

LIBERTÉ, LÉGALITÉ ET PROPORTIONNALITÉ

par

Francis DELPÉRÉE

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université
Catholique de Louvain et aux Facultés Saint-Louis

et

Véronique BOUCQUEY-RÉMION

Assistante à la Faculté de Droit
de l'Université Catholique de Louvain

1. Dans un rapport au Xème Congrès international de droit comparé (1), nous nous sommes attachés à montrer que l'affirmation ferme de l'existence d'un nouveau principe général de droit public - celui de proportionnalité - faisait défaut dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique. Tout au plus pouvions-nous relever, dans quelques décisions de la Haute juridiction administrative, la référence à une idée diffuse et indéfinie de proportionnalité dont le juge pouvait faire usage pour censurer ce qui, dans l'action de l'Administration, lui paraissait disproportionné. Le propos mérite d'être approfondi. Il doit être étayé par une étude plus systématique de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il doit être nuancé aussi selon les matières qu'il concerne (2).

L'on s'attache à préciser ici les relations qui peuvent exister entre les principes de *liberté* et l'idée de *proportionnalité*.

2. Comment ne pas rappeler, au seuil de ce rapport, le mot de Montesquieu pour qui la liberté n'est jamais appelée à s'exercer qu'«à l'abri de la loi»? Cette formule, qui paraît exprimer la quintessence de la doctrine libérale, a pour elle le mérite de la logique. La loi est, par définition, la même pour tous. Tous égaux, comment les hommes ne seraient-ils pas tous libres?

Mais s'est-on à suffisance interrogé sur les corollaires de ce postulat? Pour l'individu, notamment, que signifie cette obligation qui lui est faite de n'agir jamais que sous le couvert de la loi?

Des réponses ont été esquissées. C'est la loi qui définit la liberté que proclament en termes très généraux la Constitution, les conventions internationales, les déclarations de droits. C'est la loi aussi qui limite la liberté en définissant les circonstances dans lesquelles la liberté pourra être entravée, en fixant les conditions de l'intervention des autorités publiques, en organisant la répression des infractions commises à l'occasion de l'usage de la liberté. C'est la loi, encore elle, qui s'attache à promouvoir la liberté en déterminant les avantages, pécuniaires notamment, qui reviennent à qui veut s'en servir.

La définition, la limitation et la promotion des libertés gagnent évidemment à être étudiées dans une même perspective d'ensemble. Mais, à chacun de ces niveaux, des analyses de proportionnalité ne trouvent-elles pas place? Contribuent-elles à servir la cause de la liberté ou celle de l'autorité?

A. La définition des libertés.

3. La définition que le droit donne, à travers la Constitution, les conventions internationales et les lois de la liberté peuvent contenir une référence - explicite ou implicite - à l'idée même de proportionnalité. Cette définition et cette référence s'imposent évidemment aux autres autorités politiques.

L'idée de proportionnalité affleure dans la matière des «droits du citoyen». La Constitution belge proclame, en son article 48, al. 2, que «les élections se font par le système de la représentation proportionnelle que la loi détermine». Chaque liste de candidats obtient un nombre de sièges qui se situe dans un rapport de stricte proportionnalité avec le nombre de voix qu'elle a pu obtenir dans un arrondissement électoral.

Ce principe de la représentation proportionnelle (C.E., n°15.719, 16 février 1973, *Descamps et Hulet*)

¹ F. Delpérée, "Le principe de proportionnalité en droit public (Eléments d'analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'Etat)", en *Rapports belges au Xe Congrès International de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1978.

² L'organisation du XVIIème Congrès international des sciences administratives (Madrid, juillet 1980) et l'inscription à son ordre du jour du thème "Principe de légalité et protection des droits individuels" nous ont fourni cette occasion.

va pouvoir être utilisé aux fins de préciser quels sièges reviennent à chaque formation politique dans d'autres institutions, tels les conseils économiques régionaux.

