

**LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE
EN DROIT PUBLIC
(Eléments d'analyse au départ de la jurisprudence
du Conseil d'Etat)**

PAR

Francis DELPEREE

PROFESSEUR A L'UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN
ET AUX FACULTES SAINT-LOUIS

Le principe de proportionnalité n'est-il pas l'une de ces fausses idées claires que véhicule le droit public ?

Certes, c'est au nom de ce principe que la doctrine et la jurisprudence s'efforcent de préciser le critère du raisonnable dans l'action des pouvoirs publics, qu'elles cherchent aussi, pour protéger les droits les plus élémentaires de l'individu, à mettre des bornes à l'intervention de l'administration, qu'elles essaient encore de déterminer où se situent les contraintes normales nées du souci de préserver quoi qu'il en coûte l'intérêt général.

Comment concilier ces préoccupations pour une bonne part contradictoires, sinon en faisant appel à un principe de proportionnalité, à une règle supérieure d'équilibre, à une préoccupation fondamentale d'harmonie dans l'aménagement des pouvoirs publics et dans l'organisation de la vie sociale ?

Qui plus est, le juriste, faisant ainsi l'apologie du principe de proportionnalité, a conscience de prendre parti pour le beau et pour le juste. Il prêche l'ordre et la mesure. Il réclame des pouvoirs publics l'objectivité et la sérénité. Il rappelle, en somme, que Thémis et ses serviteurs sont voués à se promener une balance de précision à la main.

Mais la proportionnalité ainsi entendue est-elle autre chose que le sens du réel, du droit et du juste ? Ne se ramène-t-elle pas aux normes d'un élémentaire bon sens ? Et dans ces conditions, la proportionnalité est-elle appelée à recevoir en droit public une signification technique

précise ? Pourra-t-elle notamment servir de critère d'appréciation au juge de l'administration dans l'exercice de ses missions contentieuses ?

On s'efforce d'apporter quelques éléments de réponse à cette question (1). Première difficulté : le principe de proportionnalité a-t-il droit de cité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat ? Deuxième difficulté : dans l'affirmative, sous quelle forme, à quel titre et à quelles conditions, ce principe se voit-il consacré ?

I. — La notion de proportionnalité

La proportionnalité, pourrait dire Monsieur de la Palisse, c'est l'état de choses qui sont proportionnelles, qui sont donc dans un lien de proportion, entre elles. Mais qu'est-ce à dire ? La formule n'est pas exempte d'ambiguïtés. Car qu'est-ce qu'une proportion ? Et puis, dans le domaine du droit public, quels sont ces éléments qui sont appelés à se trouver dans pareille situation de proportion ?

La proportion, d'abord, s'entend d'ordinaire d'un rapport de convenance, de logique ou de mesure qui peut s'inscrire entre les parties d'un tout.

On le relève donc d'emblée. L'établissement d'une proportion peut être simple affaire de mesures, de calculs ou de comptes. Qu'est-ce que la représentation proportionnelle sinon la technique qui permet à une liste de candidats d'obtenir un *nombre* de sièges qui se situe dans un rapport de stricte proportion avec le nombre de voix qu'elle a pu obtenir dans un arrondissement électoral ? Les règles de l'arithmétique commandent à ce moment l'ensemble de l'opération.

Mais l'établissement d'une proportion peut aussi conduire à des estimations ou à des évaluations qui, sans toujours viser à une parfaite exactitude, permettent cependant de considérer que tel fait ou que tel acte est, ou n'est pas, en proportion avec tel autre fait ou avec tel autre acte.

Toute opération de comparaison peut être comprise en ce sens. Etablissant une confrontation entre deux objets, je constate que l'un est plus grand, plus beau et plus cher que l'autre, mais cette appréciation est toute relative ; elle se fonde sur le rapport de proportion qui existe entre ces deux objets. Le conseil de direction d'un département ministériel agit-il autrement lorsqu'il donne son avis sur les mérites respectifs de deux candidats à une promotion ?

(1) Dans les limites de cette étude, il ne saurait être question de faire référence à l'ensemble de décisions qui, implicitement ou explicitement, ont pu faire référence à cette notion de « proportionnalité ».

