOMBARD Martine « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, n° 10, 2005, p. 530.

LONG Marceau, « Service public et réalités économiques du XIX^e siècle au droit communautaire », *RFDA*, n° 6, 2001, p. 1161.

LEVINET Michel, « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC*, vol. 86, n° 2, 2011, p. 227.

MAGNON Xavier, « En quoi le positivisme - normativisme - est-il diabolique ? », *RTD civ.*, n° 2, 2009, p. 269.

MAGNON Xavier, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel », *RFDA*, n° 4, 2011, p. 761.

MAGNON Xavier, BONNET Baptiste, « La concrétisation des exigences supranationales dans l’ordre juridique interne. Entre habilitations supranationales et nationales », in Xavier MAGNON, Pierre ESPLUGAS-LABATUT, Wanda MASTOR, Nicole BELLOUBET-FRIER, *L’office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruylant, 2015, p. 234.

MARCILHACY Dominique, « De la contributivité en matière de retraites », *Droit social*, n° 7-8, 2009, p. 846.

MARCOU Gérard, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, n° 7, 2006, p. 347.

MARGUENAUD Jean-Pierre, MOULY Jean, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », *Revue Dalloz*, n° 11, 2009, p. 739.

MARGUENAUD Jean-Pierre, MOULY Jean, « Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu », *RDP*, n° 3, 2011, p. 685.

MARGUENAUD Jean-Pierre, MOULY Jean, « La quête d'effectivité européenne du droit au logement », *RDSS*, n° 2, 2015, p. 207.

MARGUENAUD Jean-Pierre, MOULY Jean, NIVARD Carole, « Que faut-il attendre de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux ? », *Rev. trav.*, n° 12, 2017, p. 12.

MARIE Romain, « Vers un basculement du système français de sécurité sociale dans le modèle beveridgien ? », *RDSS*, n° 4, 2011, p.727.

MARINI Philippe, BOUVIER Michel, ALVENTOSA Jean-Raphael, « L'introduction de la 'règle d'or' budgétaire dans la constitution », *Constitutions*, n° 1, 2011, p. 23.

MARISSAL Jean-Pierre, « Les conceptions du handicap : du modèle médical au modèle social et réciproquement... », *Revue d'éthique et de théologie morale*, vol. 256, hors-série, 2009, p. 19 (disponible sur le site cairn.fr).

MARTIN Philippe, « Portabilité des retraites professionnelles et mobilité salariale », in Sylvie HENNION MOREAU, Otto KAUFMAN, *Les retraites professionnelles d'entreprise en Europe*, Bruylant, 2007, p. 133.

MARTUCCI Francesco, « La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 novembre 2012, Pringle », *RTD Eur.*, n° 2, 2013, p. 239.

MARZO Claire, « Aux frontières de l'Europe : comparaison de la situation des résidents, ressortissants de différents États tiers, à celle des citoyens de l'Union européenne », *RMCUE*, n° 538, 2010, p. 286.

MATH Antoine, « Roms et autres : la protection sociale des ressortissants communautaires », *Droit social*, n° 11, 2010, p. 1037.

MATHIEU Bertrand, « La République sociale », in Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX, *La République en droit français. Actes du colloque de Dijon, 10 et 11 décembre 1992*, Economica, 1996, p.175.

MATHIEU Bertrand, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *Revue Dalloz*, n° 33, 1996, p. 282.

MAUS Didier, « L'Europe constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne. Union de droit, Union des droits*, Pedone, 2010, p. 129.

MAVRIDIS Prodromos, « Regards. Union européenne : un prix Nobel de protection sociale des ressortissants des pays tiers ? », *Rev. trav.*, n° 12, 2012, p. 719.

MAVRIDIS Prodromos, « Regards. Union européenne : un prix Nobel de protection sociale des ressortissants des pays tiers ? », *Rev. trav.*, n° 1, 2013, p. 57.

MAVRIDIS Prodromos, « Les juridictions européennes et leurs interventions dans le domaine de la Protection sociale », *Regards*, vol. n° 47, n° 1, 2015, p. 71.

MENGER Pierre-Michel, MARCHIKA Collin, HANET Danièle, « La concurrence positionnelle dans l'enseignement supérieur. Les grandes écoles de commerce françaises et leur académisation », *Revue économique*, vol. 66, n° 1, 2015, p. 237.

MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de

constitutionnalité ?», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010 (disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr).

MERLAND Guillaume, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004 (disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr).

MESTRE Jacques, FAGES Bernard, « Les effets du contrat demeurent-ils sous l'empire de la loi ancienne ou sont-ils régis par la loi nouvelle ? », *RTD civ.*, n° 3, 2002, p. 507.

MILLET François Xavier, « A la lumière de la Charte », in Laurence BURGORGUE-LARSEN, *La charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Cahiers européens, n° 10, Pedone, 2017, p. 9.

MILEWSKI, Françoise, SENAC Réjane, « L'égalité femmes-hommes », *Revue de l'OFCE*, vol. 134, n° 3, 2014, p. 201.

MODERNE Franck, « A propos du contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs dans le droit public français contemporain », *RFDA*, n° 5, 2008, p. 915.

MORVAN Patrick, « Principe », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003 p. 1201.

MORVAN Patrick, « Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration », *Droit social*, n° 3, 2006, p. 279.

MOLLION Grégory, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005, vol. 62, n° 2, 2005, p. 257.

MOOR Pierre, « Systématique et illustration du principe de la proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 142.

MOUZOURAKI Paraskevi, « Le principe de confiance légitime en droit administratif hellénique », *RFDA*, n° 1, 2005, p. 143.

MONTALIVET Pierre, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006 (disponible sur le site conseilconstitutionnel.fr).

MOREAU Yannick, « Assurance-maladie et santé publique : un droit pour gérer des crises ou un droit pour aller vers une maîtrise intégrée ? », *Droit social*, n° 12, 2011, p. 1268.

MOUKIOU Chrysoula, « La crise grecque et le droit public », *RFDA*, n° 4, 2016, p. 835.

MORDELET Patrick, « L'évolution du cadre juridique des hôpitaux publics en Europe et l'avenir de l'établissement public de santé français », *RDSS*, n° 5, 2008, p. 85.

MONACO Riccardo, « Comparaison et rapprochement des législations dans le Marché commun européen », *RIDC*, vol. 12, n° 1, 1960, p. 61.

MOULY Jean, MARGUENAUD Jean-Pierre, « Protection sociale, égalité des sexes et discriminations positives : l'allocation de congé parental devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue Dalloz*, n° 10, 1999, p. 141.

MULLER Fabienne, « Les mutuelles dans la tourmente de la concurrence », *RDSS*, n° 5, 2006, p. 828.

MULLER Fabienne, « Quelle sécurité pour l'épargne retraite professionnelle ? », *RDSS*, n° 1, 2008, p. 15.

NICINSKI Sophie, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA*, n° 1, 2008, p. 35.

NIVARD Carole, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », *RDLF*, n° 28, 2012 (consultable sur le site revuedlf.com).

OLIVA Eric, « Les interactions entre saisine parlementaire et contrôle des finances publiques », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, 2015, p. 93.

PARARAS Petros, « Les acteurs des prestations sociales », in *Etat, loi, administration. Mélanges en l'honneur du Professeur Ep. Spiliotopoulos*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, Athènes, 1998, p. 311, p. 312.

PAVIA Marie-Lucie, ROUSSEAU Dominique, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la France », in Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Nicolas VALTICOS, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Ed. Ant. N. Sakkoulas, Bruylant Bruxelles, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000, p. 347.

PELJAK Dominique, « Pourquoi faut-il requalifier les hôpitaux publics en EPIC ? », *AJDA*, 2006, n° 31, p. 1705.

PELLET Alain, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 5, 1997, p. 193.

PELLET Rémi, « L'égalité et 'l'accroissement du reste à charge' », *RDSS*, n° 1, 2013, p. 38.

PELLET Rémi, « Les exigences constitutionnelles en matière d'assurance maladie à la lumière du droit de l'Union européenne », *RDSS*, hors-série, 2013, p. 85.

PELLET Rémi, « Établissements de santé et restes à charge », *RDSS*, hors-série, 2017, p. 45.

PEIFFERT Olivier, « Un possible malentendu en droit de l'Union européenne : le "droit subjectif" comme condition de l'effet direct », *RTD eur.*, n° 4, 2017, p. 665.

PETITI Christophe, « La situation des personnes en situation de faiblesse », in Bertrand FAVREAU, *La Charte des droits fondamentaux après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2010, p. 261.

PFERSMANN Otto, « Les droits sociaux et économiques des étrangers », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, X (1994), 1995, p. 309.

PFERSMANN Otto, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », in Jean-Luc PETIT, *La querelle des normes*, n° 27, 1995, p. 69.

PFERSMANN Otto, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *RFDC*, n° 31, 1997, p. 481.

PFERSMANN Otto, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, n° 28, 1999, p. 83.

PFERSMANN Otto, « Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand », *RFDA*, n° 2, 2000, p. 236.

PFERSMANN Otto, « Sécurité juridique et Constitution », *Annuaire international de justice constitutionnelle XV*, (1999), 2000.

PFERSMANN Otto, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2001, p. 275.

PFERSMANN Otto, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'Etat de droit », in Olivier JOUANJAN, *Figures de l'État de droit : le "Rechtsstaat" dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 53.

PFERSMANN Otto, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in Otto PFERSMANN, Gérard TIMSIT, *Raisonnement juridique et interprétation*, L.G.D. J., 2001, p. 11.

PFERSMANN Otto, « A quoi bon un pouvoir juridique ? », in Olivier CAYLA, Marie-France RENOUX-ZAGAME, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, L.G.D.J., 2001, p. 181.

PFERSMANN Otto, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », in Jean-François KERVEGAN, *Crise et pensée de la crise en droit : Weimar, sa république et ses juristes*, ENS Éditions, 2002, p. 55.

PFERSMANN Otto, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 50, 2002, p. 279.

PFERSMANN Otto, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 353.

PFERSMANN Otto, « Lacunes », « Norme », « Hiérarchie des normes », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1079, p. 779, p. 911.

PFERSMANN Otto, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in Otto PFERSMANN, Gérard TIMSIT, *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, 2004, p. 10.

PFERSMANN Otto, « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, 2005, p. 138.

PFERSMANN Otto, « Le nouveau constitutionnalisme comparé et les rapports entre juridictions suprêmes », in Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2007, p. 45.

PFERSMANN Otto, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori », *Petites affiches*, n° 254, 2008, p. 103.

PFERSMANN Otto, « Le concept de la sécurité juridique dans la science juridique. Pour une classification neutre d'une pluralité d'objets sensibles », in Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, Olivier DIGGELMANN, Harmut BAUER, *Etat de droit, liberté et sécurité en Europe*, Ant. N. Sakkoulas, Berliner Wissenschafts-Verlag, Bruylant, 2010, p. 141.

PICARD Etienne, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, hors-série, 1996, p. 55.

PICARD Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, hors-série, 1998, p. 6.

PLATON Sébastien, « L'invocabilité horizontale des normes de droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière », *Revue de l'Union européenne*, n° 584, 2015, p. 33.

PONTHÉREAU Marie-Claire, « Le principe de l'indivisibilité des droits », *RFDA*, n° 5, 2003, p. 928.

PONTIER Jean-Marie, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Revue Dalloz*, n° 35, 1998, p. 327.

PONTIER Jean-Marie, « Service public culturel : épanouissement ou racornissement ? », *L'Observatoire*, vol. 43, n° 2, 2013, p. 86.

POVIE Lydia, « Le défi communautaire de la lutte contre l'exclusion sociale : la voie des droits sociaux fondamentaux », *RDSS*, n° 4, 1997, p. 715.

PORTMANN Anne, « La guerre du logement social aura-t-elle lieu ? », *Revue Dalloz, Dalloza actualité*, 27 novembre 2013.

PRETOT Xavier, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Droit social*, n° 3, 1991, p. 187.

PRETOT Xavier, « La Cour de justice des Communautés européennes et les fonds de pension néerlandais », *Droit social*, n° 1, 2000, p. 106.

PRETOT Xavier, « Les pensions civiles et militaires et le droit communautaire : de l'application du principe de l'égalité de traitement », *Droit social*, n° 2, 2002, p. 1131.

PREVEDOUROU Eugenia, « La rétroactivité des lois à l'aune du principe de protection de la confiance légitime. Note sous Conseil d'Etat hellénique, arrêt n° 1508/2002 », *Annuaire International des Droits de l'Homme*, n° 1, 2006, p. 655.

PUISSOCHET Jean-Pierre, « Vous avez dit confiance légitime ? », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 586.

RAMBAUD Thierry, « Les droits sociaux comme droits fondamentaux », *RIDC*, vol. 66, n°2, 2014, p. 605.

RICHER Laurent, « Droit d'accès au service public », *AJDA*, n° 2, 2006, p.73

RIHAL Hervé, « Le contentieux de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés : le respect de l'obligation des 6 % apprécié par les juridictions administratives et judiciaires », *RDSS*, n° 6, 2010, p. 1146.

RIHAL Hervé, « La responsabilité de l'Etat du fait des difficultés d'accès des lieux de travail d'un auxiliaire de justice handicapé », *RDSS*, n° 1, 2011, p. 151.

RIHAL Hervé, CHARRUAU Jimmy, « La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDSS*, n° 5, 2013, p. 843.

RIVERO Jean, VEDEL Georges, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution », in André de LAUBADERE, André MATHIOT, Jean RIVERO, Georges VEDEL, Jean BOULOIS ? *Pages de doctrine, Tome I*, L.G.D.J., 1980, p. 93.

ROBIN-OLIVIER Sophie, « Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe », *Droit social*, n° 3, 2016, p. 219.

RODRIGUES Stéphane, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA*, n° 2, 2006, p. 84.

RODRIGUES Stéphane, in *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, sous la direction de Muriel NICOLAS, Stéphane RODRIGUES, Karel VAN MIERT, ASPE Europe, 1998, p. 223.

RODRIGUES Stéphane, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA*, n° 2, 2006, p. 84.

ROMAN Diane, « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne », *RDSS*, n° 2, 2008, p. 267.

ROMAN Diane, « Le juge et les droits sociaux : vers un renforcement de la justiciabilité des droits sociaux ? », *RDSS*, n° 5, 2010, p. 793.

ROMAN Diane, SALMA Serge, « 'La loi de la jungle' : protection de la dignité et obligation des pouvoirs publics dans le camp de Calais », *RDSS*, n° 1, 2016, p. 90.

ROUSSEAU Dominique, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Revue Projet*, vol. 291, n° 2, 2006, p. 19.

ROUSSEAU Dominique, « La réforme de 2008, quels enjeux, quelles perspectives ? », in Emmanuel DUPIC, Luc BRIAND, Jean-Claude MARIN, *Question prioritaire de constitutionnalité une révolution des droits fondamentaux*, PUF, 2013, p. 9.

ROUSSEAU Yves, « Le service public de l'emploi et la jurisprudence de la CJCE, *Droit social* n° 11, 2002, p. 974.

ROUVILLOIS Frédéric, « Réflexions sur la notion d'État exemplaire », in Frederic ROUVILLOIS, Michel DEGOFFE, *La privatisation de l'État*, CNRS édition, 2012, p. 277

RUIZ FABRI Hélène, « Principes généraux du droit communautaire et droit comparé », *Droits*, vol. 45, n° 1, 2007, p. 127.

SAINT-JAMES Virginie, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *Recueil Dalloz*, n° 10, 1997, p. 61.

SANDEVOIR Pierre, « Les vicissitudes de la notion de service public industriel et commercial », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., 1974, p. 317.

SAINT-JOURS Yves, « L'assurance maladie resituée dans une logique libérale », *Revue Dalloz*, n° 39, 2004, p. 2795.

SAINT-JOURS Yves, « Retraite conventionnelle : la dévalorisation des pensions par accords de substitution », *Revue Dalloz*, n° 17, 2006, p. 1154.

SCHOUKENS Paul, PIETERS Danny, « L'accès des travailleurs migrants irréguliers à la protection sociale », *RDSS*, n° 4, 2005, p. 529

SCIARRA Silvana, « De Strasbourg à Amsterdam : Perspectives de convergence de la politique européenne des droits sociaux », in *L'Union européenne et les droits de l'homme*, sous la direction de Philippe ASTON, Bruylant, 2001, p. 498.

SETTERGEN Ole, « La réforme du système de retraite suédois. Premiers résultats », *Revue française des affaires sociales*, n° 4, 2003, p. 337.

SHWARTZ Rémy, « Education : une confluence de libertés publiques », *AJDA*, hors-série, 1998, p. 177.

SMETS Henri, « L'accès aux biens essentiels, un droit pour tous », in Roselyne ALLEMAND, Laurence POTVIN-SOLIS, *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*, L'Harmattan, 2008, p. 109.

SINKONDO Marcel H., « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ? », *RTD civ.*, n° 2, 1993 p. 239.

SOLDINI David, « Le service public de l'emploi et le droit de la concurrence », *Droit social*, n° 6, 2006, p. 599.

SPILIOTOPOULOS Epaminondas, « La dualité de juridictions en Grèce », *RFDA*, n° 5, 1990, p. 877.

SPILIOTOPOULOS Epaminondas, BREDIMAS Antonis, « La situation juridique du demandeur d'asile », *RFDA*, n° 4, 1993, p.767.

SPILIOTOPOULOS Epaminondas, « La notion de service public en droit hellénique », in Frank MODERNE, Gérard MARCOU, *L'idée du service public dans le droit des Etats de l'UE*, L'Harmattan, 2005, p. 217.

STIRN Bernard, « Constitution et droit administratif », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 37, n° 4, 2012, p. 5.

STROZZI Girolamo, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne », *RTD européen*, n° 3, 1994, p. 373.

STRUILLOU Yves, « La réforme de l'inspection du travail : répondre aux exigences d'un service public constitutionnel », *Droit social*, n° 9, 2014, p. 689.

SUDRE Frédéric, « "La perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », in *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 468.

SUDRE Frédéric, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : exercice de 'jurisprudence fiction' ? », *RTDH*, n° 55, 2003, p. 757.

TABUTEAU Didier, « Santé et assurance-maladie : l'inquiétante dilution des services publics », *Droit social*, n° 12, 2011, p. 1277.

TINIERE Romain, « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », *RDLF*, n° 14, 2014 (publié en ligne sur le site revuedlf.fr).

TROPER Michel, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 41.

TRUCHET Didier, « Unité et diversité des « grands principes » du service public », *AJDA*, hors-série, 1997, p. 38.

TULKENS Françoise, Luc DONNAY « La marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC*, n° 1, 2006, p. 3.

USINIER Laurence, « Fondamentaux, mais ineffectifs : les droits sociaux fondamentaux vus par la Cour de justice de l'Union européenne », *RTD civ*, n° 4, 2014, p. 843.

VACARIE Isabelle, « L'assurance maladie complémentaire : élément du statut social de la personne ? », *RDSS*, n° 4, 2014, p.625.

VEDEL Georges, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in André de LAUBADERE, André MATHIOT, Jean RIVERO, Georges VEDEL, Jean Boulois, *Pages de doctrine, Tome II*, L.G.D.J., 1980, p. 129.

VENIZELOS Euaggelos, « La Constitution hellénique révisée de 2001 et l'actualité du phénomène constitutionnel », *RFDC*, n° 3, 2002, p. 515.

VERPEAUX Michel, « Libre administration, liberté fondamentale, référé-liberté », *RFDA*, n° 3, 2001, p. 681.

VERPEAUX Michel, « Pouvoir réglementaire », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1177.

VERPEAUX Michel, « Préface », in Ariane VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Editions Panthéon-Assas, 2007, p. 7.

VERPEAUX Michel, « Question préjudicielle et renouveau constitutionnel », *AJDA*, n° 34, 2008, p. 1879.

VERPEAUX Michel, « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel », *RFDA*, n° 4, 2011, p. 806.

VERKINDT Pierre-Yves, « Un chantier à hauts risques politiques : la réforme du système des retraites », *RDSS*, n° 6, 2017, p. 1028.

VERDIER Jean-Maurice, « Les droits économiques et sociaux : relance au Conseil de l'Europe ? », *Droit social*, n° 4, 1992, p. 415.

VERKINDT Pierre-Yves, « Un organisme de sécurité sociale n'est pas une entreprise au sens du droit communautaire », *RDSS*, n° 3, 2002, p. 533.

VIEU Patrick, « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *RFDA*, n° 1, 2010, p. 35.

WASZEK Norbert, « Aux sources de l'État social à l'allemande : Lorenz von Stein — et Hegel », *Revue germanique internationale*, n° 15, 2001, p. 211.

WETENSCHLAG Bruno, « Loi ALUR et logement social », *AJDI*, n° 5, 2014, p. 351.

WERTENSCHLAG Bruno, BERGER Johanne, « La loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté : vers un droit à la mixité sociale », *AJDI*, n° 4, 2017, p. 246.

XYNOPOYLOS Georges, « Proportionnalité », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1251.