L'idée de proportionnalité pénètre aussi la matière des «droits de l'homme». Pour ne prendre que cet exemple, la Constitution belge affirme, dans son article 11, que «nul ne peut être privé de sa propriété» pour cause d'utilité publique que «moyennant juste et préalable indemnité». Qu'est-ce à dire, sinon que les sommes dues à l'exproprié devront couvrir le préjudice éprouvé. Les tribunaux judiciaires prennent soin à cet égard de préciser que la réparation ne saurait être forfaitaire, qu'elle ne peut être accordée en équité, qu'elle doit être dans un rapport étroit de proportion avec le dommage encouru (3).

Mais là où l'idée de proportionnalité s'affirme de la manière la plus manifeste, c'est dans les applications que l'on entend procurer à la règle de l'égalité devant la loi, telle qu'elle est inscrite dans l'article 6 de la Constitution (4). Dans cette perspective, en effet, l'idée de proportionnalité apparaît comme l'une des facettes de la règle même d'égalité.

4. On connaît le raisonnement de la doctrine. A situations égales, traitement identique. A situations différentes, traitement différencié. C'est donc au prorata des différences constatées que des distinctions vont être légitimement imposées. Quelques arrêts dont la plupart ont trait au fonctionnement du service public de la radiodiffusion et de la télévision illustrent ce raisonnement :

- Le principe de l'égalité permet aux instituts de radio-diffusion et de télévision de répartir les émissions religieuses entre associations agréées en tenant compte notamment de «la proportion de l'importance numérique de leurs affiliés et/ou de leurs adeptes...», en ayant égard aussi «à l'importance respective des cultes», telle qu'elle est notamment constatée chaque année dans le budget du ministère de la justice (C.E., n°11.838, 25 juin 1966, *Association protestante pour la radio et la télévision*);
- Le principe de l'égalité permet aux instituts de déterminer «au moyen des résultats électoraux l'importance de l'audience dont bénéficie chaque parti politique auprès du public» aux fins de répartir entre eux le temps d'émission disponible (C.E., n°11.749, 6 avril 1966, *Moulin et De Coninck*);

³ Ainsi, par "juste indemnité", il y a lieu d'entendre "une indemnité équivalente à la somme nécessaire pour se procurer un immeuble de même valeur". Cass. 19 novembre 1931, Pas. 1931, I, 290.

⁴ Sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'égalité, voy. V. Boucquoy-Rémion, "Le principe d'égalité devant la loi. Généralités et applications. Jurisprudence du Conseil d'Etat de 1949 à 1975", Louvain, Unité de Droit public, 1976.

- Le principe de l'égalité permet aux instituts de réserver aux grands courants d'idées une place «au sein du groupe des fonctionnaires dirigeants dans une proportion déterminée»; la nécessité de réaliser «un équilibre politique et philosophique» au sein des services peut être considérée comme une règle normale de gestion (C.E., n°13.122, 25 juillet 1968, *Le-naerts*).

D'autres décisions introduisent l'idée de proportionnalité dans la matière de l'égalité des individus et des entreprises devant les charges publiques. Faut-il s'en étonner? L'impôt, dit-on communément, doit être calculé en proportion des revenus ou des ressources des contribuables, les taxes doivent être établies en proportion des services rendus... La jurisprudence administrative ne fait que traduire cette idée:

- Dans l'exercice de leur pouvoir d'imposer, les autorités administratives peuvent tenir compte de cet élément objectif de distinction que représente la distance qui sépare plusieurs parties d'une même commune du centre de celle-ci. Elles ne sauraient pourtant créer pour ce seul motif «une trop grande disproportion» dans les charges que les habitants sont appelés à supporter (C.E., n°17.114, 7 juillet 1975, *commune de Kinrooi*);
- Dans l'exercice de leur pouvoir d'imposer, les autorités administratives sont tenues de retenir comme assiette de l'impôt «une commune mesure de la valeur des biens». Elles ne sauraient mettre à charge des entreprises une taxe calculée «en proportion» ou «au prorata de la superficie» de leurs concessions sur le territoire d'une commune, s'il est par ailleurs établi qu'une partie des biens concédés - en l'espèce des mines - ne sont plus exploitées (C.E., n°12.405, 25 juillet 1967, *S.A. Charbonnages d'Abhooz et Bonne-Foi-Hareng et consorts*; dans le même sens, C.E., n°13.092, 27 juin 1968, n°13.117; 23 juillet 1968;...) (5).