Les éléments de l'action administrative, eux aussi, sont divers. Faut-il rappeler, une fois encore, que l'acte administratif est le résultat d'une opération complexe. Chaque élément peut, notamment aux fins de contrôle, en être isolé. Mais peut-être a-t-on trop privilégié jusqu'à présent cette démarche qui revient à décortiquer l'acte administratif et à en examiner, l'une après l'autre, chacune des composantes ? Les arbres ont pu cacher la forêt. N'a-t-on pas perdu de vue que les éléments épars de l'acte administratif doivent aussi pouvoir s'emboîter les uns dans les autres ? Et comment pourraient-ils ainsi s'intégrer s'ils ne sont pas dans un rapport de proportion entre eux ?

Le contrôle de la proportionnalité va donc pouvoir se manifester à plusieurs niveaux.

L'autorité administrative se détermine à agir. C'est au départ de la constatation de certains faits. Mais leur exactitude est-elle avérée ? Sur ce seul terrain de l'observation des faits, des erreurs de proportion peuvent être commises. Le juge administratif y trouve un premier domaine d'action.

La seule observation des faits ne suffit pas. L'autorité administrative se doit de les apprécier, de les qualifier, de les comparer entre eux, de préférer éventuellement les uns aux autres. Il y a place, dans ce travail d'appréciation, pour l'établissement de proportions. Sur ce second terrain de l'appréciation des faits, des erreurs peuvent aussi être décelées. Le juge administratif, tout en se gardant d'entrer dans l'analyse d'opportunité de la décision, trouvera un second domaine d'intervention.

L'autorité administrative ne saurait agir, cependant, sur base d'une simple observation, ni même d'une réelle appréciation des faits. Elle agit aussi dans le respect de la règle de droit. Cette règle l'a-t-elle correctement interprétée ? Elle agit, mais son action peut-elle se donner les allures de la démesure ? Elle agit, mais son action peut-elle traiter différemment les citoyens ? Sur ce terrain encore, l'intervention du juge de l'administration peut se concevoir.

A. — LE CONTROLE DE L'EXACTITUDE DES FAITS

Comment pourrait-il faire autrement ? Le juge administratif est amené à vérifier d'abord la matérialité de faits ou de situations invoqués à l'appui de la décision administrative contestée.

Il peut ainsi censurer l'erreur de fait. Elle prend ici la forme de l'erreur de calcul. Soit que l'administration se trompe dans la réunion des données qui vont servir à une opération arithmétique, soit qu'elle applique à ces données une règle inexacte de calcul, soit encore qu'elle

commette quelque erreur dans l'accomplissement de l'opération elle-même et qu'elle en tire donc des conséquences inexacts.

Toutes ces erreurs de calcul ont conduit l'administration à accorder à des faits ou à des situations une importance qui n'était pas la leur. Elles l'ont amené à grossir ou au contraire à minimiser celle-ci. En d'autres termes, ces faits et ces situations ont été perçus hors de leurs justes proportions. Ils ont pourtant déterminé l'administration ainsi induite en erreur à agir. Le juge de l'excès de pouvoir ne saurait que censurer les actes accomplis en se fondant sur les mesures ou les calculs inexacts.

Au nombre des erreurs de calcul, il y a lieu de relever, en premier lieu, celles qui se commettent à l'occasion d'études techniques que l'administration réalise ou fait réaliser, celles aussi qui se commettent à l'occasion de l'établissement des dossiers que les administrés sont tenus de déposer pour étayer une demande particulière.

Voici un permis de bâtir. Il a été accordé au motif que le volume du bâtiment projeté — volume calculé en multipliant la hauteur au sommet d'un toit à versants par la profondeur de l'immeuble et par sa largeur en façade — n'est pas beaucoup plus important que celui d'une villa existante.

Erreur de fait, dira le Conseil d'Etat dans un arrêt du 27 mars 1970 (n° 14.407, *Commune d'Uccle*) : la méthode utilisée pour le calcul des volumes est manifestement fautive. Erreur de fait aussi, ajoutera-t-il, dans l'établissement des proportions : l'immeuble neuf a un volume double de l'ancien; on ne saurait donc soutenir que son volume n'est pas beaucoup plus important que celui du premier.