YANNAKOPOULOS Constantin, « La C.J.C.E. est-elle compétente pour harmoniser les réglementations nationales par voie jurisprudentielle ? Réflexions sur les limites de l'interprétation créative du droit communautaire par la C.J.C.E. », in *Problèmes d'interprétation. A la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, A.N. Sakkoulas, Bruylant, 2004, p. 505.

YANNAKOPOULOS Constantin, « Constitution et handicap : le paradigme hellénique d'un Etat de droit social », in Olivier GUEZOU et Stéphane MANSON, *Droit public et handicap*, Dalloz, 2009, p. 113.

YANNAKOPOULOS Constantin, « L'influence du droit de l'Union européenne sur le système de contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois : les paradigmes français et grec », *RFDC*, n° 9, 2012, p. 537.

YANNAKOPOULOS Constantin, « Le juge national, le droit de l'Union européenne et la crise financière », *RTDE*, n° 1, 2013, p. 147.

ZARKA Jean-Claude, « Le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire (TSCG) », *Revue Dalloz* n° 14, 2012, p. 893.

E. Rapports et divers

Relativement à la Constitution française de 1958 :

Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Vol. III, *Du conseil d'état au référendum*, 20 août-28 septembre 1958, La Documentation française, 1991.

Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Vol. IV, *Commentaires sur la Constitution (1958-1959)*, La Documentation française, 2001.

Relativement au Préambule de la Constitution de 1946 :

Comptes-rendus de l'Assemblée nationale constituante de 1946, Archives de l'Assemblée nationale (disponibles sur le site archives.assemblee-nationale.fr).

Relativement à la Convention européenne :

Recueil des Travaux préparatoires, Conseil de l'Europe, Volume VI, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

Rapports du Conseil d'Etat :

Rapport public du Conseil d'Etat sur le principe d'égalité, n° 48, La Documentation française, 1997.

Rapport public du Conseil d'Etat sur le droit à la santé, n° 49, La Documentation française, 1998.

Rapport public du Conseil d'Etat sur l'intérêt général, n° 50, La Documentation française, 1999.

Rapports du Sénat :

« Les retraites en Allemagne : des enseignements à tirer ? », *Rapport d'information d'Alain VASSELLE, Christiane DEMONTÈS et André LARDEUX*, n° 673, juillet 2010 (disponible sur le site du senat.fr).

« Les recours devant le juge constitutionnel », *Les documents de travail du Sénat, Étude de législation comparée*, n° 208, septembre 2010 (disponible sur le site senat.fr).

« Les MIGAC : un enjeu à la croisée des réformes du secteur hospitalier », *Rapport d'information de M. Jean-Jacques JÉGOU, fait au nom de la commission des finances*, n° 686, juin 2011 (disponible sur le site senat.fr).

Rapports du Défenseur des droits :

« Exilés et droits fondamentaux : la situation sur le territoire de Calais », Rapport publié en octobre 2015 (disponible sur le site defenseurdesdroits.fr).

« L'accès à la santé des enfants pris en charge au titre de la protection de l'enfance : accès aux soins et sens du soin », Rapport publié en janvier 2017 (disponible sur le site defenseurdesdroits.fr).

« Relations des usagers avec les services publics : le risque du non-recours », Enquête sur l'accès aux droits, volume 2, mars 2017 (disponible sur le site defenseurdesdroits.fr).

« Emploi des personnes des personnes de handicap et aménagement raisonnable », Guide publié en décembre 2017 (disponible sur le site defenseurdesdroits.fr).

« Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence », Rapport publié en février 2018 (disponible sur le site defenseurdesdroits.fr).

Avis du Défenseur des droits sur le projet de la loi ELAN, n° 18-13, 11 mai 2018 (disponible sur le site defenseurdesdroits.fr).

Interventions aux colloques organisés par le Conseil d'Etat :

Jean-Marc SAUVE, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », Intervention du Vice-président du Conseil d'Etat lors du cycle 2010-2011 : « Le droit européen des droits de l'homme », 23 avril 2010 (publiée sur le site conseil-etat.fr).

Jean-Marc SAUVE, « Allocution d'ouverture », Intervention du Vice-président du Conseil d'Etat lors du colloque organisé par le Conseil d'Etat sur le sujet : « La notion de service d'intérêt économique général. Cadre européen et régimes nationaux », 14 octobre 2011 (disponible sur le site conseil-etat.fr).

Jean-Marc SAUVE, « Ouverture », Intervention du Vice-président du Conseil d'Etat lors du colloque organisé par la Société de Législation comparée, sur le sujet : « L'entreprise et la sécurité juridique », 21 septembre 2014 (disponible sur le site conseil-etat.fr).

Jean-Marc SAUVE, « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par les juristes », Intervention du Vice-président du Conseil d'Etat lors du Colloque organisé par la Commission européenne sur le sujet : « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : évaluer et répondre aux besoins de formation des juristes et des autorités publiques », 17 décembre 2014 (disponible sur le site conseil-etat.fr).

Jean-Marc SAUVE, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », Intervention du Vice-président du Conseil d'Etat lors du colloque organisé par le Défenseur des droits : « 10 ans de droit de la non-discrimination », 5 octobre 2015 (disponible sur le site conseil-etat.fr).

Jean-Marc SAUVE, « Les grands investissements publics », Intervention du Vice-président du Conseil d'Etat lors du colloque organisé par le Conseil d'Etat sur le sujet le sujet : « Les entretiens du Conseil d'État en droit public économique : les grands investissements publics » 20 octobre 2017 (disponible sur le site conseil-etat.fr).

Bernard STIRN, « Ordre public et libertés publiques », Intervention du Président de la section du contentieux lors du colloque sur l'ordre public, organisé par l'Association française de philosophie du droit, 17 et 18 septembre 2015 (disponible sur son site conseil-état.fr).

Interventions aux colloques en général :

Olivier DE SCHUTTER, « Le droit à l'alimentation, facteur de changement », Rapport soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies sur le droit à l'alimentation le 24 janvier 2014 (publié sur le site srfood.org).

Constantin YANNAKOPOULOS, « La Cour de justice de l'Union européenne et la crise de la zone Euro : ' La Trahison des images' », Version rédigée d'une conférence de spécialité prononcée par l'auteur et organisée par l'Ecole Doctorale de Droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3, le 28 mars 2017 (publiée sur le site constitutionalisme.gr).

II. Bibliographie en langue hellénique

A. Ouvrages généraux, manuels

BENIZEΛΟΣ Ευάγγελος, *Μαθήματα συνταγματικού Δίκαιου*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2008 / VENIZELOS Evangelos, *Leçons de droit constitutionnel*, éd. Ant. N. Sakkoulas, 2008.

ΓΕΡΟΝΤΑΣ Απόστολος, *Δημόσιο Οικονομικό Δίκαιο*, Σάκκουλας Αθηνά-Θεσσαλονίκη, 2011 / GERONTAS Apostolos, *Droit public économique*, Sakkoulas Athènes – Thessalonique, 2011.

ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ πρόδρομος, *Ατομικά Δικαιώματα*, Εκδόσεις Σάκκουλας, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2012 / DAGTOGLOU Prodromos, *Droits individuels*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 2012.

ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Πρόδρομος, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Σάκκουλας Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 2015 / DAGTOGLOU Prodromos, *Droit administratif général*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 2015.

ΚΡΕΜΑΛΗΣ Κωνσταντίνος, *Δίκαιο Κοινωνικής Ασφάλισης*, Αντ. Ν. Σακκουλας 1985 / KREMALIS Konstantinos, *Droit de la sécurité sociale*, 1985.

ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ Πάνος, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, 1990-2012, Αντ. Ν. Σακκουλας, 2013 / LAZARATOS Panos, *Contentieux administratif*, 1990-2012, An. N. Sakkoulas, 2013.

ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ Αντώνης, *Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος συνταγματικότητας*, Σάκκουλας Αθηνά – Θεσσαλονίκη 1994 / MANITAKIS Antonis, *Etat de droit et contrôle de constitutionnalité*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 1994.

ΜΑΝΕΣΗΣ Αριστόβουλος, *Συνταγματικά Δικαιώματα, Τόμος Ι, Ατομικές ελευθερίες*, Σάκκουλας, Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 1982 / MANESIS Aristovoulos, *Droits constitutionnels, Tome I, Libertés individuelles*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki 1982.

ΜΑΥΡΙΑΣ Κωνσταντίνος, *Συνταγματικό δίκαιο*, ΠΝ Σάκκουλας, 2014 / MAVRIAS Kostas, *Droit constitutionnel*, PN Sakkoulas, 2014.

ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ – ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Πατρίνα, *Δίκαιο κοινωνικής ασφάλισης*, Νομική Βιβλιοθήκη 2017 / PAPANIGOROPOULOU-PEXLIVANIDI Patrina, *Droit de la sécurité sociale*, éd. Nomiki Vivliothiki, 2017.

ΠΕΡΡΑΚΗΣ Στέλιος, *Διαστάσεις της διεθνούς προστασίας των δικαιωμάτων του ανθρώπου*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2009 / PERRAKIS Stelios, *Dimensions de la protection internationale des droits de l'homme*, Ant. N. Sakkoula, 2009.

ΡΟΥΚΟΥΝΑΣ Εμμανουήλ, *Διεθνής προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου*, Αθήνα, Βιβλιοθήκη Εστία, 1995 / ROUKOUNAS Emmanouil, *Protection internationale des droits de l'homme*, Athènes, Librairie Estima, 1995.

ΣΑΤΛΑΝΗΣ Χρήστος, *Εισαγωγή στο δίκαιο της διεθνούς προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2013 / SATLANIS Christos, *Introduction au droit de la protection internationale des droits de l'homme*, Ant. N. Sakkoulas, 2013.

ΣΤΕΡΓΙΟΥ Άγγελος, *Η συνταγματική κατοχύρωση της κοινωνικής ασφάλισης*, Σάκκουλα Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 1994 / STERGIU Aggelos, *La garantie constitutionnelle de la sécurité sociale*, Sakkoulas Athina-Thessaloniki, 1994.

ΣΤΕΡΓΙΟΥ Άγγελος, *Δίκαιο κοινωνικής ασφάλισης*, Σάκκουλας, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2014/ STERGIU Aggelos, *Droit de la sécurité sociale*, Sakkoulas Athina-Thessaloniki, 2014.

ΣΑΡΜΑΣ Ιωάννης, *Συνταγματική και διοικητική νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας : εξελεγκτική μελέτη των μεγάλων θεμάτων*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1994/ SARMAS Ioannis, *Jurisprudence constitutionnelle et administrative du Conseil d'Etat hellénique. Etude évolutive des grands arrêts*, Ant. N. Sakkoulas, 1994.

ΣΑΡΜΑΣ Ιωάννης, *Η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου και της Επιτροπής*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1998 / SARMAS Ioannis, *La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et du Comité*, Ant. N. Sakkoulas, 1998.

ΣΙΣΙΛΙΑΝΟΣ Αλέξανδρος, *Η ανθρώπινη διάσταση του διεθνούς δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010 / SISILIANOS Alexandros, *La dimension humaine du droit international*, Nomiki vivliothiki, 2010.

ΣΙΣΙΛΙΑΝΟΣ Αλέξανδρος, *Η ευρωπαϊκή σύμβαση των δικαιωμάτων του ανθρώπου. Ερμηνεία κατά άρθρο*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017 / SISILIANOS Alexandros, *La Convention européenne des droits de l'homme. Interprétation par article*, Nomiki vivliothiki, 2017.

ΤΑΧΟΣ Αναστάσιος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, Σάκκουλας Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 2005 / TACHOS Anastasios, *Droit administratif hellénique*, Sakkoulas Athina-Thessaloniki, 2005.

ΤΣΑΤΣΟΣ Δημήτριος, *Συνταγματικό δίκαιο, Τόμος III, Ατομικά Δικαιώματα*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1987 / TSATSOS Dimitrios, *Droit constitutionnel, tome III, Droits fondamentaux*, Ant. N. Sakkoulas, 1987.

ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ Κώστας, *Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006 / CHRYSOGONOS Kostas, *Droits individuels et sociaux*, Nomiki Vivliothiki, 2006.

ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ Κώστας, *Συνταγματικό Δίκαιο*, Σάκκουλας, Αθηνά – Θεσσαλονίκη 2014 / CHRYSOGONOS Kostas, *Droit constitutionnel*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 2014.

B. Ouvrages spécialisés

ΑΛΙΜΠΙΑΝΤΗΣ Νικήτας, *Τα κοινωνικά δικαιώματα σε υπερεθνικό επίπεδο ανά τον κόσμο* Παπαζήση, 2008 / ALIBANTIS Nikitas, *Les droits sociaux en droit supranational dans le monde*, Papazisi, 2008.

ΑΜΙΤΣΗΣ Γαβριήλ, *Η θεσμική κατοχύρωση των ελάχιστων ορίων διαβίωσης στην ελληνική και διεθνή έννομη τάξη*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2001 / AMITSIS Gavriil, *La consécration institutionnelle des moyens minimaux d'existence dans l'ordre juridique hellénique*, Ant.N. Sakkoulas, 2001.

ΑΜΙΤΣΗΣ Γαβριήλ, *Επαγγελματικά συστήματα ασφάλισης και ζητήματα εργατικού δικαίου από την ιδιωτική ομαδική ασφάλιση*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2004 / AMITSIS Gavriil, *Caisses de retraite professionnelle et questions de droit du travail à propos de l'assurance privée collective*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2004.

ΑΝΘΟΠΟΥΛΟΣ Χαράλαμπος, ΚΟΝΤΙΑΔΗΣ Ξενοφών, ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΟΣ Γεώργιος, ΤΑΣΟΠΟΥΛΟΣ Γιάννης, *Σύνταγμα και ερμηνεία, η συμβολή του Δημήτρη ΤΣΑΤΣΟΥ*, Αντ Ν Σάκκουλας, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2008 / ANTHOPOULOS Charalabos, KONTIADIS Xénophon, KATROUGALOS Georgios, TASOPOULOS Giannis, *Constitution et interprétation. La contribution de Dimitris Tsatsos*, Ant. N. Sakkoulas, 2008.

ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ Φιλοκτημων, *Η « πρότυπη » η « πιλοτική » δική ενόπιον του Συμβουλίου της επικράτειας*, Νομική βιβλιοθήκη, 2012 / ARNAOUTOGLU Filoktimon, *Le procès modèle ou pilote devant le Conseil d'Etat*, Nomiki Vilviothiki, 2012.

ΒΑΞΕΒΑΝΗΣ Χρήστος, ΝΑΣΚΟΥ-ΠΕΡΡΑΚΗ Παρούλα, ΠΑΠΑΓΕΩΡΓΙΟΥ Γιάννης, *Πρόσφυγες και αιτούντες άσυλο*, Σάκκουλας Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 2017 / VAXEVANIS Christos, NASKOU-PERRAKI Paroula, PAPAGEORGIOU Giannis, *Réfugiés et demandeurs d'asile*, Sakkoulas Athina-Thessaloniki, 2017.

ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ Ευάγγελος, *Το αναθεωρητικό κεκτημένο*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2002 / VENIZELOS Euaggelos, *L'acquis de la révision constitutionnelle*, Ant. N. Sakkoulas, 2002.

ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΣ Σπύρος, *Η ιδιωτικοποίηση , το συνταγματικό πλαίσιο μιας πολιτικής απόφασης*, Αντ, Ν Σάκκουλας, 1999 / VLACHOPOULOS Spiros, *La privatisation. Le cadre constitutionnel d'une décision politique*, Ant. N. Sakkoulas, 1999.

ΒΡΕΛΛΗΣ Σπύρος, *Δίκαιο αλλοδαπών*, Νομική βιβλιοθήκη, 1999 / VRELLIS Spiridonas, *Droits des étrangers*, Nomiki vivliothiki, 1999.

ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Κωνσταντίνος, *Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2006 / YANNAKOPOULOS

Constantin, *La protection de la libre concurrence lors de l'exécution des marchés publics*, Ant. N. Sakkoulas, 2006.

ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Κωνσταντίνος, *Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων*, Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2013 / YANNAKOPOULOS Constantin, *L'impact du droit de l'Union au contrôle de constitutionnalité des lois*, Sakkoulas Athina – Thessaloniki, 2013.

ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ Απόστολος, ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΣ Μιχάλης, *Αστικός κώδικας, κάτ. άρθρο ερμηνεία*, Π.Ν Σακκουλας, 2016 / GEORGIADIS Apostolos, STATHOPOULOS Michalis, *Code civil, interprétation par article*, P.N. Sakkoulas, 2016.

ΔΕΛΛΗΣ Γεώργιος, *Κοινή ωφέλεια και αγορά Τόμος I*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2008 / DELLIS Georges, *Intérêt général et marché, Tome I*, Ant. N. Sakkoulas, 2008.

ΔΕΤΣΑΡΙΔΗΣ Χρήστος, *Οι αρχές της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της καλής πίστης στο διοικητικό δίκαιο*, Σάκκουλας, Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 2003 / DETSARIDIS Christos, *Les principes de confiance légitime et de bonne foi en droit administratif*, Sakkoulas, Athina - Thessaloniki, 2003.

ΗΛΙΟΠΟΥΛΟΥ-ΣΤΡΑΓΓΑ Τζούλια, *Η τριτενέργεια των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων του Συντάγματος 1975*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1996 / ILIOPOULOS-STRANGAS Julia, *L'effet horizontal des droits individuels et sociaux de la Constitution de 1975*, Ant. N. Sakkoulas, 1996.

ΗΛΙΟΠΟΥΛΟΥ-ΣΤΡΑΓΓΑ Τζούλια, *Ελληνικό συνταγματικό δίκαιο και ευρωπαϊκή ενοποίηση*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1996 / ILIOPOULOS-STRAGGAS Julia, *Droit constitutionnel hellénique et intégration européenne*, Ant. N. Sakkoulas, 1996.

ΙΓΓΛΕΖΑΚΗΣ Ιωάννης, *Κοινωνικό κράτος δίκαιου*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2005 / IGGLEZAKIS Ioannis, *L'État social de droit*, Ant. N. Sakkoulas 2005.

ΚΑΣΙΜΑΤΗΣ Γεώργιος, ΜΑΥΡΙΑΣ Κώστας, *Η ερμηνεία του Συντάγματος, Τόμος I*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2003 / KASIMATIS Georgios, Kostas MAVRIAS, *L'interprétation de la Constitution, Tome I*, Ant. N. Sakkoulas, 2003.

ΚΑΣΙΜΑΤΗΣ Γεώργιος, *Η μετάβαση στη δημοκρατία και το σύνταγμα του 1975*, Ίδρυμα της Βουλής των Ελλήνων, 2005 / KASIMATIS Georgios, *La transposition démocratique et la Constitution de 1975*, Fondation du Parlement hellénique pour la Démocratie, 2005.

ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΟΣ Γεώργιος, *Το κοινωνικό κράτος της μεταβιομηχανικής εποχής*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1998 / KATROUGALOS Georges, *L'État social postindustriel*, Ant. N. Sakkoulas, 1998.

ΚΑΤΣΕΛΗΣ Λουκάς, ΠΕΛΑΓΙΔΗΣ Θεόδωρος, *Για μια Ευρώπη των κοινωνικών δικαιωμάτων*, Εκδόσεις Παπαζήση, 1998 / KATSELIS Loukas, PELAGRIDIS Theodoros, *Pour une Europe des droits sociaux*, Papazisi, 1998.

ΚΟΝΤΙΑΔΗΣ Ξενοφών, *Η κοινωνική διοίκηση στην Ελλάδα : θεμελιώδη θεσμικά προβλήματα και μεταρρυθμιστικές προτάσεις*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1997 / KONTIADIS Xenofon,

L'administration sociale en Grèce. Des problèmes institutionnels de base et des propositions des réformes, Ant. N. Sakkoulas, 1997.

ΚΟΝΤΙΑΔΗΣ Ξενοφών, *Ο νέος συνταγματισμός και τα κοινωνικά δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2002 / ΚΟΝΤΙΑΔΙΣ Χένοφον, *Le nouveau constitutionnalisme et les droits fondamentaux après la révision de 2001*, éd. Ant. N. Sakkoulas, 2002.

ΚΟΝΤΙΑΔΗΣ Ξενοφών, *Συνταγματικές εγγυήσεις και θεσμική οργάνωση του συστήματος κοινωνικής ασφάλειας*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2004 / ΚΟΝΤΙΑΔΙΣ Χένοφον, *Garanties constitutionnelles et organisation institutionnelle du système de sécurité sociale*, Ant. N. Sakkoulas, 2004.

ΚΟΝΤΟΓΙΩΡΓΑ - ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ Δήμητρα, *Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο*, Σάκκουλας Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 1989 / ΚΟΝΤΟΓΙΩΡΓΑ-ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ Dimitra, *Le principe de proportionnalité dans le droit public interne*, Sakkoulas Athina – Thessaloniki, 1989

ΚΡΕΜΑΛΗΣ Κωνσταντίνος, *Προβλήματα οριοθέτησης της ιδιωτικής ασφάλισης*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1996 / ΚΡΕΜΑΛΙΣ Konstantinos, *Des problèmes de délimitation de l'assurance privée par rapport à la sécurité sociale*, Ant. N. Sakkoulas, 1996.

ΚΡΕΜΑΛΗΣ Κωνσταντίνος, *Γνωμοδοτήσεις κοινωνικού δικαίου, 2000-2010*, Παπαζιση, 2011 / ΚΡΕΜΑΛΙΣ Konstantinos, *Consultation relative au droit social, 2000-2010*, Papazisi, 2011.

ΚΤΙΣΤΑΚΗ Σταυρούλα, *Η εφαρμογή της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου από το Συμβούλιο της Επικρατείας*, Αντ. Σάκκουλας, 2009 / ΚΤΙΣΤΑΚΙ Stavroula, *L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil d'Etat*, Ant. N. Sakkoulas, 2009.

ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ Αντώνης, *Το « σύνταγμα » της Ευρώπης αντιμέτωπο με την εθνική και λαϊκή κυριαρχία*, Παπαζήση, 2004 / ΜΑΝΙΤΑΚΙΣ Antonis, *La « Constitution » européenne face à la souveraineté nationale et populaire*, Papazisi, 2004.

ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ Αντώνης, *Η ίδρυση Συνταγματικού Δικαστηρίου*, Σάκκουλας, Αθηνά Θεσσαλονίκη, 2008 / ΜΑΝΙΤΑΚΙΣ Antonis, *L'établissement d'une Cour constitutionnelle*, Sakkoulas, Athina - Thessaloniki, 2008.

ΜΑΤΘΑΙΟΥ Ανδρέας, *Αλληλεπίδραση κανόνων δικαίου κοινωνικής ασφάλισης και προνοίας στους κλάδους αναπηρίας, γήρατος και οικογενειακών βαρών*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1996 / ΜΑΤΘΑΙΟΥ Andreas, *Interaction des règles de sécurité sociale et d'aide sociale concernant le handicap, la vieillesse et les allocations familiales*, Ant. N. Sakkoulas, 1996.

ΜΑΤΖΟΥΦΑΣ Παναγιώτης, *Οικονομική κρίση και Σύνταγμα*, Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2014 / ΜΑΝΤΟΥΦΑΣ Panagiotis, *Crise financière et Constitution*, Sakkoulas Athina – Thessaloniki, 2014.

ΜΟΥΚΙΟΥ Χρυσούλα, *Η ρυθμιστική αρμοδιότητα της Διοίκησης υπό το πρίσμα νεότερων νομολογικών εξελίξεων*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλας, Αθήνα, 2009 / ΜΟΥΚΙΟΥ Chrysoula,

- La compétence réglementaire de l'Administration à l'épreuve de la jurisprudence récente*, Ant. N. Sakkoulas, 2009.
- ΜΟΥΣΤΑΙΡΑ Ελένη, *Σταθμοί στην πορεία του συγκριτικού δικαίου. Θέσεις και αντιθέσεις*, Αντ. Ν. Σάκκουλας 2003 / MOUSTAIRA Eleni, *Etapes du développement du droit comparé. Positions et contre-positions*, Ant. N. Sakkoulas, 2004.
- ΜΠΕΣΙΛΑ-ΒΗΚΑ Ευρυδίκη, *Ο ελεύθερος ανταγωνισμός και οι περιορισμοί του*, Σάκκουλας Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 1998 / BESILA-VIKA Euridiki, *La concurrence libre et ses limitations*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 1998.
- ΠΑΠΑΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΥ Απόστολος, *Κοινωνική Δημοκρατία και κοινωνικό κράτος δικαίου κατά το Σύνταγμα του 1975/1986/2001*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2006 / PAPAΚONSTANTINOY Apostolos, *Démocratie sociale et État social de droit au regard de la Constitution de 1975/1986/2008*, Ant. N. Sakkoulas, 2006.
- ΠΑΠΑΝΙΚΟΛΑΟΥ Παναγιώτης, *Μεθοδολογία του ιδιωτικού δικαίου και ερμηνεία των δικαιοπραξιών*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2000 / PAPANIKOLAOU Panayiotis, *Méthodologie du droit civil et interprétation des contrats*, Ant. N. Sakkoulas, 2000.
- ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ Λίνα, *Εθνικό σύνταγμα και κοινοτικό δίκαιο : το ζήτημα της υπέροχης*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2009 / PAPADOPOULOU Lina, *Constitution nationale et droit communautaire : la question de la « primauté »*, Ant. N. Sakkoulas, 2009.
- ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ – ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Πατρίνα, *Η επικουρική κοινωνική ασφάλιση στο ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού*, Αντ.Ν.Σάκκουλας, 2002 / PAPARRIGOPOULOU-PEXLIVANIDI Patrina, *La protection sociale complémentaire à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence*, éd. Ant. N. Sakkoulas, 2002.
- ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ – ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Πατρίνα, *Το δημόσιο δίκαιο της υγείας*, Νομική βιβλιοθήκη, 2009 / PAPARRIGOPOULOU-PEXLIVANIDI Patrina, *Le droit public de santé*, Nomiki vivliothiki, 2009.
- ΠΑΡΑΡΑΣ Πέτρος, *Σύνταγμα και ευρωπαϊκή σύμβαση των δικαιωμάτων του ανθρώπου*, Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2001 / PARARAS Petros, *Constitution et Convention européenne des droits de l'Homme*, Ant. N. Sakkoulas, 2001.
- ΠΑΡΑΡΑΣ Πέτρος, *Res publica, Κράτος δικαίου*, Τόμος Ι, Σάκκουλας, Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 2014 / PARARAS Petros, *Res publica, l'Etat de droit*, Tome I, Sakkoulas Athina – Thessaloniki, 2014.
- ΠΑΤΙΝΙΩΤΗΣ Νικόλαος, *Αναγκαστικές προσλήψεις ατόμων ειδικών κατηγοριών στο δημόσιο και τον ιδιωτικό τομέα - Ν. 2643/1998*, Σάκκουλας Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 2012 / PATINIOTIS Nikolaos, *Le recrutement obligatoire des individus relevant des catégories spéciales dans le domaine public et privé Loi n° 2643/1998*, Sakkoulas Athina-Thessaloniki, 2012.
- ΠΑΥΛΟΠΟΥΛΟΣ Προκοπής, *Η αστική ευθύνη του κράτους στο δημόσιο δίκαιο Τόμος Ι*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1989 / PAVOLOPOULOS Prokopis, *La responsabilité civile de l'État en droit public, Tome I*, Ant. N. Sakkoulas, 1989.

ΠΑΥΛΟΠΟΥΛΟΣ Προκόπης, *Το δημόσιο δίκαιο στον αστερισμό της οικονομικής κρίσης*, Λιβάνης, 2013 / PAVLOPOULOS Prokopis, *Le droit public à l'épreuve de la crise financière*, Livanis, 2013.

ΠΑΥΛΟΠΟΥΛΟΣ Προκοπής, *Η δημόσια υπηρεσία*, Νομική βιβλιοθήκη, 2018 / PAVLOPOULOS Prokopis, *Le service public*, Nomiki Vivliothiki, 2018.

ΠΕΡΑΚΗΣ Μανώλης, *Η δικαστική προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην ευρωπαϊκή ένωση*, Νομική βιβλιοθήκη, 2015 / PERAKIS Manolis, *La protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Nomiki vivliothiki, 2015.

ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟΣ Φίλιππος, *Η ερμηνεία του Συντάγματος*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1999 / Philippos SPIROPOULOS, *L'interprétation de la Constitution*, Ant. N. Sakkoulas, 1999.

ΣΤΕΡΓΙΟΥ Άγγελος, *Τα οικογενειακά επιδόματα*, Σάκκουλας Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 1996 / STERGIU Aggelos, *Les allocations familiales*, Sakkoulas Athina – Thessaloniki, 1996.

ΣΤΕΡΓΙΟΥ Άγγελος, *Κοινοτικός δικαστής και ο συντονισμός των συστημάτων κοινωνικής ασφάλειας*, Σάκκουλας, Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 1997 / STERGIU Aggelos, *Le juge communautaire et la convergence des systèmes de sécurité sociale*, Sakkoulas Athina-Thessaloniki, 1997.

ΤΣΑΤΣΟΣ Δημήτριος, *Η ερμηνεία του Συντάγματος*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1995 / TSATSOS Dimitrios, *L'interprétation de la Constitution*, Ant. N. Sakkoulas, 1995.

ΦΟΡΤΣΑΚΗΣ Θεόδωρος, *Δίκαιο της ενέργειας*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2009 / FORTSAKIS Théodore, *Droit de l'énergie*, Ant. N. Sakkoulas, 2009.

ΨΑΡΟΥΔΑ-ΜΠΙΕΝΑΚΗ Άννα, *Πέντε χρόνια μετά την αναθεώρησή του 2001*, Τόμος Ι, Αντ.Ν. Σακκουλας, 2006 / PSAROUDA-BENAKI Anna, *Cinq ans après la révision de 2001, Tome I*, Ant. N. Sakkoulas, 2006.

C. Thèses

ΑΓΓΕΛΟΠΟΥΛΟΥ Όλγα, *Η υποχρεωτικότητα ως χαρακτηριστικό γνώρισμα της κοινωνικής ασφάλισης*, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2003 / AGGELOPOULOU Olga, *Le caractère obligatoire comme caractéristique de la sécurité sociale*, Ant. N. Sakkoulas, 2003.

ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ Γεώργιος-Αλέξανδρος, *Η παραίτηση από δικαιώματα*, 2017, Αριστοτέλειο πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, 2017 / GEORGIADIS Georgios-Alexandros, *L'abandon des droits*, Université Aristotelio de Thessalonique, 2017.

ΚΑΙΔΑΤΖΗΣ Ακρίτας, *Συνταγματικοί περιορισμοί των ιδιωτικοποιήσεων*, Σάκκουλας Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 2006 / KAIDATZIS Akritas, *Les limites constitutionnelles aux privatisations*, Sakkoulas, Athina-Thessaloniki, 2006.

ΚΟΥΤΣΟΜΠΟΗ Πολυχρονία, *Η ανάκληση ατομικών διοικητικών πράξεων κοινωνικής ασφάλισης*, 2015, Αριστοτέλειο πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης / KOUTSOBOI Polihronia, *Le*

retrait des actes administratifs individuels de sécurité sociale, Université Aristotelio de Thessalonique, 2015.

ΜΑΘΙΟΥΔΑΚΗΣ Ιάκωβος, *Η αστική ευθύνη του Δημοσίου από υλικές ενέργειες των οργάνων του κατά τα άρθρα 105 – 6 ΕΙΣΝΑΚ*, Π.Ν. Σακκουλας, 2006 / ΜΑΘΙΟΥΔΑΚΗΣ Ιακωνος, *La responsabilité civile de l'Etat à travers les actes matériels de ses organes selon les articles 105, 106 de la loi introductive au Code civil*, P. N. Sakkoulas, 2006.

ΜΑΤΖΟΥΦΑΣ Παναγιώτης, *Ακαδημαϊκή ελευθερία. Οργανωτική και διαδικαστική θεώρηση. Το συνταγματικό πλαίσιο της εξέλιξης των πανεπιστημιακών*, Σάκκουλας, Αθηνά - Θεσσαλονίκη, 1997 / ΜΑΤΖΟΥΦΑΣ Panagiotis, *Liberté d'enseignement. Conception d'organisation et de procédure. Le cadre constitutionnel de l'évolution des académiciens*, Sakkoulas, Athènes – Thessalonique, 1997.

ΠΕΡΑΚΗΣ Μανώλης, *Τα δικαιοδοτικά όρια του ΔΕΚ υπό ευρωπαϊκή διακυβέρνηση*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2009 / ΠΕΡΑΚΗΣ Manolis, *Les limites de la compétence de la Cour de Justice sous la gouvernahce européenne*, Nomiki viltiohiki, 2009.

ΣΥΜΕΟΝΙΔΗΣ Ιωάννης, *Η φύση των πράξεων των δημόσιων νομικών προσώπων ιδιωτικού δίκαιου*, Σάκκουλας, Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 1991 / ΣΙΜΕΟΝΙΔΗΣ Ioannis, *La nature des actes des personnes morales publiques du droit privé*, Sakkoulas Athènes – Thessalonique, 1991.

ΤΣΙΡΩΝΑΣ Αθανάσιος, *Αποκρατικοποιήσεις* Σάκκουλας Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 2006 / ΤΣΙΡΩΝΑΣ Athanasios *Les désétatisations*, Sakkoulas Athènes – Thessalonique, 2006.

D. Articles et contributions

ΑΡΓΥΡΟΣ Αντώνης, « Δωρεάν Παιδεία και μεταπτυχιακές σπουδές », *ΝοΒ*, ν° 60, 2012, σελ. 1293 / ΑΡΓΙΡΟΣ Antonis, « Enseignement gratuit et master », *No B*, n° 60, 2012, p. 1293.

ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ Ευάγγελος, « Το συνταγματικό καθεστώς των δημόσιων επιχειρήσεων. Η περίπτωση του ΟΤΕ », *ΕΕΔ*, ν° 52, 1993 », σελ. 577 / ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ Evangelos, « La protection constitutionnelle des entreprises publiques, le cas des télécommunications », *EED*, n° 52, 1993, p. 577.

ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΣ Σπύρος, « Η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου και η σύμφωνη ερμηνεία των νομών με βάση το Σύνταγμα, *ΔτΑ*, τόμος εκτός σειράς, Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2003, σελ. 239 / ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΣ Spiros, « Le principe de confiance légitime de l'administré et l'interprétation des lois conformément à la Constitution », *in Etat de droit et confiance légitime*, *DtA*, HS, Ant. N. Sakkoulas, 2003, p. 239.

ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΣ Σπύρος, « Ιδιωτικοποίηση των αρμοδιοτήτων του πυρήνα της κρατικής εξουσίας », *ΔτΑ*, ν° 22, σελ. 455 / ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΣ Spiros, « La privatisation des compétences rattachées au noyau de la puissance publique », *DtA*, n° 22, 2004, p. 455.

ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΣ Σπύρος, « Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων » in Σπύρος ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΣ και alii, *Θεμελιώδη Δικαιώματα*, Νομική βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 1 / ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΣ Spiros, « Théorie générale des droits fondamentaux », *in Spiros VLAHOPOULOS et alii, Les droits fondamentaux*, Nomiki Vivliothiki, 2017, p. 1.

ΒΡΟΝΤΑΚΗΣ Μιχάλης, «Τα συνταγματικά όρια της εξουσίας του νομοθέτη στον καθορισμό του τρόπου οργανώσεως για την εξυπηρέτηση δημόσιου σκοπού», *in Τιμητικός Τόμος για τα εβδομήντα πέντε χρόνια του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Σακκουλας, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2004, σελ. 181 / ΒΡΟΝΤΑΚΗΣ Michalis, « Les limites constitutionnelles de la compétence législative quant à la détermination des choix d'organisation servant l'intérêt général », *in Mélanges sur la jurisprudence du Conseil d'Etat pour les 75 années dès sa création*, Sakkoulas, Athina – Thessaloniki, 2004, p. 181.

ΓΕΡΑΠΕΤΡΙΤΗΣ Γεώργιος, «Δίδακτρα στα προγράμματα μεταπτυχιακά σπουδών: Το Σύνταγμα απέναντι στην πραγματικότητα. Σχόλιο με αφορμή την απόφαση 2411/2012 της Ολομέλειας του ΣτΕ », *Συνήγορος*, ν° 94, 2012, σελ. 42 / ΓΕΡΑΠΕΤΡΙΤΗΣ Georgios, « Frais aux programmes du master : La Constitution face à la réalité. Commentaire à l'arrêt n° 2411/2012 du Conseil d'Etat », *Sinigoros*, n° 94, 2012, p. 42.

ΓΕΡΟΝΤΑΣ Απόστολος, « Η προστασία της περιουσίας κατά την νομολογία του ΕΔΔΑ », *ΝοΒ*, τ. 57, ν° 8, 2009, σελ. 1884 / ΓΕΡΟΝΤΑΣ Apostolos, « La protection de la propriété selon la jurisprudence de la Cour européenne », *ΝοΒ*, t. 57, n° 8, hors-série, 2009, p. 1884.

ΓΕΡΟΝΤΑΣ Απόστολος, « Το Μνημόνιο και η δικαιοπαραγωγική διαδικασία », *ΕφΔΔ*, ν° 5, 2010, σελ. 706 / ΓΕΡΟΝΤΑΣ Apostolos, « Le Mémoire et la production des normes », *EfDD*, n° 5, 2010, p. 706.

ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Κωνσταντίνος, « Η θεσμική θεώρηση της αρμοδιότητας των διοικητικών οργάνων », *Το Σ*, ν° 6, 2003, σελ. 1011 / ΥΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Constantin, « L'approche théorique de la compétence des organes administratifs », *Το Σ*, n° 6, 2003, p. 1011.

ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Κωνσταντίνος, «Τα δικαιώματα στην νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας», *in Μιχάλη Τσαπόγα, Δημήτρη Χριστόπουλου, Τα δικαιώματα στην Ελλάδα 1953 – 2003. Από το τέλος του εμφυλίου στο τέλος της μεταπολίτευσης*, Εκδόσεις Καστανιώτη, Αθήνα, 2004, σελ. 439 / ΥΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Constantin, « Les droits dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *in Michali TSAPOGA, Dimitri CHRISTOPOULOU, Les droits en Grèce 1953-2003. De la fin de la guerre jusqu'à la fin de la période post-dictature*, Editions Kastanioti, Athènes, 2004, p. 439.

ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Κωνσταντίνος, «Ο περιορισμός της αναδρομικότητας των ακυρωτικών αποφάσεων του διοικητικού δικαστή. Σχόλιο στην απόφαση ΣτΕ 808/2006», *ΕφΔΔ*, ν° 3, 2006, σελ. 328 / ΥΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Constantin, « La limitation de la rétroactivité des arrêts d'annulation du juge administratif. Note à propos de l'arrêt n° 808/2006 », *EfDD*, n° 3, 2006, p. 328.

ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Κωνσταντίνος, « Η αποδόμηση των πανεπιστημίων και η επιλεκτική χρεοκοπία του Συντάγματος », *ΕφΔΔ*, ν° 3, 2011, σελ. 336 / ΥΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Constantin, « La déconstruction des universités et la faillite de la Constitution », *EfDD*, n° 3, 2011, p. 336.

ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Κωνσταντίνος, «Το δημόσιο συμφέρον υπό το πρίσμα της οικονομικής κρίσης. Σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις ΣτΕ ν°693/2011, ΣτΕ ν°1620/2011 και ΣτΕ ν°2094/2011», *ΕφΔΔ*, ν°1, 2012, σελ. 100 / ΥΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Constantin, « L'intérêt général dans la perspective de la crise économique. Réflexions à propos des arrêts CdE n° 693/2011, CdE 1620/2011 et CdE 2094/2011 », *EfDD*, n° 1, 2012, p. 100.

ΔΗΜΟΠΟΥΛΟΣ Ανδρέας, « Η αστοχία του ελληνικού Συντάγματος και το άρθρο 21 παρ. 6 » *Δτα*, τ. 2, ν ° 47, 2010, σελ. 713 / DIMOPOULOS Andreas, « Le choix impertinent des rédacteurs de la Constitution hellénique et l'article 21 par. 6 », *Δτα*, t. 2, n° 47, 2010.

ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗ-ΔΗΜΗΤΡΑΚΟΥ Χριστίνα « Θετικά μέτρα και αρχή της ισότητας από τη σκοπιά του συγκριτικού δικαίου » *in Τιμητικός Τόμος Ιωάννη ΚΟΥΚΙΑΔΗ, Το νέο κοινωνικό δίκαιο*, Σάκκουλας Αθηνά – Θεσσαλονίκη, 2014, σελ. 45 / DELIGIANNI-DIMITRAKOU Christina, « Mesures positives et principe d'égalité du point de vue du droit comparé », *in Mélanges en l'honneur de Ioannis KOUKIADIS. Le nouveau droit social*, Sakkoulas Athina-Thessaloniki, 2014, p. 45.

ΕΜΜΑΝΟΥΗΛΙΔΗΣ Δημήτριος, « Κοινωνικά Δικαιώματα των οικονομικών μεταναστών και η νομολογία των δικαστηρίων », *ΕΔΚΑ*, ν° 7, 2004, σελ. 547 / ΕΜΜΑΝΟΥΙΛΙΔΙ Dimitriou, « Droits sociaux des immigrants économiques et jurisprudence des juridictions », *ΕΔΚΑ*, n° 7, 2004, p. 547.

ΙΛΙΟΠΟΥΛΟΥ-ΣΤΡΑΓΓΑ Τζούλια, « Η κοινωνική διάσταση του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης », *Ευρωπαϊών Πολιτεία*, ν° 2, 2008, σελ. 319 / ΙΛΙΟΠΟΥΛΟΣ-STRANGAS Julia, « L'aspect social de la Charte des droits fondamentaux de l'UE », *EurPol*, n° 2, 2008, p. 319.