Au nombre des erreurs de calcul, il y a lieu de ranger également celles que l'administration est amenée à commettre en n'appliquant pas ou en appliquant fausement les règles strictes de proportion que la loi ou les règlements lui imposent dans une matière déterminée. Dans cette hypothèse, l'administration a, en quelque sorte, compétence liée et, en l'occurrence, compétence mesurée. Que survienne tel événement ou que se présente telle situation, l'administration ne saurait procéder qu'en appliquant aux faits des proportions voulues et imposées par la règle de droit qui commande son action.

Voici des cadres linguistiques. Au vœu de la loi, ils assurent une répartition des emplois entre un cadre français et un cadre néerlandais, voire pour certains d'entre eux un cadre bilingue. Mais selon quelle proportion ? Sinon celle que détermine l'article 43, § 3 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative. Les cadres seront donc établis en tenant compte de « l'importance que représentent respectivement pour chaque service la région de langue française

et la région de langue néerlandaise » (al. 1). Et comment déterminer cette importance, sans évaluer la proportion des affaires qui doivent obligatoirement être traitées dans l'une et dans l'autre langue, en ce compris les affaires localisées ou localisables à Bruxelles-Capitale ?

Erreur donc, dira le Conseil d'Etat dans un arrêt du 4 juillet 1975 (n° 17.131, *Association du personnel wallon et francophone des services publics*) que celle commise à l'occasion d'un relevé des affaires qui ne prend pas en compte, pour le calcul de cette proportion, celles qui sont relatives à la région de Bruxelles-Capitale.

Le juge administratif peut encore être amené à vérifier la matérialité des faits ou des situations d'une autre manière.

L'administration peut intervenir aux fins d'assurer une plus grande solidarité entre les individus. Soit qu'elle assure la distribution d'avantages sociaux, soit qu'elle indemnise les victimes du dommage exceptionnel, soit encore qu'elle entreprenne de réparer les dommages nés de la guerre ou de périodes troublées.

Dans toutes ces circonstances, l'administration accorde au particulier des avantages pécuniaires. Mais quel en est le montant ?

Ces avantages peuvent faire l'objet d'une évaluation forfaitaire. Mais ils peuvent aussi servir à compenser la perte d'un bien ou d'un revenu. Ils sont alors octroyés en proportion du dommage subi, soit par une réparation totale, soit par une intervention fixée selon le procédé de pourcentages appliqués aux frais encourus.

Pour l'octroi d'avantages compensatoires, l'établissement de tous les éléments du dommage encouru revêt évidemment une importance particulière. L'administration n'est-elle pas tenue par la loi d'accorder une indemnité proportionnelle au montant du dommage établi. Il revient alors au juge de l'excès de pouvoir de vérifier si les faits ont été exactement répertoriés et de contrôler ensuite si tout ou partie du dommage a bien été réparé au vœu de la loi.

Voici un prisonnier politique. Il demande le bénéfice des lois coordonnées relatives à la réparation des dommages de guerre aux biens privés. Il fait état de préjudices divers qu'il aurait subis à l'époque de son arrestation et durant sa détention. Va-t-il en obtenir l'indemnisation complète ? Erreur, dira le Conseil d'Etat dans un arrêt du 29 avril 1970 (n° 14.091, *Lambert de Rouvroit*). La loi a, sans doute, prévu la réparation intégrale des dommages matériels qui sont, en temps de guerre, la conséquence d'une arrestation ou d'une détention. Encore faut-il prouver que les dommages allégués sont bien en rapport avec ces faits de guerre. En d'autres termes, le dommage de guerre doit être dû à la guerre. Et l'administration se doit, pour en préciser le montant exact,

de ventiler les dommages subis par une personne entre ceux qui résultent de la guerre et ceux qui se sont simplement produits durant celle-ci. Lorsque le dommage de guerre aura été établi à ses justes proportions, il fera alors l'objet d'une réparation intégrale.

Dans toutes ces hypothèses, le terme de proportion a été affecté d'un sens proche de celui que lui confèrent les mathématiques. Il s'est agi pour l'administration d'établir un rapport entre des données quantifiables. Il s'est agi pour le juge administratif de vérifier si l'opération de comptage et de calcul avait été effectuée correctement.