ΙΛΙΟΠΟΥΛΟΥ-ΣΤΡΑΓΓΑ Τζούλια, « Ο Χάρτης των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης : από τη Νίκαια στη Λισσαβόνα », *Ευρωπαϊών Πολιτεία*, ν° 1, 2008, σελ. 91 / ΙΛΙΟΠΟΥΛΟΣ-STRANGAS Julia, « La Charte des droits fondamentaux de l'UE : de Nice à Lisbonne », *EurPol*, n° 1, 2008, p. 91.

ΚΑΙΔΑΤΖΗΣ Ακρίτας, « Κοινωνικές παροχές και ιδιότητα του πολίτη: Η αντισυνταγματικότητα του αποκλεισμού αλλοδαπών από τη χορήγηση πολυτεκνικών επιδομάτων », *ΕφΔΔ*, ν° 5, 2007, σελ. 629 / ΚΑΙΔΑΤΖΙΣ Akritas, « Prestations sociales et citoyenneté : l'inconstitutionnalité de l'exclusion des étrangers de l'octroi des allocations pour familles nombreuses », *EfDD*, n° 5, 2007, p. 629.

ΚΑΙΔΑΤΖΗΣ Ακρίτας, « Κοινωνικά δικαιώματα, ιδιότητα του πολίτη και μετανάστες » *in* Τζένη ΚΑΒΟΥΝΙΔΗ, *Μετανάστευση στην Ελλάδα: Εμπειρίες, πολιτικές, προοπτικές*, εκδόσεις ΙΜΕΠΟ, 2008, Τόμος ΙΙ, σελ. 629 / ΚΑΙΔΑΤΖΙΣ Akritas, « Droits sociaux, citoyenneté et immigrants », *in* Τζένη ΚΑΒΟΥΝΙΔΗ, *Immigration en Grèce : Expériences, politiques, perspectives, Tome II*, éditions ΙΜΕΠΟ, 2008, p. 629.

ΚΑΙΔΑΤΖΗΣ Ακρίτας, « Δικαστικός έλεγχος των μέτρων οικονομικής πολιτικής. Νομολογιακές τάσεις και προσαρμογές στο μεταβαλλόμενο οικονομικο-πολιτικό περιβάλλον, *Το Σ*, ν° 4, 2010, σελ. 499 / ΚΑΙΔΑΤΖΙΣ Akritas, « Contrôle des mesures de politique économique. Tendances juridictionnelles et adaptations à l'environnement financier et politique », *Το Σ*, n° 4, 2010, p. 499.

ΚΑΙΔΑΤΖΗΣ Ακρίτας, « Το δικαίωμα δωρεάν παιδείας μεταξύ (συνταγματικού) δικαίου και (νομοθετικής) πολιτικής. Με αφορμή την απόφαση για τα δίδακτρα στις μεταπτυχιακές σπουδές », *ΘΠΔΔ*, ν° 12, 2012, σελ. 1046 / ΚΑΙΔΑΤΖΙΣ Akritas, « Le droit à l'enseignement gratuit entre la Constitution et la loi à l'occasion de la décision sur les frais d'inscription en master », *ΤΗΡΔΔ*, ν° 12, 2012, p. 1046.

ΚΑΙΔΑΤΖΗΣ Ακρίτας, « Μεγάλη πολιτική' και ασθενής δικαστικός έλεγχος. Συνταγματικά ζητήματα και ζητήματα συνταγματικότητας στο 'Μνημόνιο' », *Το Σ*, ν° 1, 2012, σελ. 259 / ΚΑΙΔΑΤΖΗΣ Ακρίτας, « Politique d'ampleur, contrôle faible. Problèmes constitutionnels et questions de constitutionnalité du Mémorandum », *Το Σ*, ν° 1, 2012, p. 259.

ΚΑΡΑΒΟΚΥΡΗΣ Γιώργος, « Τα συνταγματικά όρια στις ιδιωτικοποιήσεις δημόσιων επιχειρήσεων κοινού συμφέροντος σχόλιο στην απόφαση ν° 1906/2014 », *ΔτΑ*, ν° 63, 2015, σελ. 168 / ΚΑΡΑΒΟΚΥΡΗΣ Γεώργιος, « Les limites constitutionnelles aux privatisations des entreprises d'utilité publique. Commentaire de l'arrêt CdE, n° 1906/2014 », *ΔτΑ*, ν° 63, 2015, p. 168.

ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΟΣ Γεώργιος, « Η προστασία της εμπιστοσύνης του πολίτη προς το Κράτος », *Διοικητική Δίκη*, ν° 4, 1993, σελ. 940 / ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΟΣ Georges, « La protection de la confiance du citoyen vis-à-vis de l'Etat », *DiDik*, ν° 4, 1993, p. 940.

ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΟΣ Γεώργιος, « Θεμελιώδη κοινωνικά δικαιώματα και έννομες σχέσεις δημοσίου δικαίου », *ΕΔΔΔ*, ν° 4, 1997, σελ. 490 / ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΟΣ Georges, « Droits sociaux fondamentaux et rapports de droit public », *ΕΔΔΔ*, ν° 4, 1997, p. 490.

ΚΟΝΤΙΑΔΗΣ Ξενοφών, « Η σταθεροποιητική λειτουργία των κοινωνικών δικαιωμάτων », *Το Σ*, ν° 2, 1999, σελ. 199 / ΚΟΝΤΙΑΔΗΣ Xenophon, « La fonction stabilisatrice des droits sociaux, l'exemple de l'acquis social », *Το Σ*, ν° 2, 1999, p. 199.

ΚΟΝΤΙΑΔΗΣ Ξενοφών, « Τα κοινωνικά δικαιώματα των προσφύγων και των μεταναστών. Κριτική προσέγγιση του νομοθετικού πλαισίου » *in* Παρούλα ΝΑΣΚΟΥ – ΠΕΡΑΚΗ, *Η καταπολέμηση του ρατσισμού και της ξενοφοβίας στην Ευρώπη*, Αντ. Ν. Σακκουλάς, 2000, σελ. 45 / ΚΟΝΤΙΑΔΗΣ Xénophon, « Les droits sociaux des réfugiés et des immigrants. Approche critique du cadre législatif », *in* Paroula NASKOU-PERAKI, *L'affrontement du racisme et de la xénophobie en Europe*, Ant. N. Sakkoulas, 2000, p. 45.

ΚΤΙΣΤΑΚΗ Σταυρούλα, « Δίκαιο του ανταγωνισμού και δημόσια υπηρεσία στα πλαίσια της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης. Σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων Corbeau και Almelo », *Ελλάνη*, ν° 36, 1995, σ. 1479 / ΚΤΙΣΤΑΚΗ Stavroula, « Droit de la concurrence et service universel dans la perspective du droit communautaire. Réflexions à propos des arrêts de la Cour de Justice Corbau et Almelo », *Ελληνική Δικαιοσύνη*, ν° 36, 1995, p. 1479.

ΚΤΙΣΤΑΚΗ Σταυρούλα, « Η προστασία των κοινωνικών δικαιωμάτων υπό το πρίσμα της Ε.Σ.Δ.Α.: Οι προοπτικές της νομολογίας του Δικαστηρίου του Στρασβούργου », *ΕΔΚΑ*, ν° 7, σελ. 481 / ΚΤΙΣΤΑΚΗ Stavroula, « La protection des droits sociaux à la lumière de la CEDH : les perspectives de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg », *ΕΔΚΑ*, ν° 7, 2011, p. 481.

ΚΤΙΣΤΑΚΗ Σταυρούλα, « Η επίδραση της οικονομικής κρίσης στα κοινωνικά δικαιώματα », *ΕΔΚΑ*, ν° 4, 2012, σελ. 481 / ΚΤΙΣΤΑΚΗ Stavroula, « L'impact de la crise économique sur les droits sociaux », *ΕΔΚΑ*, ν° 4, 2012, p. 481.

ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ Πάνος, « Η επέκταση των αντικειμενικών ορίων του δεδουλευμένου επί «ομοίων» πράξεων στο ελληνικό διοικητικό δίκαιο », *Δίκη*, ν° 29, 1998, σελ. 319 / ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ Panos, « L'étendue des limites de la chose jugée des 'actes identiques' dans le droit administratif hellénique », *Δίκη*, ν° 29, 1998, p. 319.

ΛΑΠΠΑ Ελένη, « Αντισυνταγματική η ιδιωτικοποίηση της ΕΥΔΑΠ ΑΕ (ΣτΕ Ολ. 1906/2014) », *ΕφΔΔ*, ν° 4, 2014, σελ. 441 / LAPP A Eleni, « L'inconstitutionnalité de la privatisation de l'EYDAP. Commentaire de l'arrêt n° 1906/2014 », *EfDD*, n° 4, 2014, p. 441.

ΛΑΠΠΑ Ελένη, « Τεχνικές αποφυγής του ακυρωτικού ελέγχου στο πεδίο της ιδιωτικοποίησης δημόσιων επιχειρήσεων », *Το Σ*, 2015, ν° 2, σελ. 23 / LAPP A Eleni, « Techniques pour éviter un contrôle en annulation en rapport avec les privatisations des entreprises publiques », *To S*, n° 2, 2015, p. 23.

ΜΑΘΙΟΥΔΑΚΗΣ Ιάκωβος, « Μετασχηματισμοί του ταμειακού συμφέροντος του Δημοσίου σε περίοδο έντονης οικονομικής κρίσης. Με αφορμή τις πρόσφατες αποφάσεις 693/2011 και 1620/2011 του ΣΤ τμήματος του ΣΤΕ », *ΕφΔΔ*, ν° 4, 2011, σελ. 478 / MATHIOUDAKIS Iakovos, « La transformation de l'intérêt financier de l'Etat dans une période intense de crise financière. A l'occasion des arrêts récents CdE, n° 693/2011 et n°1620/2011 », *EfDD*, n° 4, 2011, p. 478.

ΜΑΝΤΟΥΦΑΣ Παναγιώτης, « Θρησκεία και εκπαίδευση. Το ιστορικό και συνταγματικό πλαίσιο της θρησκευτικής εκπαίδευσης περιοδικό », *Book's Journal*, ν° 7, 2001, σελ. 36 / MANTZOUFAS Panagiotis, « Religion et enseignement. Le cadre historique et constitutionnel de l'enseignement religieux », *Book's Journal*, n° 7, 2001, p. 36.

ΜΑΝΤΟΥΦΑΣ Παναγιώτης, « Ο 'χρυσός' δημοσιονομικός κανόνας στο Σύνταγμα. Λύση του προβλήματος ή ένα ακόμα εμπόδιο στην οικονομική προσαρμογή και στην προστασία των δικαιωμάτων » in Χριστίνα Ακριβοπούλου, Νίκος Παπαχρήστος, *Η πρόκληση για την αναθεώρηση του Συντάγματος*, Σάκκουλα Αθηνά - Θεσσαλονίκη 2013, σελ. 123 / MANTZOUFAS Panagiotis, « La règle d'or constitutionnelle. Solution au problème ou encore un obstacle à l'adaptation financière et la protection des droits », in Christina AKRIVOPOULOU, Nikos PAPACHRISTOS, *L'invitation à une révision constitutionnelle*, Sakkoulas Athina – Thessaloniki, 2013, p. 123.

ΜΑΤΣΑΓΓΑΝΗΣ Μάνος, « Αλληλεγγύη και ανταποδοτικότητα: μια εναλλακτική πρόταση για τις συντάξεις », *ΕΔΚΑ*, 1998, ν° 4, p. 209 / MATSAGGANIS Manos, « Solidarité et contributivité : une proposition alternative pour les retraites », *EDKA*, n° 4, 1998, p. 209.

ΜΕΤΑΞΑΣ Αντώνης, « Κρατική χρηματοδότηση υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος: Βασικές αποσαφηνίσεις και ανοικτά ερωτήματα », *Ενέργεια και Δίκαιο*, ν° 2, 2004, Σακκουλας, Αθηνά – Θεσσαλονίκη, σελ. 36 / METAXAS Antonis, « Financement public des services d'intérêt économique général. Des clarifications et des questions pendantes », *Energie et droit*, n° 2/2004, p. 36.

ΜΟΥΚΙΟΥ Χρυσούλα, « Ο νομοθέτης κατά εξουσιοδότηση ως αναγκαίος παράγοντας για τα δικαιώματα των διοικουμένων », *ΕφΔΔ*, ν° 2, 2006, σελ. 207 / MOUKIOU Chrysoula, « Le législateur par délégation en tant que facteur nécessaire de l'exercice des droits des administrés », *EfDD*, n° 2, 2006, p. 207.

ΜΟΡΦΑΚΙΔΗΣ Χρήστος, Η «μικρή» μεταρρύθμιση της κοινωνικής ασφάλισης με το Ν. 3996/2011 : Η άρση των εκκρεμοτήτων, ο περιορισμός των προσδοκιών και η αναδρομική ανατροπή δικαιωμάτων », *ΕΔΚΑ*, n° 10, 2011, σελ. 809 / MORFAKIDIS Christos, « La 'petite' réforme de la sécurité sociale avec la loi n° 3996/2011 : la fin des plans en suspension, la limitation des attentes et le renversement rétroactif des droits », *EDKA*, n° 10, 2011, p. 809.

ΝΑΣΚΟΥ - ΠΕΡΡΑΚΗ Παρούλα, « Η προσβασιμότητα : ένα νέο δικαίωμα στο διεθνές νομικό πλαίσιο προστασίας των Ατόμων με Αναπηρία» in *Τιμητικός τόμος Παναγιώτη Κανελλοπούλου*, Σακκουλας Αθηνά-Θεσσαλονίκη, 2015, σελ. 543 / NASKOU-PERRAKI Paroula, « L'accessibilité : un nouveau droit dans le cadre international de protection des personnes handicapées », in *Mélanges en l'honneur de Panagiotis Kanellopoulos*, Sakkoulas, Athina-Thessaloniki, 2015, p. 543.

ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ ΛΙΝΑ, « Δωρεάν, κατά το Σύνταγμα, και η ανώτατη εκπαίδευση; Σχόλια σε τρεις δικαστικές αποφάσεις: ΔΕφΠατρ 705/2010, ΣτΕ 2714/2010 & 2411/2012, ΔτΑ, n° 57, 2013, p. 169 / PAPADOPOULOU Lina, « De la gratuité dans l'enseignement universitaire aussi ? Commentaires de trois arrêts : DEF Patr 705/2010, CdE 2714/2010, CdE 2411/2012 », *DtA*, n° 57, 2013, p. 169.

ΠΑΝΟΥ Κυπριανός, « Το δικαίωμα των παιδιών με αναπηρία στην εκπαίδευση : σκέψεις με αφορμή την πρόσφατη απόφαση της 8ης Απριλίου 2009 του γαλλικού Conseil d'Etat », n° 9, 2009, σελ. 593/ PANOU Kiprianos, « Le droit des personnes handicapées à l'enseignement : réflexion à propos de l'arrêt récent du 8 avril 2009 du Conseil d'Etat français », *EDKA*, n° 9, 2009, p. 593.

ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ Λινά , « Γυναικεία συμμετοχή και Δημοκρατία: Οι ποσοτώσεις υπό το φως της πολιτικής και συνταγματικής θεωρίας », ΔτΑ, n° 32, 2006, σελ. 1243 / PAPADOPOULOU Lina, « Participation féminine et démocratie : les quotas à la lumière de la théorie politique et constitutionnelle », *DtA*, n° 32, 2006, p. 1243.

ΠΑΠΑΔΗΜΗΤΡΙΟΥ, « Ο Έλληνας δικαστής και η ΕΣΔΑ », το Σ, n° 5, 2002, σελ. 673 / PAPADIMITRIOU Georgios, « Le juge grec et la Convention européenne », *To S*, n° 5, 2002, p. 673.

ΠΑΠΑΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΥ Απόστολος, « Τα δικαιοκρατικά όρια της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης », *ΕφΔΔ*, n° 1, 2016, σελ. 23/ PAKONSTANTINOU Apostolos, « Les limites juridiques de la réforme de la sécurité sociale », *EfDD*, n° 1, 2016, p. 23.

ΠΑΠΑΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΥ Απόστολος, « Η θεωρία του κοινωνικού κεκτημένου ως απόδειξη της κανονιστικής υφής του κοινωνικού κράτους. Παρατηρήσεις στη ΣτΕ 2409/1998 », *Το Σ*, n° 2, 1999, σελ. 297 / PAKONSTANTINOU Apostolos, « La théorie de l'acquis social comme preuve de la normativité du principe de l'Etat social. Remarques à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat 2409/1998 », *To S*, n° 2, 1999, p. 297.

ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ-ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Πατρίνα, « Η κοινωνική ασφάλιση ως δημόσια υπηρεσία - Συνεργασία ιδιωτικών και δημοσίων φορέων », *ΔιΔίκη*, n° 2, 1993, σελ. 257 / PAPARRIGOPOULOU-PEXLIVANIDI Patrina, « La sécurité sociale en tant que service public. Collaboration entre les acteurs privés et publics », *Didiki*, n° 2, 1993, p. 257.

ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ-ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Πατρίνα , « Το δικαίωμα για προστασία της υγείας », *ΔιΔίκη*, n° 6, 1994, σελ. 1051 / PAPARRIGOPOULOU-PEXLIVANIDI Patrina, « Le droit à la protection de la santé », *Didik*, n° 6, 1994, p. 1051.

ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ-ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Πατρίνα « Η έκτακτη νοσηλεία ασφαλισμένων σε ιδιωτικά νοσοκομεία μη συμβεβλημένα με τους ασφαλιστικούς οργανισμούς. Με αφορμή την απόφαση ΣτΕ 2738/06 », *ΔιΔίκη*, n° 2, 2007, σ. 291 / PAPARRIGOPOULOU-PECHLIVANIDI

Patrina, « Les soins urgents des assurés vis-à-vis des cliniques privées. Réflexions à l'occasion de l'arrêt CdE n° 2738/06 », *DiDik*, n° 2, 2007, p. 291.

ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ-ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Πατρίνα, « Η νομολογία του ΣτΕ και του ΔΕΚ σχετικά με την ίση κοινωνικοασφαλιστική μεταχείριση των φύλων συμπλέουν», *ΕΔΚΑ*, ν° 5, 2009, σελ. 346 / PΑPARRIGOPOULOU-PEXLIVANIDI Patrina, « La jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Justice à propos du traitement égal des sexes par la sécurité sociale », *ΕΔΚΑ*, n° 5, 2009, p. 346.

ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ-ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Πατρίνα , « Οι περικοπές των κύριων και των επικουρικών συντάξεων, Σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις 3410/2014 και 3663/2014 της 7 μέλους συνθέσεως του Συμβουλίου της Επικράτειας », ν° 3, *ΕΔΚΑ*, 2014, σελ. 823 / PΑPARRIGOPOULOU-PEXLIVANIDI Patrina, « Les restrictions des retraites de base et des retraites complémentaires. Réflexions à l'occasion des arrêts 3410/2014 et 3663/2014 du Conseil d'Etat », *ΕΔΚΑ*, n° 3, 2014, p. 823.

ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ-ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Πατρίνα, « Η επίδραση των μνημονικών παρεμβάσεων στην κοινωνική ασφάλιση » *ΕΔΚΑ*, ν° 3, 2014, σελ. 469/ PΑPARRIGOPOULOU-PEXLIVANIDI Patrina, « L'impact des memoranda sur la sécurité sociale », *ΕΔΚΑ*, n° 3, 2014, p. 469.

ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ-ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Πατρίνα, « Το νέο σύστημα κοινωνικής ασφάλισης του νόμου 4387/2016 », *ΕΔΚΑ*, n° 2, 2016, σελ. 194 / PΑPARRIGOPOULOU-PEXLIVANIDI Patrina, « Le nouveau système de sécurité sociale issu de la loi 4387/2016 », *ΕΔΚΑ*, n° 2, 2016, p. 194.

ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ-ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Πατρίνα, « Το δικαίωμα στην κοινωνική ασφάλιση » *in* Σπύρος ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΣ και *alii* *Θεμελιώδη Δικαιώματα*, Νομική βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 525 / PΑPARRIGOPOULOU-PEXLIVANIDI Patrina, « Le droit à la sécurité sociale», *in* Spiros VLAXOPOULOS *et alii*, *Les droits fondamentaux*, Nomiki Vivliothiki, 2017, p. 525

ΠΑΡΑΡΑΣ Πέτρος, « Κριτήρια διακρίσεως δημοσίας υπηρεσίας και νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου : η νομική φύσις του ταχυδρομικού ταμειυτηρίου» , *ΕΔΔΔ*, εκτός σειράς, 1972, σελ. 146 / PARARAS Petros, « Critères de distinction entre mission du service public et personne morale du droit public : le cas de la banque postale », *ΕΔΔΔ*, hors-série, 1972, p. 146.

ΠΑΥΛΟΠΟΥΛΟΣ Προκόπης, « Συνταγματικές διαστάσεις του δικαιώματος αναπαραγωγής », *ΔτΑ*, ν° 23, 2004, σελ. 887 / PΑVLOPOULOS Prokopis, « Aspects constitutionnels du droit à la reproduction », *DTA*, n° 23, 2004, p. 887.

ΠΑΥΛΟΠΟΥΛΟΣ Προκόπης, « Συμβολή στη νομική θεμελίωση των ορίων της αναδρομικής ισχύος του νόμου», *Το Σ*, ν° 11, 1985, σελ. 297 / PΑVLOPOULOS Prokopis, « Contribution à la détermination des limites de la loi rétroactive », *Το Σ*, n° 11, 1985, p. 297.

ΠΑΥΛΟΠΟΥΛΟΣ Προκόπης, « Το κράτος δίκαιου στον αστερισμό της αναστρέψιμης παρακμής », *ΕΔΔΔΔ* , n° 1, 2016, σελ. 5/ PΑVLOPOULOS Prokopis, « L'Etat de droit à l'épreuve d'une décadence réversible », *ΕΔΔΔ*, n° 1, 2016, p. 5.

ΠΕΤΡΟΓΛΟΥ Αθηνά, « Η κοινωνικοασφαλιστική μεταρρύθμιση του Ν. 3996 / 2011 : η αναδρομικότητα των ρυθμίσεων και το έλλειμμα δικαιοσύνης και νομιμοποίησης », *ΕΔΚΑ*, ν°.

9, 2011, σελ. 672 / PETROGLOU Athina, « La réforme de la loi n° 3996/2011 : la rétroactivité des dispositions et la lacune de justice et de légitimité », *EDKA*, n° 9, 2011, p. 672.

ΠΕΤΡΟΓΛΟΥ Αθηνά, « Η δικαστική προστασία των κοινωνικών δικαιωμάτων υπό συνθήκες παρατεινόμενης οικονομικής κρίσης και συνεχιζόμενων περικοπών των αποδοχών και των συντάξεων », *ΕΔΚΑ*, ν° 2, 2014 , σελ. 268 / PETROGLOU Athina, « La protection juridictionnelle des droits sociaux dans des conditions de crise financière prolongée et de restrictions continues des salaires et des retraites », *EDKA*, n° 2, 2014, p. 268.

ΠΕΤΡΟΥΛΑΚΟΣ Στέφανος, « Η συμβατότητα της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης Ν. 4387/2016 με το Σύνταγμα », *ΕΔΚΑ*, ν° 2, 2016, σελ. 199 / PETROPOULAKOS Stephanos, « La conformité de la réforme de la sécurité sociale à la Constitution. Remarques à l'occasion de la loi n° 4387/2016 », *EDKA*, n° 2, 2016, p. 199.

ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ευγενία, « Η αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης στην νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων », *Δίκη*, ν° 6, 1998, σελ. 670 / PREVEDOUROU Eugenia, « Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice », *Diki*, τ, 29, n° 6, 1998, p. 670.

ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ευγενία, « Το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και ο «δικαστικός ακτιβισμός», *Τιμητικός Τόμος για τον Ιωάννη Μανωλεδάκη, Σάκκουλας Αθηνά - Θεσσαλονίκη*, 2007, σ. 461 / PREVEDOUROU Eugenia, « La Cour de Justice et l'activisme judiciaire », in *Mélanges en l'honneur de Ioannis MANOLEDAKIS*, Editions Sakkoulas Athina – Thessaloniki, 2007, p. 461.

ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ευγενία, « Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου: σχέση ανταγωνισμού ή αλληλοσυμπλήρωσης; », *ΕφΔΔ*, ν° 2, 2011, σελ. 279 / PREVEDOUROU Eugenia, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme : rapport concurrentiel ou complémentaire ? », *EfDD*, n° 2, 2011, p. 279.

ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ευγενία, « Νομοθετικές πρωτοβουλίες και νομολογιακές εξελίξεις στον περιορισμό των αναδρομικών αποτελεσμάτων ακυρωτικής δικαστικής απόφασης », *ΘΠΔΔ*, ν° 6, 2014, σελ. 570 / PREVEDOUROU Eugenia, « Initiatives législatives et évolutions jurisprudentielles dans la limitation des effets rétroactifs de l'annulation des juges », *THPDD*, n° 6, 2014, p. 570.

ΠΡΟΥΣΑΝΙΔΗΣ Τάσος, « Ο Νόμος 3900/2010 , Οι θεσμικές αλλαγές στην δικονομία του Συμβουλίου της επικράτειας », *ΕΔΔΔ*, n° 4, 2011, σελ. 898 / PROUSANIDIS Tasos, « La loi n° 3900/2010. Les changements institutionnels dans le contentieux du Conseil d'Etat », *ΕΔΔΔ*, n° 4, 2011, p. 898.

ΣΑΚΕΛΛΑΡΟΠΟΥΛΟΥ Ισμήνη, ΣΙΤΑΡΟΠΟΥΛΟΣ Νίκος, « Το καθεστώς προστασίας των κοινωνικών δικαιωμάτων των προσφύγων και αιτούντων άσυλο στην Ελλάδα », *Δτα*, ν ° 18, 2003, σελ. 525 / SAKELLAROPOULOU Ismini, SITAROPOULOS Nikos, « Le régime de la protection des droits sociaux des réfugiés et des demandeurs d'asile en Grèce », *DtA*, n° 18, 2003, p. 525.

ΣΥΝΟΔΙΝΟΣ Χάρης, « Η απελευθέρωση των μονοπωλίων παροχής υπηρεσιών κοινής ωφέλειας και το κοινοτικό δίκαιο », *ΔΕΕ*, ν° 11, 2000, σελ. 1073 / SINODINOS Charis,

« Libéralisation des monopoles des services d'intérêt général et droit communautaire », *DEE*, n° 11, 2000, p. 1073.

ΣΤΕΡΓΙΟΥ Άγγελος, « Τα κοινωνικά δικαιώματα των αλλοδαπών τρίτων χωρών », *ΕφΔΔ*, ν° 5, 2010, σελ. 688 / STERGIOU Angelos, « Les droits sociaux des ressortissants des pays tiers », *EfDD*, n° 5, 2010, p. 688.

ΣΤΕΡΓΙΟΥ Άγγελος, « Η μεταρρύθμιση του συστήματος κοινωνικής προστασίας κάτω από την πίεση των μνημονίων », *ΕΔΚΑ*, ν° 2, 2015, σελ. 648 / STERGIOU Aggelos, « La réforme du système de protection sociale sous la pression des memoranda », *EDKA*, n° 2, 2015, p. 648.

ΣΤΕΡΓΙΟΥ Άγγελος, « Ο νόμος 4387/2016 για τη μεταρρύθμιση του ασφαλιστικού-συνταξιοδοτικού συστήματος », *ΕφΔΔ*, ν° 3, 2016, σελ. 255 / STERGIOU Aggelos, « La loi 4387/2016 sur la réforme de la sécurité sociale », *EfDD*, n° 3, 2016, p. 255.

ΣΤΕΡΓΙΟΥ Άγγελος, « Η ανταποδοτικότητα σε νέες νομικές περιπέτειες με αφορμή την απόφαση ν° 660/2016 », *ΕΔΚΑ*, ν° 1, 2016, σελ. 140 / STERGIOU Aggelos, « La contributivité dans de nouvelles péripéties jurisprudentielles à l'occasion de l'arrêt CdE n° 660/2016 », *EDKA*, n° 1, 2016, p. 140.

ΣΤΕΡΓΙΟΥ Άγγελος, « Τα κοινωνικά (αναδιανεμητικά) δικαιώματα ενώπιον της κρίσης. Ο δικαστής ως εγγυητής ενός εύλογου επιπέδου ευημερίας », *ΕΔΚΑ*, ν° 1, 2016, σελ. 78 / STERGIOU Aggelos, « Les droits sociaux (droits de redistribution) à l'épreuve de la crise financière. Le juge comme garant d'un niveau de vie suffisant », *EDKA*, n° 1, 2016, p. 78.

ΣΚΛΙΑΣ Αντώνιος , « Η οικονομική κρίση στην Ελλάδα και η επίδρασή της στη δικανική σκέψη », *ΕφΔΔ*, ν° 1, 2012, σελ. 81 / SKLIAS Antonios, « La crise financière et son impact sur le raisonnement du juge », *EfDD*, n° 1, 2012, p. 81.

ΣΩΤΗΡΕΛΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ, « Τα κοινωνικά δικαιώματα στη δίνη της οικονομικής κρίσης », *ΕφΔΔ*, ν° 3, 2013, σελ. 298 / SOTIRELIS Georgios, « Les droits sociaux à l'épreuve de la crise financière », *EfDD*, n° 3, 2013.

ΣΩΤΗΡΕΛΛΗΣ Γεώργιος, « Το Σύνταγμα στην εποχή της κρίσης. Προς έναν νέο συνταγματισμό; » δημοσιευμένο στον ιστότοπο constitutionnalism.gr στις 10 Σεπτεμβρίου 2012 / SOTIRELIS Georgios, « La Constitution en temps de crise. Vers un nouveau constitutionnalisme ? » (publié sur le site constitutionnalism.gr le 10 septembre 2012).

ΤΣΙΡΩΝΑΣ Αθανάσιος, « Η δικονομική μεταρρύθμιση του ν. 3900/2010 και ο νέος ρόλος του Συμβουλίου της Επικρατείας », *ΕφΔΔ*, ν° 3, 2011 / TSIRONAS Athanasios, « La réforme du contentieux issu de la loi n° 3900/2010 et le nouveau rôle du Conseil d'Etat », *EfDD*, n° 3, 2011, p. 427.

ΤΗΝΙΟΣ Πλάτων, « Η προδιαγεγραμμένη αποτυχία της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης », *ΕΔΚΑ*, ν° 1, 2016, σελ. 46 / TINIOS Panos, « L'échec certain de la réforme de la sécurité sociale », *EDKA*, n° 1, 2016, p. 46.

ΤΣΕΤΟΥΡΑ Άννα, « Η προστασία του ασφαλισμένου από την αναδρομική μεταβολή του κοινωνικοασφαλιστικού καθεστώτος επί το δυσμενέστερο. Συγκριτική παρουσίαση της νομολογίας του ΕΔΔΑ. Συγκριτική παρουσίαση της νομολογίας του ΕΔΔΑ, Ελληνικών και Αλλοδαπών Δικαστηρίων », *ΕΔΚΑ*, ν° 2, 2014, σελ. 751 / TSETOURA Anna, « La protection

de l'assuré de la modification rétroactive restrictive du régime de la sécurité sociale. Etude comparative entre la jurisprudence de la CourEDH, des juridictions helléniques et étrangères », NST, *EDKA*, n° 2, 2014, p. 751.

ΤΣΙΡΟΝΑΣ Αθανάσιος, « Κρατικός παρεμβατισμός στην οικονομία » *in* Θεοδώρα ANTONIOY, *Γενικές αρχές διοικητικού δίκαιου*, Νομική βιβλιοθήκη, 2014, σελ. 379 / TSIRONAS Athanasios, « L'interventionnisme dans l'économie », *in* Theodora ANTONIOU, *Principes généraux du droit administratif*, Nomiki vivliothiki, 2014, p. 379.

ΤΡΑΥΛΟΣ-ΤΖΑΝΕΤΑΤΟΣ Δημήτρης, « Κατάσταση ανάγκης, δημόσιο συμφέρον και έλεγχος συνταγματικότητας με αφορμή την απόφαση ΣΤΕ, ν° 2307/2014 », *EED*, ν° 1, 2015, σελ. 5 / TRAULOS-TZANETATOS Dimitris, « 'Etat d'urgence', intérêt général et contrôle de constitutionnalité, à l'occasion de l'arrêt CdE n° 2307/2014 », *EED*, n° 1, 2015, p. 5.

ΦΟΡΤΣΑΚΗΣ Θεόδωρος, « Συνταγματικοί και υπερνομοθετικοί περιορισμοί των ιδιωτικοποιήσεων », *ΔτΑ*, ν° 22, 2004, σελ. 429 / FORSTAKIS Theodoros, « Limitations constitutionnelles et conventionnelles des privatisations », *DtA*, n° 22, 2004, p. 429.

ΧΡΗΣΤΟΥ Βασιλική, « Ζητήματα επικαιρότητας : το Συμβούλιο επικράτειας ενώπιον αρμοδιοτήτων συνταγματικού δικαστή. Οι νέες ρυθμίσεις », *ΔτΑ*, ν° 68, 2016, σελ. 363 / CHRISTOU Vasiliki, « Questions d'actualité : le Conseil d'Etat en tant que juge constitutionnel », *DtA*, n° 68, 2016, p. 363.

ΧΑΤΖΟΠΟΥΛΟΣ Βασίλης, « Η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων μετρά την θέση σε ισχύ της συνθήκης της Λισσαβόνας », *ΔτΑ*, ν° 2, 2011, σελ. 365 / CHATZOPOULOS Vasilis, « La protection des droits fondamentaux après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *DtA*, n° 2, 2011, p. 365.

ΧΡΥΣΓΟΝΟΣ Κώστας, ΚΑΙΔΑΤΖΗΣ Ακρίτας, « Συνταξιοδοτική μεταρρύθμιση και Σύνταγμα. Μία πρώτη αποτίμηση », *EED*, ν° 14, 2010, σελ. 857 / CHRISOGONOS Kostas, ΚΑΙΔΑΤΖΗΣ Antonis, « Réforme des retraites et Constitution. Un premier bilan à l'occasion de l'arrêt 668/2012 », *EED*, n° 14, 2010, p. 857.

E. Rapports et divers

ΚΡΕΜΑΛΗΣ Κωνσταντίνος, « Διεθνείς τάσεις για εάν βιώσιμο σύστημα συντάξεων με επάρκεια παροχών και ζητήματα μετάβασης », Εισήγηση στην Επιτροπή του Υπουργείου Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης για την πρόταση ενός νέου ασφαλιστικού συστήματος, 2015, διαθέσιμη στον ιστότοπο kremalis.gr / KREMALIS Konstantinos, « Des tendances internationales pour un système viable de retraites suffisantes et questions de transition », Intervention devant le Comité du Ministre du Travail, de la sécurité sociale et de la solidarité concernant la proposition d'une nouvelle réforme du système des retraites, 2015 (disponible sur le site kremalis.gr).

ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ Πάνος, « Η νομική ευθύνη της Ελλάδος για την Ειδομένη », δημοσιευμένο στον ιστότοπο της εφημερίδας kathimerini.gr στις 30 Μαρτίου 2016 / LAZARATOS Panos, « La responsabilité juridique de la Grèce pour Idomeni » (publié sur le site du journal kathimerini.gr le 30 mars 2016).

ΠΑΠΑΝΙΚΟΛΑΟΥ Πελαγία, « Εκπαίδευση και ειδική αγωγή », έρευνα πάνω στην εκπαίδευση των ανάπηρων παιδιών στην Ελλάδα υπό την αιγίδα της Action aid Hellas, 2015, διαθέσιμη στον ιστότοπο actionaid.gr / PAPANIKOLAOU Pelagia, « Enseignement et éducation spéciale », Recherche sur l'enseignement des enfants handicapés en Grèce sous l'égide d'Action aid Hellas, 2015 (disponible sur le site actionaid.gr).

ΛΟΓΑΡΑΣ Δημήτρης, Εκπαιδευτικό εγχειρίδιο, *Εργασία - Απασχόληση και Αναπηρία*, Τόμος II, Εθνική Ομοσπονδία ατόμων με αναπηρία, 2013, διαθέσιμη στον ιστότοπο esaea.gr / LOGARAS Dimitris, « Manuel instructif Travail, emploi et handicap », Tome II, Association nationale des personnes handicapées, 2013 (publié sur le site de l'association esaea.gr).

ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ-ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Πατρίνα, « Η πρωτοβάθμια περίθαλψη και η προμήθεια υπηρεσιών υγείας μετά τον Ν. 4238/2014 », *ΤΑ ΝΕΑ*, 2014, 20 Μαρτίου 2014, διαθέσιμο σε scholar.uoa.gr / PAPARRIGOPOULOU-PEXLIVANIDI Patrina, « Les soins de santé de premier degré et l'octroi des soins de santé après la loi n° 4238/2014 » (publié dans le journal *ta nea* le 20 mars 2014, disponible sur le site scholar.uoa.gr).

ΠΑΠΑΡΡΗΓΟΠΟΥΛΟΥ -ΠΕΧΛΙΒΑΝΙΔΗ Πατρίνα, Εισήγηση στο 4ο Συνέδριο με θέμα « Ο συμπληρωματικός ρόλος της ιδιωτικής ασφάλισης για τη διατήρηση ενός αξιοπρεπούς βιοτικού επιπέδου μετά τη συνταξιοδότηση », Συνέδριο που διοργάνωσε στην Αθήνα, στις 11 Νοεμβρίου 2014 το Ελληνοαμερικάνικο Εμπορικό Επιμελητήριο με θέμα «Απασχόληση και Ασφάλιση, δύο ζητήματα εθνικής προτεραιότητας ζητούν λύσεις», υπό την αιγίδα του Υπουργείου Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Πρόνοιας / PAPARRIGOPOULOU-PEXLIVANIDI Patrina, « Le rôle complémentaire de la sécurité sociale privée pour le maintien d'un niveau de vie décent après la retraite », Intervention lors du 4^e colloque organisé par l'Association du commerce grecque-américaine le sous l'égide du Ministère de l'Emploi, de la Sécurité et de l'Aide sociale, sur le sujet : « Emploi et Assurance, deux questions de priorité nationale appelant à des solutions », 11 novembre 2014 (disponible sur le site scholar.uoa.gr).

Συνήγορος του πολίτη, « Κανένας φραγμός στην εκπαίδευση ανήλικων μεταναστών », Δελτίο Τύπου, 7 Οκτωβρίου 2005, διαθέσιμο στο synigoros.gr / Défenseur des droits, « Aucun obstacle à l'accès des mineurs étrangers à l'enseignement », Compte-rendu, 7 octobre 2005 (disponible sur le site synigoros.gr).

Συνήγορος του πολίτη, « Όψεις ανθρωπιστικής κρίσης και ευάλωτες ομάδες », Ετήσια έκθεση, 2015, διαθέσιμη στο synigoros.gr / Défenseur des droits, « Aspects d'une crise humanitaire et groupes de personnes vulnérables », Rapport annuel, 2015 (disponible sur le site synigoros.gr).

III. Bibliographie en langue anglaise

A. Ouvrages et manuels

ALEXY Robert, *A theory of legal argumentation*, Clarendon Press, 1989.

ALEXY Robert, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2010.

BARAK Aharon, KALIR Doron, *Proportionality: Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2012.

DE SCHUTTER Olivier, DEAKIN Simon, *Social rights and market forces: Is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe?*, Bruylant, 2005.

DWORKIN Ronald, *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977.

HART Herbert Lionel Adolphus, *The concept of Law*, Oxford University Press, 2012.

JAKAB Andras, DYEUVRE Arthur, ITZKOVICH Giulo, *Comparative constitutionnal reasoning*, Cambridge University, 2017.

GERAPETRITIS Georgios, *Affirmative action and judicial review worldwide*, Springer, 2016.

MARCHALL Thomas Humphrey, BOTTOMORE Tom, *Citizenship and social class*, Pluto Press, 1992.

PAVLAKOS George, *Law, Rights and Discourse the legal philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007.

SAKELLAROPOULOS Theodoros, BERGMAN Jos, *Connecting welfare diversity within the European Social Model*, Oxford, New York, Intersentia, Antwerpen, 2004.

SPIROPOULOS Philippos, FORTSAKIS Theodore, *Constitutional Law in Greece*, Wolters Kower, 2013.

B. Articles et contributions

DASGUPTA Partha, « Positive freedom, Markets and the Welfare State », in Dieter HELM, *The economic borders of the State*, Oxford University Press, 1989, p. 110.

DE SCHUTTER Olivier, « The implementation of fundamental rights through the open method of coordination », in Olivier DE SCHUTTER, Simon DEAKIN, *Social rights and market forces: Is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe?*, Bruylant, 2005, p. 279.

FURKEL Françoise, « Dignity: the cornerstone of the basic german law on protecting the human body with regard to biomedicine », in Brigitte FEUILLET-LIGER, Genevieve SCHAPMS, Kristina ORFALI, *Protecting the human body: legal and bioethical perspectives from around the world*, Bruylant, 2016, p. 50.

KAIDATZIS Akritas, « A Typology of the Constitutional Limitations on Privatization », *Hellenic Review of European Law*, 2009, Special Edition, p. 79.

KATROUGALOS Giorgios, « The south European welfare model: the Greek welfare state, in search of an identity », *Journal of European social policy*, n°1, 1996, p. 39.

KATROUGALOS Giorgios, « The Justiciability of Social Rights: The universalization of the European Exception », *European Review of Public Law*, n° 4, 2009, p. 74.

MATSAGGANIS Manos, LEVENTI Chrysa, « The distributional impact of austerity and the recession », *South European Society and Politics*, n° 3, 2014, p. 393.