La proportion est alors entendue au sens où Littré peut la définir comme « le rapport de quantités entre elles » et où il peut l'illustrer de cet exemple simple emprunté à Montesquieu : « Cette proportion des soldats au reste du peuple qui est aujourd'hui comme d'un à cent, (y) pouvait être aisément (dans les anciennes républiques) comme d'un à huit » (Rom. 3).

Mais le terme de proportion est aussi appelé à recevoir une signification plus élaborée.

B. — LE CONTROLE DE L'APPRECIATION DES FAITS

Le contrôle de l'appréciation des faits introduit, en effet, une analyse plus complexe de l'acte administratif. L'administration dispose d'ordinaire d'une marge de liberté dans la poursuite de son action. Dans l'exercice de compétences largement discrétionnaires, elle a pu ou dû se livrer à une véritable analyse de proportionnalité. Pas un simple calcul appliqué à un fait mesurable avec précision, mais une appréciation et une qualification des faits. Cette faute est trop grave pour ne pas être réprimée, cet immeuble est trop vétuste pour ne pas être démoli, cette distance est trop courte pour justifier l'implantation d'un établissement dangereux...

Le juge administratif peut-il, sans substituer son appréciation à celle de l'administration, vérifier si celle-ci n'a pas excédé ses pouvoirs ? N'a-t-elle pas, en formulant pareille appréciation, accordé trop d'importance ou trop peu d'importance à un fait déterminé (2) ? N'a-t-elle pas ainsi méconnu la règle de proportionnalité qui veut, en

(2) Dira-t-on que toute appréciation implique nécessairement analyse de proportionnalité ? Dira-t-on que le contrôle de l'« excès » de pouvoir vise toujours au respect d'une règle diffuse de proportionnalité ? On n'ose le soutenir. Il est vrai qu'une appréciation se formule toujours par référence à quelque situation ou à quelque comportement moyen. C'est une méthode commode et raisonnée d'analyse. On se limite pourtant ici aux hypothèses dans lesquelles l'administration ne peut, pour apprécier correctement les faits qui justifient son action, se dispenser de mettre en œuvre la règle de proportion.

l'occurrence, que chaque fait soit apprécié proportionnellement à ce qu'il mérite, ni plus ni moins ?

Telle est sans doute l'orientation, mesurée d'ailleurs, de la jurisprudence. Il faut en relever ici les évolutions les plus significatives. Sans contester à l'administration ses pouvoirs d'appréciation, elles en viennent à exiger d'elle des appréciations mesurées — dans tous les sens du terme.

Le juge administratif peut requérir de l'administration qu'elle procède à des appréciations mesurées en vérifiant les opérations de *comparaison* qu'elle est conduite à effectuer. Comparaisons de quantités et de qualités, de données objectives et de données subjectives... Comment entrer dans l'analyse interne de l'acte administratif, sans pour autant substituer l'appréciation du juge à celle de l'administration, sinon en vérifiant la portée de pareilles comparaisons ? Mais à la faveur de cette investigation, c'est éventuellement un contrôle de proportionnalité qui s'instaure.

Car l'administration n'a pas toujours évalué un fait en lui-même. Elle l'a examiné au regard de plusieurs autres faits. Et l'appréciation qu'elle formule se bâtit autour d'un jugement qui porte sur la relation de proportion qu'elle a pu établir entre plusieurs faits. Le juge administratif peut alors se saisir de pareilles comparaisons aux fins d'en vérifier le bien-fondé.

La matière des marchés publics offre une bonne illustration de ce procédé. Au terme de la procédure d'adjudication, n'est-ce pas au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse que le marché doit être confié ? Mais qu'est-ce à dire ? Suffit-il à l'administration de confronter des données en chiffres bruts ? Lui appartient-il, au contraire, de procéder à l'analyse des différentes offres pour les mettre en rapport les unes avec les autres ?

La réponse est simple. L'administration conserve en la matière un réel pouvoir d'appréciation. Il lui appartient non seulement de tenir compte des prix offerts mais aussi, comme le veut la loi, de tous autres éléments chiffrables. Il lui appartient aussi de prendre en considération la manière dont les prix, dans leurs différents postes, ont pu être établis.