PAPADOPOULOS Thomas, « Greek legislation on strategic investments; the next 'golden share' case before the European Court of Justice? », *European Company Law*, vol. 6, n° 6, 2009, p. 264.

PFERSMANN Otto, « The new revision of the old constitution », *International journal of constitutional law*, n° 3, 2005, p. 383.

IV. Sites internet les plus consultés

A. En français

domino.univ-paris1.fr / [Cairn.fr](http:// Cairn.fr) / [Persee.fr](http:// Persee.fr) / [revdh. revue.orf.fr](http:// revdh. revue.orf.fr) (sources bibliographiques)

[conseilconstitutionnel.fr](http:// conseilconstitutionnel.fr) / [conseil-état.fr](http:// conseil-état.fr) (jurisprudence)

B. En grec

[dsa.lib.gr](http:// dsa.lib.gr) / [constitutionnalism.gr](http:// constitutionnalism.gr) / [academia.edu.gr](http:// academia.edu.gr) (sources bibliographiques)

[awdb.intrasoftnet.com](http:// awdb.intrasoftnet.com) / [ste.gr](http:// ste.gr) (jurisprudence)

C. En anglais

[journals.openedition.org](http:// journals.openedition.org)

TABLE DE JURISPRUDENCES

I. Jurisprudence française

A. Conseil constitutionnel

Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971

Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975

Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977

Décision n° 77-92 DC du 18 janvier 1978

Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979

Décision n° 79-111 DC du 30 décembre 1979

Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982

Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982

Décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983

Décision n° 86-207 des 25-26 juin 1986

Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989

Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990

Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991

Décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991

Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993

Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995

Décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997

Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997

Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998

Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999

Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003

Décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003

Décision 2003-489 DC du 29 décembre 2003

Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004

Décision n° 2004- 505 DC du 19 novembre 2004

Décision n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005

Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005

Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006

Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006

Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007

Décision n° 2009-597 DC du 21 janvier 2010

Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010

Décisions n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010

Décision n° 2010-98 QPC du 4 février 2011

Décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011

Décision n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011

Décision n° 2011-1396 QPC du 17 juin 2011

Décision n ° 2011-169 QPC du 30 septembre 2011

Décision n° 2012-651 DC du 22 mars 2012

Décision n° 2012-248 QPC 16 mai 2012

Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012

Décision n° 2013-672 DC 13 juin 2013

Décision n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014

Décision n° 2015-459 QPC du 26 mars 2015

Décision n° 2015-460 QPC du 26 mars 2015

Décision n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015

B. Tribunal des conflits

TC, 8 février 1873, n° 00012, *Blanco*

TC, 22 janvier 1921, n° 00706, *Société commerciale de l'Ouest africain*

TC, 22 janvier 1955, n° 1511, *Naliato*

C. Conseil d'Etat

CE, 7 août 1909, n° 37917, *Winkelle*

CE, 3 février 1911, n° 34922, *Chomel*

CE, 31 juillet 1912, n° 3071, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*

CE, 28 juin 1918, n° 63412, *Heyriès*

CE, 3 novembre 1922, n° 74010, *Dame Cachet*

CE, 30 novembre 1923, n° 38284, 48688, *Couitéas*

CE, 26 décembre 1925, n° 88369, *Rodière*

CE, 30 mai 1930, n° 06781, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*

CE, 13 mai 1938, n° 57302, *Caisse primaire «Aide et Protection »*

CE, 7 juillet 1950, n° 06145, *Dehaenne*

CE, 27 janvier 1961, n° 38661, *Vannier*

CE, 17 avril 1964, n° 57628, *Commune d'Arcueil*

CE, 27 novembre 1964, n° 59068, *Dame Veuve Renard*

CE, 6 mai 1966, n° 55823, *Ville de Bagneux*

CE, 13 juillet 1968, n° 72002, *Narcy*

CE, 29 novembre 1968, n° 68938, *Tallagrand*

CE, 15 octobre 1969, n° 66940, *Forasetto*

CE, 28 janvier 1972, n° 79200, *Conseil transitoire de la Faculté des lettres et des sciences humaines de Paris*

CE, 10 mai 1974, n° 88032, n° 88148, *Denoyez et Chorques*

CE, 15 octobre 1976, n° 97478, *Buissière*

CE, 8 novembre 1978, n° 10097, n° 10677, n° 10679, *GISTI*

CE, 4 juillet 1983, n° 02306, *Gambini*

CE, 20 avril 1984, n° 37772, n° 37774, *Min. Budget c. Valleton*

CE, 23 novembre 1984, n° 60106 et autres, *Roujansky*

CE, 27 janvier 1988, n° 64076, *Ministre de l'éducation nationale c. Giraud*

CE, 30 juin 1989, n° 78113, *Ville de Paris et Bureau d'aide sociale*

CE, 20 octobre 1989, n° 108243, *Nicolo*

CE, 30 novembre 1990, n° 103889, *Association Les Verts*

CE, 13 décembre 1991, n° 120560, *Dakoury*

CE, 13 décembre 1991, n° 119996, *Nkodia*

CE, 7 juillet 1993, n° 144310, *Université Pierre-Mendès-France*

CE, 15 mai 1995, n° 152417, *Raut*

CE, 27 octobre 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*

CE, 3 novembre 1995, n° 82096 90883 135073, *Velluet*

CE, 3 juillet 1996, n° 169219, *Koné*

CE, 14 février 1997, n° 133238, *Quarez*

CE, 30 avril 1997, n° 180838, *Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale*

CE, 3 novembre 1997, n° 169907, *Société Million et Marais*

CE, 30 octobre 1998, n° 200286, 200287, *Sarran*

CE, 5 mars 1999, n° 194658 196116, *Rouquette*

CE, 20 mars 2000, n° 205266, *Gisti*

CE, 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis*

CE, 27 juillet 2001, n° 222509, *Titran*

CE, 26 octobre 2001, n° 197018, *Ternon*

CE, 30 novembre 2001, n° 212179, *Ministre de la Défense c. Dio, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*

CE, 3 décembre 2001, n° 226514, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*

CE, 3 mai 2002, n° 245697, *Association de réinsertion sociale du Limousin*

CE, 5 juin 2002, n° 20266, *Choukroun*

CE, 29 juillet 2002, n° 141112 *Griesmar*

CE, 6 novembre 2002, n° 223041, *Soulier*

CE, 29 janvier 2003, n° 247909

CE, 26 février 2003, n° 187401, *M. Llorca*

CE, 12 décembre 2003, n° 235234, *Ammouche*

CE, 30 avril 2004, n° 254106, *Monnier*

CE, 11 mai 2004, n° 255886, *Association AC*

CE, 29 décembre 2004, n° 265097, *D'Amato*

CE, 5 janvier 2005, n° 257341, *Mlle Deprez et M. Baillard*

CE, 23 mars 2005, n° 257406, *M. Lefebvre*

CE, 6 février 2006, n° 268192, *Wessang*

CE, 19 mai 2006, n° 287514, *Syndicat national des ostéopathes de France*

CE, 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris*

CE, 7 juin 2006, n° 285576, *Aides et Gisti*

CE, ord., 5 janvier 2007, n° 300311, *Association « Solidarité des Français »*

CE, 8 février 2007, n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*

CE, 6 avril 2007, n° 284736, *Commune d'Aix-en-Provence*

CE, 22 juillet 2007, n° 264541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*

CE, 6 mars 2009, n° 306084, *Coulibaly*

CE, ord., 23 mars 2009, n°325884, *Gaghiev*

CE, 8 avril 2009, n° 311434, *Laruelle*

CE, 10 juillet 2009, n° 324156, *Département de l'Aisne contre Ministre de la santé et des sports*

CE, ord., 6 août 2009, n° 330536, *M et Mme Qerimi*

CE, 7 avril 2010, n° 301640, *Ministre de l'Intérieur c. Jabnoun*, n° 316625, *Miistren de l'immigration c. Diallo épouse Bialy*

CE, 30 juin 2010, n° 332259, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c. Epoux Ben Amour*

CE, 22 octobre 2010, n° 301572, *M^{me} Bleitrach*

CE 10 novembre 2010, n° 319109, *Société Carso-Laboratoire santé hygiène environnement*

CE, 19 novembre 2010, n° 344286, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/P*

CE, ord., 15 décembre 2010, n° 344729, *Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et de la vie associative c. Epoux Peyrilhe*

CE, 24 février 2011, n° 340122, *Union nationale des footballeurs professionnels*

CE, 16 mai 2011, n° 318501, *Beaufils*

CE, 30 mai 2011, n° 336838, *Melki*

CE, ord., 10 février 2012, n° 356456, *Fofana c. Ministre des solidarités et de la cohésion sociale*

CE, 11 avril 2012, n° 322326, *GISTI et FAPIL*

CE, 4 juillet 2012, n° 341533, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes (CFPSAA)*

CE, 23 novembre 2013, n° 353703, *Syndicat national CFDT des mineurs et assimilés et du personnel du régime minier*

CE, 11 janvier 2014, n° 374552, *SARL les productions de la plume et M. D*

CE, 10 février 2014, n° 358992, *M.B*

CE ass., 27 mars 2015, n° 372426, *Quintanel*

CE 4 juin 2014, n° 370515, *M. Halifa*

CE, 5 juin 2015, n° 370896, *M. Langlet*

CE, ord., 23 novembre 2015, n° 394540, n° 394568, *Ministre de l'intérieur commune de Calais*

D. Cour de Cassation (sans indication spécifique, chambre sociale)

Cour de Cassation, 28 mai 1891, Bull. n° 210

Cour de Cassation, 2 février 1961, n° 57-12 323

Cour de Cassation, 24 mai 1975, n° 73-13556 (*Société des cafés Jacques Vabre*)

Cour de Cassation, 8 novembre 1990, 82-16.560 (*Beaudier c. ENIM et autres*)

Cour de Cassation, chambre criminelle, 11 février 1998, n° 96-84997

Cour de Cassation, 14 janvier 1999, n° 97-12487 (*Bozkurt*)

Cour de Cassation, 14 novembre 1999, n° 98-87301 (*Caisse d'allocations familiales de Grenoble c. M Kunt*)

Cour de Cassation, chambre criminelle, 16 novembre 1999, n° 98-87.686

Cour de Cassation, chambre sociale, 23 novembre 1999, n° 97-20249

Cour de Cassation, chambre sociale, 31 octobre 2000, n° 99-11258

Cour de Cassation, 16 novembre 2000, n° 99-13701

Cour de Cassation, chambre sociale, 28 mai 2002, n° 00-12918

Cour de Cassation, 19 décembre 2002, n° 3951, (*M. Brahim Gagou c. CPAM du Val de Marne et autres*)

Cour de Cassation, 16 avril 2004, n° 02-30157

Cour de Cassation, 17 mai 2005, n° 02-46581, (*Naphtachimie*)

Cour de Cassation, chambre criminelle, 30 mai 2006, n° 05-85368

Cour de Cassation, 6 décembre 2006, n° 05-12.666

Cour de Cassation, 1^{er} juillet 2008, n° 1210

Cour de Cassation, 16 décembre 2008, n° 05-40876

Cour de Cassation, 19 février 2009, n° 07-20 668

Cour de Cassation, chambre civile, 14 mai 2009, n° 08-17063

Cour de Cassation, 7 juillet 2009, n° 08-17541

Cour de Cassation, 14 avril 2010, n° 09-60426 et n° 09-60429

Cour de Cassation, 17 mai 2011, n° 10-12.852

Cour de Cassation, 3 juin 2011, n° 09-713452 et n° 09-69052

Cour de Cassation, 29 juin 2011, n° 09-71.10

Cour de cassation, chambre civile, 21 mars 2013, n° 11-25462

Cour de Cassation, chambre civile, 25 avril 2013, n° 12-13.234

Cour de Cassation, 7 novembre 2013, n° 1660 (*M. X. c. Carsat Centre-Ouest*)

Cour de Cassation, chambre civile, 9 octobre 2014, n° 12-35.005 (*CPAM de l'Aube c. M. X.*)

Cour de Cassation, 12 février 2015, n° 14-10.609

Cour de Cassation, chambre commerciale, 4 mars 2015, n° 344

II. Jurisprudence hellénique

A. Cour suprême spéciale (Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο)

AED, n° 87 /1997

AED, n° 1/2018

B. Conseil d'Etat (Συμβούλιο επικρατείας)

CdE, n° 297/1958

CdE, n° 811/1977

CdE, n° 3217/1977

CdE, n° 532- 622/1978

CdE, n° 2034/1978

CdE, n° 3254-3260/1980

CdE, n° 2789/1981

CdE, n° 1441/1981

CdE, n° 3879-3883/1982

CdE, n° 817/1983

CdE, n° 400/1986

CdE, n° 5024/1987

CdE, n° 300/1989

CdE, n° 106/1991

CdE, n° 2274/1991

CdE, n° 2778/1991

CdE, n° 3552/1992

CdE, n° 2860/1993

CdE, n° 2690, 2692/1993

CdE n° 335/1995

CdE, n° 1158/1995

CdE, n° 3675/1996

CdE, n° 472/1997

CdE n° 1809/1997

CdE, n° 2978/1997

CdE, n° 2435/1997

CdE, n° 3587/1997

CdE, n° 173/1998

CdE, n° 1917/1998

CdE, n° 1933/1998

CdE n° 1934/1998

CdE, n° 1095/2001

CdE, n° 2458/2001

CdE, n° 3381/2001

CdE, n° 3096-3101/2001

CdE, n° 3946/2002

CdE, n° 2831-2833/2003

CdE, n° 3027-3028/2003

CdE, n° 3185/2003

CdE, n° 3187-3189/2003

CdE, n° 192/2004

CdE, n° 2180/2004

CdE, n° 2523/2004

CdE, n° 3242/2004

CdE, n° 372/2005

CdE, n° 679-680/2005

CdE, n° 1/2006

CdE, n° 211/2006

CdE, n° 2011/2006

CdE, n° 3760/2006

CdE, n° 771/2007

CdE, n° 3088/2007

CdE, n° 891/2008

CdE, n° 2703/2008

CdE, n° 3100/2008

CdE, n° 2031/2009

CdE, n° 2032/2009

CdE, n° 2714/2009

CdE, n° 730/2010

CdE, n° 3470/2011

CdE, n° 619/2012

CdE n° 668/2012

CdE n° 2411/2012

CdE, n° 2497/2013

CdE, n° 2544/2013

CdE, n° 3901/2013

CdE, n° 986-988/2014

CdE n° 1906/2014

CdE n° 2196/2014

CdE, n° 3018/2014

CdE, n° 3406/2014

CdE n° 4741/2014

CdE n° 2287/2015

CdE n° 2287-2288/ 2015

CdE, n° 4/2016

CdE, n° 1007/2016

CdE, n° 1485/2016

CdE, n° 2252/2017

C. Cour de Cassation (Άρειος Πάγος)

Cour de Cassation, n° 261/1932

Cour de Cassation, n° 192/1962

Cour de Cassation, n° 252/1972

Cour de Cassation, n° 326/1979

Cour de Cassation, n° 539/1979

Cour de Cassation, n° 1441/1981

Cour de Cassation, n° 677/1991

Cour de Cassation, n° 657/1992

Cour de Cassation, n° 658/1992

Cour de Cassation, n° 79/1993

Cour de Cassation, n° 32/1995

Cour de Cassation, n° 1661/1995

Cour de Cassation, n° 1999/1995

Cour de Cassation, n° 13/1996

Cour de Cassation, n° 14/1996

Cour de Cassation, n° 380/1997

Cour de Cassation, n° 3/1998

Cour de Cassation, n° 5/1998

Cour de Cassation, n° 40/1998

Cour de Cassation, n° 800/2002

Cour de Cassation, n° 974/2003

Cour de Cassation, n° 3/2004

Cour de Cassation, n° 25/2004

Cour de Cassation, n° 1083/2006

Cour de Cassation, n° 12/2009

Cour de Cassation, n° 370/2010

Cour de Cassation, n° 2/2011

Cour de Cassation n° 1622/2011

Cour de Cassation, n° 1065/2014

Cour de Cassation, n° 570/2015

Cour de Cassation, n° 1277/2018

III. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

Commission européenne des droits de l'homme, 29 décembre 1956, n° 159/56, *X. c. République fédérale d'Allemagne*

Cour EDH, 23 juillet 1968, n° 1474, n° 1677, n° 1691/62, n° 1769, n° 1994/63 et n° 2126/64, *Affaire linguistique belge*

Cour EDH, 7 décembre 1976, n° 5095/71, n° 5920/72, n° 5926/72, *Kjeldsen, Busk Maden et Pedersen c. Danemark*

Cour EDH, 7 décembre 1976, n° 5493/72, *Handyside c. Royaume-Uni*

Cour EDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c. Belgique*

Cour EDH, 9 octobre 1979, n° 6289/73, *Airey c. Irlande*

Cour EDH, 25 mai 1986, n° 8562/79, *Feldbrugge c. Pays Bas*

Cour EDH, 29 mai 1986, n° 9384/81, *Demeuland c. Allemagne*

Cour EDH, 7 juillet 1989, n° 14038/88, *Affaire Soering c. Royaume-Uni*

Commission européenne des droits de l'homme, 9 mai 1990, n°14641/89, *Van Volsem c. Belgique*

Cour EDH, 9 décembre 1994, n° 13427/87, *Raffineries grecques*

Cour EDH, 9 décembre 1994, n° 16798/90, *López Ostra c. Espagne*

Cour EDH, 9 décembre 1994, n° 19005/91, n° 19006/91, *Schouten et Meldrum c. Pays-Bas*

Cour EDH, 28 septembre 1995, n° 12868/87, *Spadea et Scalabrino c. Italie*

Cour EDH, 16 septembre 1996, n° 17371/90, *Gaygusuz c. Autriche*

Cour EDH, 2 mai 1997, n° 30240/96, *D. c. Royaume-Uni*

Cour EDH, 27 mars 1998, n° 20458/1992, *Petrovic c. Autriche*

Cour EDH, 28 octobre 1999, n° 24846/94, 4165/96, 34173/96, *Zielinski c. France*

Cour EDH, 13 janvier 2000, n° 36448/97, *Marzari c. Italie* et n° 35800/97, *Maggiolini c. Italie*

Cour EDH, 6 avril 2000, n° 34369/97, *Thlimmenos c. Grèce*

Cour EDH, 26 octobre 2000, n° 30210/96, *Kudla c. Pologne*

Cour EDH, 23 avril 2002, n° 56869/00, *Larioshina c. Russie*

Cour EDH, 14 mai 2002, n° 38621/97, *Zehlanova and Zehnal c. République Tchèque*

Cour EDH, 27 mai 2004, n° 66746/01, *Connors et autres c. Royaume-Uni*

Cour EDH, 30 mars 2005, n° 60669/00, *Kjartan c. Islande*

Cour EDH, 31 mars 2005, n° 62740/00, *Matheus c. France*

Cour EDH, 6 octobre 2005, n° 1513/03, *Draon c. France*

Cour EDH, 25 octobre 2005, n° 59140/00, *Niedzwiecki c. Allemagne* et n° 59140/00, *Okpysz c. Allemagne*

Cour EDH, 27 mai 2008, n° 26565/05, *N. c. Royaume-Uni*

Cour EDH, 11 juin 2009, n° 53541/07, *S.D. c. Grèce*

Cour EDH, 18 juin 2009, n° 45603/05, *Budina c. Russie*

Cour EDH, 26 novembre 2009, n° 8256/07, *Tabesh c. Grèce*

Cour EDH, 18 janvier 2001, n° 27238/95, *Champan c. Royaume-Uni*

Cour EDH, 14 novembre 2002, n° 67263/01, *Mouisel c. France*

Cour EDH, 29 octobre 2006, n° 23848/04, *Wallouà et Walla c. République tchèque*

Cour EDH, 10 avril 2008, n° 27863/05, n° 28422/05, n° 28028/05, *Paschalidis, Koutmeridis et Zaharakis c. Grèce*

Cour EDH, 14 février 2008, n° 40067/06, *Butan et Dragomir c. Roumanie*

Cour EDH, 5 juin 2008, n° 32527/05, *Sampanis c. Grèce*

Cour EDH, 14 septembre 2010, 32596/04, *Farcaş c. Roumanie.*

Cour EDH, 28 octobre 2010, n° 40083/07, *Saidoun c. Grèce*

Cour EDH, 21 janvier 2011, n° 30696/09, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*

Cour EDH, 28 janvier 2011, n° 40080/07, *Fawsie c. Grèce*

Cour EDH, 7 avril 2011, n° 8687/08, *Rahimi c. Grèce*

Cour EDH, 25 octobre 2011, n° 2033/04, *Valkov et autres contre Bulgarie*

Cour EDH, 7 février 2012, n° 45312/11, 45581/11, 45583/11, 45587/11 et 45588/11, *Frimu et autres c. Roumanie*

Cour EDH, 7 mai 2013, n° 57665/12, n° 57657/12, *Koufaki et ADEDY c. Grèce*

Cour EDH, 8 octobre 2013, n° 62235/12, n° 57725/12, *Mateus et Santos Januário c. Portugal*

Cour EDH 15 octobre 2013, n° 66365/09, *Savickas c. Lituanie*

Cour EDH, 19 mars 2015, n° 70055/10, *S.J c. Belgique*

Cour EDH, 9 avril 2015, n° 65829/12, *Tchokontio Happi*

Cour EDH, 1^{er} septembre 2015, n° 13341/14, *Da Silva Carvalho Rico c. Portugal*

IV. Jurisprudence de la Cour de Justice

CJCE, 13 juillet 1961, C-14/60, *Meroni*.