Voici un soumissionnaire. Il a remis l'offre la plus basse. Mais il résulte de l'analyse des dossiers que les frais d'installation qui ont été mentionnés dans son offre sont de loin supérieurs à ceux qui ont été retenus par les autres soumissionnaires. La disproportion entre ces montants, dira le Conseil d'Etat dans un arrêt du 7 janvier 1966 (n° 11.589, *S.P.R.L. Entreprises générales René Herbigniat*), est flagrante. L'administration a donc pu considérer que le soumissionnaire le plus

bas entendait toucher une somme importante avant même le début des travaux. Ce procédé pouvait ne pas lui inspirer confiance. Elle pouvait donc légitimement rejeter la soumission la plus basse.

Le juge administratif peut aussi requérir de l'administration qu'elle procède à des appréciations mesurées à l'occasion des travaux d'évaluation qu'elle est amenée à effectuer. Evaluation de mérites ou de défauts, de distances ou de durées... S'agit-il d'appréciations de caractère discrétionnaire ? Ou l'administration est-elle tenue de proportionner son action à des échelles de grandeur qui auraient été au préalable établies et dont le juge aurait alors pour mission de vérifier la correcte application ?

Telle est la question que suscite notamment la mise en œuvre de la répression disciplinaire dans la fonction publique. S'exerçant en l'absence d'une préalable qualification des infractions mais en présence d'une échelle de sanctions, écarte-t-elle toute intervention du juge de la légalité ?

On sait la réponse que le droit pénal apporte à cette question. Selon la belle formule de Montesquieu encore, « la proportion qui doit être entre les fautes et les peines... est comme l'âme des Etats et l'harmonie des Empires » (Lettres persanes, 102). En va-t-il de même en droit disciplinaire ?

Voici un agent de police révoqué. A prétexte de plaisanterie, il a fait mine de commettre un hold-up dans une station-service. Il est révoqué. Il n'appartient évidemment pas au juge de l'excès de pouvoir de substituer son appréciation à celle de l'autorité responsable. Il ne lui appartient pas, en particulier, de se prononcer sur le montant de la peine qui vient d'être infligée pour un fait dûment établi. Il lui revient seulement de vérifier si pareil fait est de nature à faire l'objet d'« une » sanction disciplinaire.

Mais ajoute le Conseil d'Etat dans un arrêt du 26 juin 1975 (n° 17.101, *Depelchin*) — et cette décision rend un son neuf par rapport à des arrêts plus anciens — le juge de l'excès de pouvoir doit également vérifier « si celle-ci (la sanction disciplinaire) n'est pas hors de toute proportion avec ce fait » qui a été établi et qui justifie la mise en œuvre de la répression disciplinaire.

On mesure au passage la différence qui existe entre l'analyse de proportionnalité que suscite l'opération de comparaison et celle qui est sous-jacente à l'opération d'évaluation. Dans la première hypothèse, il revient à l'administration d'abord, et au juge administratif ensuite, de confronter deux ou plusieurs situations, d'établir les proportions qui existent entre elles et d'en tirer les conséquences qui s'imposent sur le

terrain de l'action administrative. Dans la seconde hypothèse, au contraire, il revient aux mêmes autorités de mesurer l'adéquation qui peut exister entre plusieurs éléments qui, à des moments distincts, peuvent être pris en considération au cours de l'élaboration d'un seul et même acte administratif. C'est une exigence de logique, de continuité et de cohérence interne dans l'action de l'administration qui est alors mise en évidence. Ce sont les critères d'une action « raisonnable », dans un délai « raisonnable » ou en un lieu « raisonnable » qui sont progressivement dégagés.

C. — L'INTERPRETATION DU DROIT

Le juge administratif peut vérifier l'exactitude des faits et des proportions. Il peut aussi vérifier les qualifications juridiques qui ont été données à pareils faits et à pareilles proportions. Mais il peut encore s'interroger sur l'interprétation qui a été procurée à la règle de droit dans le cas d'espèce. Il peut notamment vérifier comment les principes constitutionnels de la liberté (art. 7) et de l'égalité (art. 6) ont pu être respectés. Ce double contrôle n'introduit-il pas de nouvelles analyses de proportionnalité (3) ?

La liberté est d'abord en cause. Car si l'administration est appelée à agir, c'est dans un but qui lui est le plus souvent assigné par la loi et les règlements; c'est aussi en se donnant des motifs qu'elle trouve d'ordinaire dans les circonstances du moment (3). Est-ce à dire que l'objet de son intervention soit indifférent et qu'il soit laissé à l'appréciation discrétionnaire de l'autorité qui agit ? Ou bien celle-ci doit-elle choisir entre plusieurs solutions celle qui préserve le mieux la cause de la liberté tout en conservant à l'action administrative son efficacité ?

Or comment concilier liberté et efficacité, sinon en réclamant de l'administration qui doit agir qu'elle donne à son action un objet qui soit exactement proportionné à son but et à ses motifs, sinon en censurant toute forme d'action dont les effets seraient disproportionnés avec l'objectif poursuivi ?

(3) Une question particulière doit être élucidée. Certains actes administratifs s'accompagnent d'une motivation qui révèlent les intentions de l'autorité publique ou les circonstances qui la déterminent à agir. Peu importe, en l'occurrence, que cette motivation soit requise par la loi, les règlements ou les principes généraux du droit, ou qu'elle soit spontanément utilisée par l'autorité publique. Mais pareille motivation peut, dans nombre de circonstances, paraître insuffisante au regard des exigences de la légalité, entendue au sens le plus large de l'expression. Dira-t-on qu'il y a disproportion entre l'étendue de la motivation et l'objet de la mesure ? Il ne semble pas. Il suffit alors de constater un vice de procédure dans l'élaboration de la décision.

Voici une note de service du ministre de l'Intérieur qui interdit notamment aux objecteurs de conscience affectés au service de la protection civile de donner toute interview à la presse. Le statut de l'objection de conscience permet sans doute d'apporter des limitations mêmes préventives aux principes de la liberté d'expression que consacrent l'article 14 de la Constitution et l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Mais n'importe quelle limitation est-elle concevable ? Non, dira le Conseil d'Etat dans un arrêt du 4 juin 1970 (n° 14.141, *Dumasy*); seules sont concevables des restrictions limitées et, qui plus est, « en rapport avec les nécessités de la discipline ». Est donc entachée d'excès de pouvoir l'interdiction de « toute interview, sans distinction quant à l'objet de celle-ci, même s'il est étranger au service, sans terme fixe et sans prévoir de dérogation à la demande des intéressés ».

C'est l'objet même de la mesure, on le voit, qui est analysé par le juge administratif, car la décision est par hypothèse bien fondée sur le terrain de la compétence et de la procédure. Elle se justifie aussi par un but qui répond aux objectifs de la loi. Mais l'administration n'a-t-elle pas donné à son action un objet qui, portant atteinte aux principes de liberté, outrepassait les mesures qui étaient concevables pour réaliser le même objectif ? Le résultat, en d'autres termes, n'est-il pas disproportionné par rapport au but poursuivi et compte tenu des circonstances de l'affaire ? C'est parce qu'il se trouve être excessif que le comportement de l'administration perd alors sa justification. Exerçant cette vérification, le juge administratif est amené à étendre de manière importante le champ des analyses de légalité.

L'égalité doit aussi être prise en considération. On sait que l'autorité administrative est tenue, en effet, au respect de l'article 6 de la Constitution : appelée à opérer des distinctions entre les individus ou entre les groupes, elle ne peut les fonder que sur des critères objectifs en rapport avec le but légitime qu'elle poursuit. Mais il y a plus. Ces distinctions doivent non seulement se justifier dans leur fondement. Elles doivent aussi se justifier dans leur ampleur. A situations identiques, traitement identique. A situations différentes, traitement différencié. Mais pas n'importe quelles différences. Il faut encore que celles-ci soient proportionnées aux différences de situation qui ont pu être constatées.

Voici des émissions de radiodiffusion et de télévision. Elles vont être assurées par des associations agréées; celles-ci sont représentatives des différentes confessions qui ont cours en Belgique. Au nom du principe de l'égalité des cultes, un régime identique va-t-il être appliqué à toutes les associations ? Ou bien des distinctions compatibles avec le principe d'égalité vont-elles être pratiquées avec pour résultat de réserver plus de temps aux émissions catholiques qu'aux émissions protestantes ?