CJCE, 5 février 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*

CJCE, 15 juillet 1964, C-6/64, *Costa c. Enel*

CJCE, 9 juillet 1969, C-10/69, *Portelange*

CJCE, 12 novembre 1969, C- 29/69, *Stauder*

CJCE, 17 décembre 1970, C- 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*

CJCE, 22 juin 1972, C- 1/72, *Frilli*

CJCE, 14 mai 1974, C-4/73, *Nold*

CJCE, 3 juillet 1974, C-9/74, *Casagrande c. Landeshauptstadt Munchen*

CJCE, 30 septembre 1975, C- 32/75, *Cristini*

CJCE, 28 octobre 1975, C-36/75, *Rutili*

CJCE, 8 avril 1976, C- 43-75, *Defrenne II*

CJCE, 23 novembre 1976, C- 40/76, *Kermaschek*

CJCE, 9 mars 1978, C-106/77, *Simmenthal*

CJCE, 15 juin 1978, C-149/77, *Defrenne III*

CJCE, 18 janvier 1979, C-110 et 111/78, *Willy van Wesemael*

CJCE, 5 avril 1979, C-148/78, *Ratti*

CJCE, 12 janvier 1984, C-266/82, *Turner c. Commission*

CJCE, 12 juillet 1984, C-184/83, *Hoffmann*

CJCE, 14 novembre 1984, C-105/89, *Buhari Haji c. INASTI*

CJCE, 26 février 1986, C- 152/84, *Marshall*

CJCE, 17 avril 1986, C-59/85, *Reed*

CJCE, 23 avril 1986, C-294 /83, *Les Verts*

CJCE, 21 juin 1986, C-197/86, *Brown*

CJCE, 1^{er} juillet 1986, C-50/96, *Schrodner*

CJCE, 29 septembre 1987, C-126/86, *Gimenez Zaera*

CJCE, 27 septembre 1988, C- 263/86, *Humbel*

CJCE, 8 novembre, 1990, C-177/88

CJCE, 31 janvier 1991, C-18/90, *Kziber*

CJCE, 23 avril 1991, C - 41/90, *Höfner et Elser*

CJCE, 25 juillet 1991, C-345-89, *Stoeckel*

CJCE, 17 février 1993, C-159/91, 160/91, *Poucet et Pistre*

CJCE, 19 mai 1993, C-320/91, *Paul Corbeau*

CJCE, 19 janvier 1994, C-364/92, *Eurocontrol*

CJCE, 27 avril 1994, C-393/92, *Commune d'Almelo*

CJCE, 17 octobre 1995, C-450/93. *Kalanke*

CJCE, 16 novembre 1995, C-244/94, *FFSA*

CJCE, 26 mars 1996, C-238/94, *Garcia*

CJCE, 26 septembre 1996, C-241/94, *République française c. Commission des Communautés européennes*

CJCE, 27 octobre 1997, C-159/94, *Commission c. France*

CJCE, 11 décembre 1997, C-55/96, *Job center*

CJCE, 12 mai 1998, C-85/96, *Martinez Sala c. Freistaat Bayern*

CJCE, 18 juin 1998, C-266/96, *Corsica Ferries*

CJCE, 21 septembre 1999, C-67/96, *Albany International*. C-115/97, 21 sept. 1999, *Brentjens*

CJCE, 3 février 2000, C-207/98, *Mahlburg*

CJCE, 28 mars 2000, C-158/97, *Badeck*

CJCE, 8 juin 2000, C - 258/98, *Giovaani Carra*

CJCE, 6 juillet 2000, C-407/98, *Abrahamsson*

CJCE, 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98, *Pavlov*

CJCE, 12 juillet 2001, C-157/99, *Smits c. Peerboms*

CJCE, 20 septembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*.

CJCE, 11 octobre 2001, C-95/99 à n° C-98/99 et C-180/99, *Khalil, Mohamed Nasser, Meriem Addou*

CJCE, 25 octobre 2001, C- 475/99, *Glockner*

CJCE, 22 novembre 2001, C-53/00, *Ferring*

CJCE, 29 novembre 2001, C-366/99, *Griesmar*

CJCE, 7 mars 2002, C-145/99, *Commission c. Italie*

CJCE, 11 juillet 2002, C- 224/98, *Marie-Nathalie D’Hoop*

CJCE, 17 septembre 2002, C-320/00, *Lawrence*

CJCE, 13 décembre 2002, C- 206/00, *Moufflin*

CJCE, 24 juillet 2003, C-280/00, *Altrmark*

CJCE, 13 janvier 2004, C-256/01, *Allonby*

CJCE, 23 mars 2004, C-138/02, *Collins*

CJCE, 7 septembre 2004, C-456/02, *Trojani*

CJCE, 14 octobre 2004, C-36/02, *Omega*

CJUE, 19 janvier 2005, C-13/05, *Chacon Navas*

CJCE, 15 mars 2005, C-209/03, *Bidar*

CJCE, 7 juillet 2005, C-147/03, *Commission c. Autriche*

CJCE, 15 septembre 2005, C- 258/2004, *Ioannidis*

CJCE, 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*

CJCE, 13 novembre 2003, C-153/02, *Valentina Neri*

CJCE, 11 juillet 2006, C-205/03, *Fenin*

CJCE, 18 juillet 2006, C-406/04, *De Cuyper*

CJCE, 18 novembre 2008, C-158/07, *Forster*

CJCE, 5 mars 2009, C-350/07, *Kattner*

CJUE, 19 janvier 2010, C- 555/07, *Küçükdeveci*

CJUE, 22 juin 2010, C-188/10, C-189/10, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*

CJUE, 15 juillet 2010, C-271/08, *Commission c. RFA*

CJUE, 3 mars 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*

CJUE, 24 avril 2012, C-571/10, *Kamberaj*

CJUE 19 septembre 2012, C-140/12, *Brey*

CJUE, 27 septembre 2012, C-179/11, *Cimade et GISTI*

CJUE, 26 février 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*

CJUE, 7 mars 2013, C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte e.a.*

CJUE, 11 avril 2013, C-335/11, C-337/11, *HK Danmark*

CJUE, 15 janvier 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT et autres*

CJUE, 27 février 2014, C-132/12, *Stichting Woonpunt et autres c. Commission*

CJUE, 22 mai 2014, C-356/12, *Glatzel*

CJUE, 17 juillet 2014, C-173/13, *Leone*

CJUE 5 novembre 2014, C-166/13, *Sophie Mukarubega*

CJUE, 11 novembre 2014, C-333/13, *Dano*

CJUE, 11 décembre 2014, C-249/13, *Khaled Boudjlida*

CJUE, 18 décembre 2014, C- 562/13, *Moussa Abdida*

CJUE, 27 février 2014, C-79/13, *Saciri*

CJUE, 16 juillet 2015, C-222/14, *Maïstrellis*

CJUE, 15 septembre 2015, C-67/14, *Alimanovic*

CJUE, 25 février 2016, C-299/14, *García-Nieto e.a*

CJUE, 13 juin 2017, C-258/14, *Florescu*

INDEX

(renvoi aux numéros de paragraphes)

Accessibilité (des personnes handicapées)

- *Objectif* d'accessibilité aux endroits publics 664 - 669
- *Droit* d'accessibilité à l'emploi 667-672

Acquis social

- Absolu ou relatif 1242
- Moyen de contrôler la restriction des prestations 969-974

Aide sociale

- Législation 258-260, 687-689
- Caractère subsidiaire 261
- Interdiction de se substituer à la sécurité sociale 741-745, 891, 986-987, 1004

Aides d'Etat

- Contrôle de la part de la Cour de Justice 834-839
- Adaptation des législations nationales 872-885

Allocations familiales

- Critère de ressources 1001-1003
- Caractère obligatoire 1009, 1035

Allemagne

- Principe de l'Etat social et démocratique 148
- Applicabilité directe des droits fondamentaux 32, 172
- Dignité de la personne humaine 587
- Droit au minimum vital 610

Asile

- Demandeur d'asile :
 - Accueil* décent et droits sociaux 680, 681
 - 691, 694
- Bénéficiaire de protection internationale :
 - Inclusion* et droits sociaux 679
 - 688, 689, 693

Assurance-maladie

- Fondement 245, 249
- Ouverture à la concurrence 836, 868-869
- Réforme 1048-1054

Caractéristiques essentielles

- d'un Etat social en général 41, 47, 77
- des services publics sociaux en particulier
 - dont la perte méconnaît leur caractère public 288, 301, 312, 792
 - dont le maintien ne garantit pas leur pérennité 311, 313, 903, 909

Citoyenneté sociale européenne

- Jurisprudence de la Cour de Justice 417-419
- Exclusion des ressortissants des pays tiers 709-710, 713-716
- Restriction des bénéficiaires 758, 759

Confiance légitime	
- Fondement	1257-1261
- Sens strict	1263
- Distinction de l'espérance légitime	1315-1317
Contributivité	
- Critère de différenciation de la sécurité de l'aide sociale	252-255
- Différence par rapport à la <i>solidarité</i>	1197, 1198
- Valeur constitutionnelle	1194-1196
- Concrétisation à travers le <i>taux de remplacement</i>	1203-1205
- Violation par le législateur	1220
Continuité (de la prestation)	
- Voir « Lois Rolland »	
- Valeur constitutionnelle du principe	313
- Différenciation de la <i>pérennité</i> du service public	903, 909-914, 965-968
Conventions internationales sociales	
- Convention européenne des droits de l'homme	366-402
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	423, 451-454
- Charte sociale européenne	336, 1179
- PIDESC	335
- Conventions de l'OIT	335, 1179
- Convention internationale des droits de l'enfant	334, 749
- Convention relative aux droits des personnes handicapées	334, 502, 643
Dignité de la personne humaine	
- Délimitation du sens	581-589, 607-611
- Concrétisations sociales	613-625
Distinctions positives	
- en faveur des femmes	551-560
- en faveur des personnes handicapées	653-660
Droits sociaux	
- constitutionnels	178-184
- conventionnels	370-379, 423- 425
- généraux	238-255
- limités aux certains groupes de bénéficiaires	257-276
- universels / limitables	704, 720-723, 735-740
- législatifs (ou dérivés)	211-234
- acquis	1274-1278, 1330-1340
- forts/faibles	1106-1108, 1120
Droit au niveau de vie	
- suffisant	600-611
- acquis pendant la vie professionnelle	1201-1205
Effet (des droits fondamentaux)	
- de cliquet anti-retour	1239-1245

- direct	118, 348-362, 462-465, 659
- horizontal	224-229, 384, 464, 465, 613
Emploi	
- Droit à l'emploi (sens exact)	262-264
- Fin du monopole	788, 837
Egalité	
- Motifs des discriminations prohibés par des normes supra-législatives (égalité de la loi)	491-502
- Motifs des discriminations interdits par le législateur (égalité devant la loi)	485, 537, 538
- Egalisation par le haut	510-518
Equilibre financier	
- du budget public (règle d'or)	995
- équilibre financier des services publics sociaux	990-994
Enseignement	
- primaire obligatoire	228, 982, 1108
- universitaire de <i>libre accès</i>	1010, 1011
- frais d'inscription	1034-1037
Espérance légitime (voir « confiance légitime »)	
Etat social	
- Définition classique non juridique	7
- Définition juridique retenue	13-15
- Double fondement constitutionnel	12, 79, 166
- Prestations inabrogeables	980-987
Etat de droit	
- Définition	92-99, 1248, 1259
- Etat de droit social	37-48
Etranger	
- Citoyen européen/ ressortissant de pays tiers (voir « citoyenneté sociale européenne »)	
- Etranger en situation irrégulière	709,717,718,720-723,747
Financement public (des services publics sociaux) (voir « caractéristiques essentielles des services publics », voir « équilibre financier »)	
Garanties	
- légales des exigences constitutionnelles	971, 980, 116, 1242
- institutionnelles	961-963, 969-972
Gratuité (des prestations)	
- Possibilité de limiter la gratuité ou non	1035-1037
- Limites à l'imposition des frais	1038-1041

Habilitation (de concrétisation du principe de l'Etat social)	
- Création des prestations	67, 68, 196, 510
- Suppression des prestations	980-987, 973-974
- Aménagement des prestations	197, 198, 1121
Hébergement d'urgence	267, 271, 688, 692
Intérêt général	
- Imprécision du sens	281-292
- Question du fondement	290-293, 304-306, 540-542 1136-1138
- Fondement des limitations des droits	1132-1134
- Intérêt général financier (« exceptionnel »)	1145-1153, 1288
Libertés économiques	
- Liberté de circulation	413, 414, 504, 715
- Liberté de l'établissement	842-844
- Principe de la concurrence	328-432, 549, 827-839
Loi - écran	103, 1022
Inefficacité (ou ineffectivité)	
- Définition classique	26-28
- Définition retenue	70-75, 195, 196
Invocabilité	201-210, 361, 451-457
Justiciabilité ou Applicabilité directe	
- écartée (droits sociaux constitutionnels)	31-33, 191-200, 510-518
- possible (droits sociaux législatifs)	212-229, 519-523
Handicap	
- Interdiction des discriminations	501, 502
- Distinctions positives	486, 487, 530-536
- Aménagement raisonnable	656-660
Hôpitaux	244, 247, 251, 308, 785-885
Kelsen	53, 95, 114, 148, 173, 485, 575, 775
Libéralisation	
- des services publics en réseaux	306, 307, 431, 432, 804, 805, 923-926
- des services publics sociaux	780, 838, 839, 903-908
- service universel	431, 443, 805, 829, 838, 909-910
Limites	
- à la suppression du principe de l'Etat social (structure)	980-987
- à la restriction du principe de l'Etat social (substance)	1103-1108

- relative (principe de proportionnalité)	1117-1123
- temporelle	1254-1262
Logement	150, 151, 179, 266-271, 273, 613-620
Lois Rolland (voir aussi « service universel »)	302, 314
Marge nationale	390-395, 665, 1178
Monopoles	
- en général	804, 813, 814, 862, 863
- monopoles de la sécurité sociale	312, 845-853
- monopoles de l'enseignement universitaire	818, 841-844, 870, 871
Objectifs	
- constitutionnels	147-157
- objectifs-fondements de l'Etat social	158-169, 980, 981
- objectifs sociaux du droit de l'UE	421, 422
Obligation	
- positive (voir « justiciabilité »)	
- « relative »	397, 659, 662
Ordre public	591-594, 616, 1110, 1133, 1140-1144
Pérennité (voir « continuité »)	
Prérogatives (du service public) (voir « financement des services publics », « monopoles »)	
Principe	
- « faible » / au sens normativiste	17-24, 51-65, 1243-1245
- « principes » de la Charte de l'UE	458-465
Privatisation	916-920, 921-930
Proportionnalité (voir « limite relative », « limite temporelle »)	
Qualification d'activité dz service public	
- SPA / SPIC (distinction française)	795-797
- Personnes morales du droit public / personnes morales du droit public régies par le droit privé (distinction hellénique)	798-800
- Economique / non économique (distinction communautaire)	829-830, 838, 839
Régulation	903-908
Responsabilité (de l'Administration)	
- pour carence	212-223
- droit à l'enseignement des enfants handicapés	519-523

- droit à l'accessibilité de l'emploi des personnes handicapées (voir « accessibilité aux endroits professionnels »)

Retraites

- minimales permises
au regard du droit constitutionnel à la sécurité sociale 1203-1209
- minimales au regard du droit constitutionnel à l'aide sociale
(minima vieillesse) 1181-1185
- publiques 865-867
- professionnelles (« privées ») 1356-1361

Rétroactivité

- sources 1245-1262
- pseudorétroactivité 1263-1270

Révolution

182, 495, 679

Sécurité sociale (voir « retraites », « allocations familiales », « assurance-maladie », « contributivité »)

Sécurité juridique

1246-1251, 1282, 1292

Services d'intérêt général (voir « qualification d'activité de service public en droit communautaire »)

Services publics

- au sens matériel 818-824
- régaliens 295, 802-804, 951
- sociaux 304-313, 808-811
- en réseaux 805-807, 905
- constitutionnels ou rattachés au noyau de l'Etat 921-930
- d'accès universel/ d'accès ciblé/ de libre accès 1106-1011

Souveraineté étatique (voir « services publics régaliens »)

Soins

- voir « assurance – maladie »
- soins urgents obligatoires 228, 246, 720, 748, 1079, 1108-1110

Substance

- du principe de l'Etat social 166, 1186, 1187
- des droits sociaux fondamentaux 1103-1108, 1117, 1118
- du droit à la sécurité sociale (voir « retraite minimale constitutionnellement permise »)
- distinction de la limite temporelle 1235, 1236, 1323-1328, 1086-1090

Universalité

- voir « droits sociaux universels / limitables »
- voir « services publics d'accès universel/ d'accès ciblé/ de libre accès »
- confusion du sens quant à l'accès aux prestations 997-1005

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT	3
REMERCIEMENTS	7
Résumé de la thèse	9
Abstract	9
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	11
SOMMAIRE	13
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	17
1 - La thèse classique : le principe l'État social en tant que « principe faible ».....	21
i - La distinction entre règles et principes	21
ii - L' « inefficacité » des droits sociaux	24
iii - L'absence de sens spécifique de l'« État social »	28
2 - L'antithèse retenue par le biais du recours au normativisme et la nouvelle définition du problème relatif au principe de l'État social.....	32
i - Le dépassement de la distinction entre règles et principes	32
ii - Le dépassement de l'inefficacité du principe de l'État social.....	37
iii - Une nouvelle problématique autour du principe de l'État social : la détermination nécessaire des « limites » de l'habilitation du législateur	42
3 - La considération du problème dans une perspective comparatiste France-Grèce.....	45
i - Le contrôle du législateur, élément constitutif de l'« État de droit »	45
ii - Le contrôle de constitutionnalité et ses particularités en France et en Grèce	49
iii - Le contrôle de conventionnalité et la question de la « primauté » entre normes supérieures.....	53
PARTIE 1 - LES LIMITES INTRINSÈQUES AU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL	61
TITRE 1 - LES FONDEMENTS SPÉCIFIQUES DU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL	63
Chapitre 1- Les fondements constitutionnels, axes directs de l'État social.....	65
Section 1 – L'injusticiabilité des fondements du principe social, un « faux dilemme »	66
§ 1 - L'affirmation de la valeur constitutionnelle du principe de l'Etat social.....	66
A - Les objectifs-fondements du principe de l'État social	67
i - Le concept d' « objectif constitutionnel ».....	67
ii - Les objectifs-fondements du principe de l'État social	71
B - Les droits sociaux fondamentaux	76
i - Le concept de « droit fondamental ».....	76
ii - Les droits sociaux en tant que droits fondamentaux	78

§ 2 - L'injusticiabilité du principe de l'État social	82
A - La mise à l'écart de la justiciabilité du principe de l'État social.....	83
i - La mise en cause de la réserve de la loi en cas de reconnaissance de la justiciabilité du principe.....	83
ii - L'affirmation de l' « invocabilité » du principe de l'État social.....	86
B - La justiciabilité des droits sociaux législatifs	90
i - La justiciabilité des droits sociaux devant le juge administratif	90
ii - La justiciabilité des droits sociaux devant le juge civil	94
Section 2 - La concrétisation positive du principe de l'Etat social par le législateur	98
§ 1 - Les droits sociaux dérivés	99
A - Les droits sociaux généraux	99
i - Le droit à l'enseignement.....	99
ii - Le droit à la santé.....	101
iii - Le droit à la sécurité sociale	103
B - Les droits sociaux limités aux certains groupes de bénéficiaires	107
i - Le droit à l'aide sociale.....	107
ii - Le droit à l'emploi	109
iii - Le droit au logement.....	110
iv - Le droit aux « prestations essentielles » d'eau et d'énergie.....	113
§ 2 - Les services publics sociaux	115
A - La clarification du concept général de « service public »	116
i - L'approche classique du concept de service public	116
ii - Les problèmes de la définition du concept.....	118
B - La catégorie spéciale des services publics sociaux	121
i - L'impossibilité de définir les services publics sociaux sur la base de l'intérêt général	121
ii - La reconsidération du service public au regard des normes constitutionnelles	124
Chapitre 2 - Les fondements conventionnels, axes indirects de l'État social.....	131
Section 1 - L'affirmation douteuse des conventions internationales sociales	132
§ 1 - Les conventions internationales sociales dépourvues de contrôle au niveau international	134
A - L'absence de juridiction internationale	135
i - L'identification des conventions internationales sociales dépourvues de contrôle.	135
ii - Les organes de vérification des conventions internationales sociales	140
B - Le refus des juges internes de reconnaître un effet direct aux droits sociaux conventionnels.....	143
i - L'absence d'effet direct des droits sociaux conventionnels en France et en Grèce	143
ii - Un point de vue critique sur le refus des juges internes de reconnaître l'effet direct	145