La R.T.B., dira le Conseil d'Etat dans un arrêt du 26 mai 1966 (n° 11.838, *Association protestante pour la radio et la télévision*), « a estimé que la répartition des émissions religieuses entre différentes associations agréées se justifiait notamment par la proportion de l'importance numérique de leurs affiliés ou de leurs adeptes... ». Elle pouvait donc « légitimement avoir égard à l'importance respective des cultes, telle qu'elle était notamment constatée chaque année dans le budget du ministère de la Justice » pour fixer la base de répartition des émissions.

Dans cette perspective, le critère de proportionnalité sert à mesurer la validité des distinctions que pratique l'administration. On retrouve la même préoccupation dans la jurisprudence qui s'efforce de préciser l'ampleur qu'il est permis de donner aux dérogations en matière d'urbanisme : ces dérogations à une règle générale, pour justifiées qu'elles puissent paraître, ne peuvent être d'une ampleur telle qu'elles vident la règle de son contenu initial.

II. — Le principe de proportionnalité

« La proportionnalité, a écrit M. Guy Braibant, est-elle seulement une règle de morale administrative, ou a-t-elle le caractère d'une obligation assortie d'une sanction ? » (4).

L'analyse de quelques décisions rendues par le Conseil d'Etat depuis un peu moins de trente ans pourrait donner à penser que la jurisprudence de cette institution est tout entière dominée par un « principe de proportionnalité » que le juge administratif s'efforcerait de dégager, à la manière d'une règle de droit, dans les matières les plus disparates : fonction publique, urbanisme, contrats administratifs, polices, services publics...

Le diagnostic paraît pourtant prématuré.

Certes, on l'a montré, le Conseil d'Etat n'hésite pas à censurer des analyses incorrectes de proportionnalité.

Le Conseil d'Etat n'hésite pas non plus à utiliser, sinon l'expression même de « principe de proportionnalité », du moins un ensemble de substantifs ou de qualificatifs qui indiquent bien le sens de sa démarche : il est amené à considérer que telle appréciation est « déraisonnable », que telle décision est « excessive », que telle compa-

(4) G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges M. Waline, Le juge et le droit public*, Paris, L.G.D.J. 1974, t. II, p. 298.

raison est « inexacte », que telle mesure est « hors de proportion », que telle charge est « anormale » ou qu'elle dépasse « les limites de ce qui est admissible », que telle proposition est formulée « de manière inconsiderée »... Toutes expressions qui indiquent que le Conseil d'Etat ne peut s'empêcher de vérifier si l'administration a agi en tenant compte du sens des proportions.

Le Conseil d'Etat ne va pas, cependant, jusqu'à affirmer l'existence d'un principe général de droit — « le principe de proportionnalité » — qui commanderait sa démarche et les solutions qu'il consacre. Où est l'explication ?

L'explication peut être d'ordre général. Elle tient à l'ambiguïté de la notion même de principe général de droit. L'on sait que les succès recueillis par ce concept ont contribué à en atténuer singulièrement les contours. Les questions doctrinales fourmillent et la terminologie elle-même est peu assurée : principe du droit ou principe de droit ?, principe de droit général ou principe général de droit ?, principe d'élaboration, principe d'application ou principe d'interprétation du droit ? Et comment ne pas ajouter que dans la discipline du droit public, préoccupée à juste titre par l'établissement d'une exacte hiérarchie des sources du droit, toutes ces questions prennent une acuité particulière ?

Si l'on part de l'idée que, en droit public belge, le principe général de droit ne constitue pas une source autonome du droit mais représente l'explication que le juge avance à l'appui des décisions qu'il rend et qu'il dégage d'un ensemble de règles constitutionnelles, légales, décretales ou réglementaires pour asseoir plus sûrement, plus clairement et plus précisément les solutions qu'il retient, on admettra sans difficulté que les matériaux qui servent à édifier un principe général de proportionnalité, entendu dans cette acception limitée, ne manquent pas dans l'arsenal des règles juridiques.

La Constitution, pour ne prendre que cet exemple, dispose, en son article 11, que « nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité ». Qui ne voit qu'une double analyse de proportionnalité est déjà concevable au départ de pareil texte ? La jurisprudence belge a mis en relief l'idée que l'indemnité juste était celle qui correspondait de la manière la plus précise et la plus chiffrée possible à la valeur vénale du bien et qu'elle devait compenser aussi l'acquisition d'un immeuble de remplacement. Et, au départ de textes similaires, la jurisprudence française a été amenée à vérifier si le coût social et financier de l'opération d'expropriation était bien, dans un cas d'espèce, proportionné à son utilité publique.

D'autres instruments juridiques viennent consacrer la même idée et permettent alors au juge de révéler l'existence de ce principe d'interprétation juridique. Qui veut la fin, veut les moyens. Ni plus, ni moins.

Mais la science du droit gagne-t-elle à découvrir pareil aphorisme ?

Le peu de succès recueilli par « le principe de proportionnalité » dans la jurisprudence du Conseil d'Etat peut aussi recevoir une explication particulière.

Le juge administratif n'a-t-il pas trouvé dans les techniques classiques du droit public suffisamment de ressources que pour faire l'économie d'un nouveau concept ? La Constitution lui rappelle les principes, lourds de sens et de conséquences, de la liberté et de l'égalité. La loi et les règlements lui donnent, dans certaines matières, les normes d'une compétence liée. Les méthodes juridictionnelles l'amènent tout naturellement à s'interroger sur l'exactitude des faits, même s'ils prennent la forme en l'occurrence d'équations ou de calculs. Autant de règles, de techniques, de méthodes qui amènent le juge à vérifier les analyses de proportionnalité réalisées par l'administration sans l'obliger pour autant à énoncer un principe nouveau qu'il aurait forgé en toute indépendance.

Reste sans doute le domaine des appréciations. Les mesures et les limites que le Conseil d'Etat leur apporte, matière par matière, au nom des règles qui doivent commander le fonctionnement d'une administration raisonnable, peuvent-elles s'expliquer sinon par référence à l'idée fondamentale de la proportionnalité (5) ?

Mais spécialement dans le domaine des appréciations, une difficulté d'ordre technique ne peut manquer de se greffer dans la discussion pour en rendre la solution plus délicate encore. Un principe de stricte proportionnalité peut-il s'imposer en toutes circonstances ? Le critère de « proportionnalité » est lui-même flou. Il prête à interprétation. Il est significatif de relever que le juge s'attachera, pour fonder sa décision, à constater la disproportion « manifeste » ou « importante » ; il s'efforcera de montrer que la mesure est « hors de toute proportion » avec les faits...

Le principe de proportionnalité en d'autres termes, ne fournit pas toujours au juge un critère suffisamment sûr et précis d'appréciation. Ne faut-il pas y voir aussi l'explication de la propension du juge à utiliser des méthodes plus éprouvées pour arriver aux mêmes conclusions ?

(5) Cons. P. TAPIE, « Pouvoir discrétionnaire et opportunité des décisions administratives », *Administration publique*, 1977-1978, t. 1, p. 24 s., spécialement p. 34.

Les règles de « bonne administration » ne suffisent plus.

L'administration était bonne lorsque les causes de son action — le respect de la légalité — et les effets de son action — l'efficacité administrative — l'étaient aussi.

Il faut mettre à jour les règles de « l'administration raisonnable ».

L'administration sera raisonnable si elle n'isole pas fictivement deux moments de son action, si elle accepte de vérifier le rapport de proportion qui doit exister entre les causes de son action — le respect du droit reste essentiel — et les effets de son action — l'efficacité administrative ne saurait être négligée.

L'administration sera raisonnable si elle n'accepte pas sans réfléchir l'adage « Petites causes, grands effets », si elle veut, au contraire, qu'à de petites causes ne correspondent jamais que de petits effets, et qu'à de grandes causes puissent être attachés de grands effets.

C'est cette leçon de logique élémentaire, et finalement de bon sens, que traduit la jurisprudence du Conseil d'Etat dans quelques-uns de ses secteurs.

Ne ramène-t-elle pas ainsi le principe de proportionnalité à ses justes proportions ?