§ 2 - La Convention européenne dénuée de catalogue de droits sociaux	149
A - Le caractère dérivé des droits sociaux issus de la Convention européenne	150
i - L'identification des droits sociaux dérivés conventionnels	150
ii - La « légitimité » du processus de dérivation.....	155
B - Le contrôle restreint des droits sociaux dérivés conventionnels	158
i - La question de la « marge nationale » des États en général.....	158
ii - La relativité des droits sociaux dérivés conventionnels, en particulier.....	161
Section 2 - L'affirmation douteuse d'une Union européenne sociale	165
§ 1 - Le principe de l'« Union européenne économique et sociale »	166
A - L'origine économique de l'Union européenne sociale.....	166
i - La « coordination » des régimes de sécurité sociale des travailleurs.....	166
ii - L'octroi de droits sociaux aux non-travailleurs	168
B - L'affirmation de l'Union européenne sociale dans le cadre du libre marché.....	170
i - Le lien entre l'Union européenne sociale et les libertés économiques	170
ii - La transformation du concept national de services publics sociaux	173
§ 2 - La question de l'invocabilité des fondements sociaux de l'Union européenne	177
A - La contestation de l'invocabilité des objectifs sociaux du droit primaire	177
i - L'absence de normes sociales au sein du droit secondaire	178
ii - Le recours systématique au « droit souple ».....	180
B - Le contrôle restreint des droits sociaux du droit primaire	182
i - La condition restrictive générale de l'invocabilité des droits de la Charte de l'Union européenne.....	182
ii - La spécificité de la consécration des droits sociaux en tant que « principes sociaux »	185
TITRE 2 - LES FONDEMENTS COMPLÉMENTAIRES DU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL	
.....	193
Chapitre 1 - La limitation du type de contrôle possible au regard des principes complémentaires	197
Section 1 - La délimitation du sens du principe d'égalité dans le cadre du contrôle de l'attribution de droits sociaux.....	198
§ 1 - Le contrôle strict des droits sociaux au regard des distinctions interdites	200
A - Les motifs de distinction prohibés par les dispositions supra-législatives	200
i - Les motifs convergents de distinction entre principe constitutionnel et principe conventionnel d'égalité	200
ii - La citoyenneté en tant que motif divergent.....	206
B - La mise à l'écart d'une égalisation par le haut	208
i - La justiciabilité problématique du droit à l'égalité vis-à-vis du législateur : le cas du droit à la protection sociale des étrangers.....	209
ii - La justiciabilité non problématique du droit à l'égalité vis-à-vis de l'Administration : le cas du droit à l'enseignement des enfants handicapés	213

§ 2 - Le contrôle strict des droits sociaux au regard des distinctions positives	216
A - Les distinctions positives : une concrétisation d'égalité en principe permise	217
i - Les paramètres des distinctions positives dans le domaine des prestations matérielles	217
ii - La conformité des distinctions positives au principe d'égalité	220
B - Les distinctions positives en faveur des femmes : une concrétisation d'égalité exceptionnellement interdite	222
i - L'inégalité à l'encontre des femmes dans le domaine social	223
ii - La contestation par la Cour de Justice des distinctions positives en faveur des femmes	226
Section 2 - La délimitation du sens du principe de dignité de la personne humaine lors du contrôle d'attribution des droits sociaux	232
§ 1 - Le principe de dignité de la personne humaine en tant que garantie contre les tortures	234
A - Le rejet d'une vision jusnaturaliste du principe de dignité de la personne humaine	234
i - Un principe hiérarchiquement équivalent aux droits fondamentaux	235
ii - L'affirmation de la « valeur absolue » du principe de dignité de la personne humaine	237
B - Le dépassement de l'indétermination sémantique du principe de dignité de la personne humaine	239
i - L'écartement des concrétisations variables du principe de dignité de la personne humaine	239
ii - L'élément involontaire du traitement indécent	243
§ 2 - Le contrôle strict des droits sociaux au regard du principe de dignité de la personne humaine	245
A - L'interdiction de priver des individus de prestations	246
i - Le concept du « droit à un niveau de vie suffisant »	246
ii - La définition stricte du « droit à un niveau de vie suffisant »	249
B - Les concrétisations de l'interdiction de priver des individus de prestations	251
i - L'interdiction de priver les individus de leur logement	251
ii - L'interdiction de priver les individus de prestations essentielles	255
Chapitre 2 - La limitation des solutions possibles au regard des principes complémentaires	261
Section 1 - La convergence entre les deux types de fondements dans le cas d'une démarche inclusive de bénéficiaires	263
§ 1 - La démarche inclusive des personnes handicapées	264
A - Une démarche initiée en France et en Grèce	264
i - L'accès à l'emploi en tant que principal moteur d'inclusion des personnes handicapées	264
ii - Les distinctions positives prévues en matière d'emploi	267
B - Une démarche achevée en France	271

i - Les difficultés de l'affirmation d'un « droit à l'accessibilité » des personnes handicapées aux endroits professionnels, le cas grec	271
ii - L'affirmation d'un droit à l'accessibilité aux endroits professionnels, le cas français	273
§ 2 - La démarche inclusive des bénéficiaires du droit d'asile.....	276
A - L'identification des bénéficiaires du droit d'asile.....	276
i - Les bénéficiaires du droit d'asile entendu au sens strict	276
ii - Les bénéficiaires du droit d'asile entendu au sens large	278
B - Les droits sociaux des bénéficiaires du droit d'asile	280
i - La différence dans l'attribution des droits sociaux entre bénéficiaires du droit d'asile	280
ii - La différence de fondement de la démarche inclusive.....	283
Section 2 - La potentielle divergence entre les deux fondements dans le cas d'une démarche exclusive de bénéficiaires.....	289
§ 1 - L'attribution de prestations par exclusion des étrangers du principe d'égalité en général	289
A - L'identification des étrangers en situation irrégulière au regard du droit de l'Union européenne.....	290
i - La démarche inclusive exceptionnelle à l'égard des ressortissants des pays tiers ..	290
ii - La démarche inclusive restreinte des ressortissants des pays tiers	292
B - L'exclusion partielle des étrangers de prestations en France et en Grèce	295
i - L'accès des étrangers en situation irrégulière aux droits à l'enseignement et à la santé.....	295
ii - L'exclusion paradoxale des étrangers du bénéfice du reste des droits sociaux dérivés	297
§ 2 - L'exclusion problématique au regard des droits sociaux fondamentaux en particulier	300
A - L'interdiction d'exclure les travailleurs en situation irrégulière du droit à la sécurité sociale.....	301
i - L'impossibilité de contrôler l'exclusion des étrangers de droits sociaux limités à certains bénéficiaires	301
ii - La possibilité de contrôler l'exclusion des étrangers du droit à la sécurité sociale	302
B - Le problème de la substitution de l'aide sociale à la sécurité sociale, l'exemple français	305
i - L'octroi de l'aide sociale à la place de la sécurité sociale dans l'ordre juridique français	305
ii - La dissociation nécessaire entre les deux types de prestation.....	307

PARTIE 2 - LES CONTRE-LIMITES DU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL	315
TITRE 1 - LES CONTRE-LIMITES RELEVANT DE LA STRUCTURE DU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL	317
Chapitre 1 - Les services publics sociaux à l'épreuve du principe de la concurrence.....	319
Section 1 - L'indétermination des limites au principe de la concurrence dans le droit de l'Union européenne.....	320
§ 1 - L'approche nationale : les services publics sociaux en tant qu'activités non économiques.....	320
A - La dérogation générale des organes étatiques à la perte de privilèges	321
i - L'origine de la distinction entre services publics économiques et services publics non économiques.....	321
ii - La place des services publics sociaux parmi les services publics non économiques	325
B - La non-exclusion des personnes privées	329
i - La définition répandue des services publics sociaux au sens matériel : le cas français	329
ii - La définition émergente des services publics sociaux au sens matériel : le cas hellénique	332
§ 2 - L'approche du droit de l'Union européenne : les services publics sociaux en tant qu'activités économiques	335
A - La source jurisprudentielle de la qualification de l'activité de service public	335
i - L'indétermination du droit secondaire	336
ii - Le désaccord avec les droits nationaux quant à la qualification des services publics sociaux.....	338
B - La relativité des exceptions à la concurrence	341
i - La relativité de l'exception de l'enseignement	342
ii - La relativité de l'exception de la sécurité sociale de base	343
Section 2 - La suppression des services publics nationaux en tant que conséquence finale de l'application illimitée du principe de la concurrence	349
§ 1 - La contestation continue des services publics sociaux.....	349
A - L'adaptation de la législation sociale au principe de la concurrence	350
i - La limitation des monopoles publics	350
ii - La limitation du financement public des services publics sociaux	354
B - La nouvelle définition restrictive des services publics sociaux.....	359
i - L'intervention minimale de l'Administration	360
ii - L'intervention de l'Administration subsidiaire au marché	363
§ 2 - La libéralisation progressive des services publics, moteur de leur suppression	366
A - Le service universel en tant que corollaire d'une suppression du service public.....	366
i - Le nouveau rôle de l'Administration en tant que régulateur de la prestation	366
ii - La garantie de la continuité au détriment de la pérennité des services publics.....	369

B - La mise à l'écart des dispositions du droit de l'Union en tant que limites à la suppression des services publics	372
i - L'absence de limites à la suppression des services publics dans le droit de l'Union	372
ii - La possibilité d'envisager des services publics constitutionnels	374
Chapitre 2 - Les services publics sociaux constitutionnels	381
Section 1 - Le fondement de la pérennité des services publics sociaux	382
§ 1 - Les fondements inappropriés de la pérennité des services publics sociaux	382
A - La « souveraineté étatique »	382
i - La « souveraineté étatique » comme fondement de la pérennité des services publics sociaux	383
ii - La souveraineté étatique comme fondement inapproprié de la pérennité des services publics en général	386
B - Les droits sociaux constitutionnels	388
i - Les difficultés de la théorie des « garanties institutionnelles » des droits sociaux fondamentaux	388
ii - Les difficultés de la théorie de l'« acquis social » des droits sociaux fondamentaux	392
§ 2 - L'objectif-fondement du principe de l'Etat social comme fondement de la pérennité des services publics sociaux	394
A - Les services publics sociaux inabrogeables au regard de l'objectif-fondement	395
i - L'identification des services publics constitutionnels par le biais d'une interprétation historique	395
ii - L'interdiction de suspendre le financement des services publics sociaux constitutionnels	400
B - La question d'accès ciblé aux services publics sociaux	404
i - La confusion par rapport au sens de la prestation ciblée : l'exemple des allocations familiales	405
ii - La proposition d'un critère de conformité du ciblage des prestations	408
Section 2 - La question de la gratuité des services publics sociaux	413
§ 1 - L'imposition de frais de scolarité pour l'enseignement universitaire	413
A - La relativisation de la gratuité de l'enseignement universitaire en France et en Grèce	414
i - L'imposition de frais de scolarité à tous les niveaux de l'enseignement universitaire en France	414
ii - L'imposition de frais de scolarité au niveau des masters universitaires en Grèce	416
B - La question de la constitutionnalité de la relativisation de la gratuité de l'enseignement universitaire	418
i - La possibilité de relativiser la gratuité de l'enseignement universitaire	418
ii - L'interdiction d'une activité lucrative comme limite à la relativisation de la gratuité de l'université	420

§ 2 - Le renforcement de la contributivité de la sécurité sociale	423
A - La réforme de l'assurance-maladie en France.....	424
i - Le recul de l'assurance-maladie de base vis-à-vis de l'assurance-maladie complémentaire	424
ii - La non mise en cause du caractère inabrogeable de l'assurance-maladie.....	427
B - La réforme des retraites en Grèce.....	429
i - Le recul de la retraite de base vis-à-vis de la retraite complémentaire	429
ii - La mise en cause du caractère inabrogeable des retraites	431
TITRE 2 - LES CONTRE-LIMITES RELEVANT DE LA SUBSTANCE DU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOCIAL	439
Chapitre 1 - La limite substantielle à la restriction des prestations matérielles.....	441
Section 1 - La distinction entre limite relative et limite absolue à la restriction des droits sociaux fondamentaux	442
§ 1 - La question de la définition de l'atteinte excessive aux droits sociaux fondamentaux.....	442
A - La définition de l'atteinte excessive par le recours à la substance des droits sociaux fondamentaux	442
i - L'origine de la substance des droits fondamentaux	443
ii - La substance des droits sociaux fondamentaux	445
B - Les problèmes de définition de l'atteinte excessive par le biais du principe de proportionnalité	448
i - L'origine du principe de proportionnalité.....	448
ii - La relativité du principe de proportionnalité.....	451
§ 2 - La prise en compte de l'objectif du législateur	454
A - Le risque de substitution du juge au législateur	455
i - La substitution minimale, un élément du contrôle de proportionnalité.....	455
ii - La restriction nécessaire du contrôle de proportionnalité	457
B - Le risque de neutralisation du contrôle de proportionnalité dans le contexte d'une crise	459
i - L'établissement de l'« état d'urgence » en France.....	460
ii - Les « conditions financières exceptionnelles » en Grèce	462
Section 2 - La confusion des limites dans le cas de la restriction des retraites	467
§ 1 - L'absence de contrôle de la substance du droit à la sécurité sociale dans la jurisprudence supranationale	468
A - L'absence totale de contrôle de la substance au niveau communautaire	468
i - Le contrôle des mesures restrictives à l'encontre des organes communautaires	468
ii - Le contrôle des mesures restrictives à l'encontre des Etats membres	472
B - L'absence partielle de contrôle de la substance au niveau conventionnel.....	474
i - La question d'une limite à la restriction des retraites	474

ii - Le principe de dignité de la personne humaine, une limite inappropriée pour les ordres juridiques nationaux	476
§ 2 - La retraite minimale dans les ordres juridiques nationaux.....	480
A - La contributivité des retraites en tant que principe de valeur constitutionnelle	480
i - L'affirmation de la valeur constitutionnelle de la contributivité des retraites	481
ii - La détermination de la retraite minimale sur le fondement du principe constitutionnel de contributivité	484
B - La question de la conformité de la législation au principe constitutionnel de la contributivité	486
i - Les malentendus autour de la contributivité des retraites : le cas français.....	487
ii - Le contournement de la contributivité des retraites : le cas hellénique	489
Chapitre 2 - La limite temporelle ne relevant pas de la substance	495
Section 1 - L'identification de la limite temporelle à la restriction de normes favorables.....	495
§ 1 - L'activité normative du législateur au regard de la limite temporelle	496
A - La mise à l'écart d'un droit général au maintien des normes favorables	496
i - L'absence d'obligation de non-réduction des droits fondamentaux	496
ii - L'éviction de l'obligation générale de garantir la stabilité des normes	499
B - Le droit à la confiance légitime conçu dans un sens strict	502
i - Le recours au « principe de non-rétroactivité de la loi ».....	502
ii - Le rejet du principe de « pseudorétroactivité ».....	506
§ 2 - L'activité normative des organes autres que le législateur au regard de la limite temporelle.....	509
A - Le droit à la confiance légitime vis-à-vis de l'Administration.....	509
i - La rétroactivité des actes administratifs unilatéraux.....	510
ii - L'intervention rétroactive dans les contrats administratifs	513
B - Le droit à la confiance légitime vis-à-vis du juge	516
i - L'atteinte au principe de confiance légitime par les arrêts rétroactifs	516
ii - Le recours à la technique de la modulation des effets dans le temps.....	518
Section 2 - L'application de la limite temporelle à la restriction des retraites	523
§ 1 - La garantie de l'intangibilité des retraites vis-à-vis des normes législatives	523
A - La mise à l'écart de l'espérance légitime comme fondement du droit acquis à la retraite.....	524
i - Le principe d'espérance légitime au regard de la jurisprudence de la Cour européenne.....	524
ii - La consécration du principe d'espérance légitime dans un sens strict par les juridictions nationales.....	527
B - L'affirmation du droit acquis à la retraite sur le fondement du principe de confiance légitime.....	529
i - L'affirmation indirecte du droit acquis à la retraite dans l'ordre juridique français.....	529
ii - L'affirmation directe du droit acquis à la retraite dans l'ordre juridique hellénique	531

§ 2 - La garantie de l'intangibilité des retraites vis-à-vis des normes infra-législatives	534
A - Les droits acquis à la retraite vis-à-vis des décisions administratives.....	535
i - L'acte créateur de droits à la retraite dans l'ordre juridique français.....	535
ii - L'acte créateur de droits à la retraite dans l'ordre juridique hellénique	537
B - Le droit acquis à la retraite vis-à-vis des modifications de conventions	539
i - Les problèmes liés à l'étude des retraites professionnelles.....	539
ii - La garantie de l'intangibilité des retraites issues de conventions, le cas français..	542
 CONCLUSION GÉNÉRALE	 551
BIBLIOGRAPHIE	557
TABLE DE JURISPRUDENCES.....	611
INDEX	631
TABLE DES MATIÈRES.....	637

Résumé de la thèse

La Constitution française consacre la « République sociale » et la Constitution hellénique reconnaît « l'Etat de droit social ». Si le *principe de l'Etat social* a jusqu'à aujourd'hui été amplement appréhendé par les études doctrinales dans les deux Etats analysés en tant que principe indéterminé au « contenu normatif faible », l'intérêt de l'étude porte sur la possibilité de l'envisager autrement. Etudié dans le cadre du normativisme, qui nous impose d'envisager toutes les normes en tant que *normes obligatoires*, il convient de ne plus contester la force normative du principe en question mais de déterminer son sens. C'est ainsi qu'on sera finalement en position de savoir quel niveau matériel de vie les constituants de ces deux Etats ont garanti aux individus lorsqu'ils ont qualifié les Etats de *sociaux*. L'étude part du postulat selon lequel un Etat est *social* à partir du moment où il dispose en son sein de *fondements* qui habilent, obligent et interdisent des actions spécifiques au législateur. Les normes constitutives de l'Etat social posent ainsi des *limites* à la production législative. Envisagées d'un point de vue *positif*, les normes fondatrices de l'Etat social habilent le législateur à améliorer les conditions matérielles de vie des individus, sans nullement le contraindre. Le législateur concrétise le principe de l'Etat social dans un sens positif, tout en étant libre d'*obligations positives*. Le seul « obstacle » à la *création* de nouvelles prestations est, ainsi, l'impossibilité de contrôler l'inaction législative ; un élément qui constitue une *limite intrinsèque* au principe de l'Etat social. Vues d'un point de vue *néгатif*, les normes constitutives de l'Etat social permettent au législateur de restreindre l'accès aux prestations, mais lui interdisent de neutraliser le principe. Les actions de concrétisation négative qui équivaldraient à une *suppression* de l'Etat social sont prohibées. Il s'ensuit qu'un *minimum* de législation sociale doit toujours être préservé tant que la Constitution qualifie l'Etat de *social*. De ce point de vue, les fondements normatifs de l'Etat social protègent le *noyau essentiel* du principe ou, autrement dit, garantissent ses *contre-limites*.

Mots clés : Etat social – principe – droits sociaux – justiciabilité – obligations positives – égalité – dignité de la personne humaine – handicap – étrangers – services publics sociaux – libéralisation – retraites – principe de confiance légitime

Abstract

French Constitution guarantees the “Social Republic,” the Greek constitution recognizes the “Social Rule of law.” If the *principle of the Social State* is to this day apprehended by the authors of both states as an undetermined principle of “low content of normativity,” this study’s focus offers a different perspective on the matter. If we study this principle in the context of normativism, we will be forced to view all norms as *obligatory*, and we will no longer contest its normative value but focus on determining its meaning. Only in this way we will be in the position of knowing what material level of life the constituents of the two states reserved for the individual, when they qualified the States as *social*. The study assumes that a state is *social* when it possesses the foundations that habilitate, oblige and prohibit the legislator from specific actions. The constitutive norms of the social state impose *limits* at the legal production. Seen at a *positive perspective*, the fundamental norms of the social state allows the legislator to improve the material conditions of life of the individuals without any constraints. The legislator concretizes the principle of the social state in a positive sense while being free from *positive obligations*. The only obstacle to the *creation* of new benefits is the impossibility to control legal inactivity; it constitutes an *intrinsic limit* to the principle of the social state. Seen from a negative perspective, the constitutive norms of the social state allow the legislator to limit the access to benefits but prohibit the neutralization of the principle. The actions of negative concretization that would lead to the annulation of the social state are prohibited. It follows that a *minimum* of social legislation should be maintained as long as the Constitution qualifies the state as *social*. At this angle, the normative foundations of the social state protect the *essential core* of the principle or, in other words, its *counter-limits*.

Key words: Social state – principle – social rights – justiciability- positive obligations – equality – dignity of the human being – handicap – strangers – social public services – liberalisation – pensions – principle of legit expectation