5. Le principe de l'égalité devant la loi s'affine ainsi au contact de l'idée de proportionnalité. Il ne suffit plus de proclamer que la loi doit être la même pour tous - l'affirmation serait démentie aussitôt par les faits -. Il ne suffit pas non plus d'admettre des distinctions que la loi instaure et qu'elle fonde sur des critères objectifs - pour justifiées qu'elles puissent paraître, les distinctions peuvent vider la règle d'égalité de toute portée en organisant des régimes particuliers et privilégiés -. Il faut aussi s'interroger sur la nature des distinctions que l'autorité publique établit. Il faut en même temps examiner l'ampleur de la différence de régimes juridiques

⁵ Voy. également, en matières d'impôts et de taxes, C.E., n° 15.749, 8 mars 1973, *Dewil*; n°17.127, 9 juillet 1975, *Blomme*.

qu'à raison de cette distinction elle impose (6). Il faut enfin se demander si la différence de situations justifie bien la différence de statuts.

C'est une idée d'égalité « graduée » qui se fait ainsi jour. Elle ne se mesure pas au sein de chaque catégorie. C'est entre catégories et à travers les catégories qu'elle trouve à s'imposer.

B. L'exercice des libertés.

6. Les limitations que le droit permet d'apporter à l'exercice des libertés introduisent - de manière plus compliquée et plus diversifiée - à de nouvelles analyses de proportionnalité. A chaque instant, en effet, l'autorité administrative va se trouver prise entre deux feux. Va-t-elle s'attacher à préserver coûte que coûte les droits de l'individu ? Va-t-elle, au contraire, user sans réfléchir des contraintes et des restrictions auxquelles la loi lui permet d'avoir recours aux fins de sauvegarder l'intérêt général ? Comment concilier ces deux ordres de préoccupations ? La jurisprudence administrative apporte à ces questions des réponses nuancées. Car les hypothèses dans lesquelles l'autorité administrative est appelée à agir sont elles-mêmes diversifiées. Elles appellent des réponses appropriées.

7. Première hypothèse. L'autorité administrative est compétente pour agir. Elle respecte, en cours d'intervention, les règles de forme et de procédure qui commandent son action. Elle prend une décision. Mais sur quoi s'est-elle fondée pour agir ? Quels éléments a-t-elle pris en considération pour se déterminer à agir ? Elle a tenu compte d'un ensemble de faits qui ne sont pas contestables. Elle s'est aussi attachée à respecter la règle de droit qui lui sert de norme de référence.

Mais une question de légalité subsiste néanmoins. Les faits, pour véridiques qu'ils fussent, étaient-ils suffisants pour justifier une intervention ? Dans son principe même, celle-ci était-elle justifiée eu égard à la minceur des faits retenus en la cause ?

Le droit de la fonction publique offre une illustration de cette analyse.

⁶ Voy. également C.E., n°14.675, 19 avril 1971, *Mollers* : En énonçant les inconvénients dus à l'exploitation d'une porcherie le Roi n'a pas entendu exiger qu'ils soient supprimés de manière radicale. "Il a voulu que les autorités compétentes prennent les mesures indiquées par la science et par l'expérience pour les réduire à un niveau tel qu'ils n'excèdent pas les inconvénients normaux du voisinage...". Mais la qualité de voisin implique de subir des charges normales de voisinage. L'autorité publique méconnaît l'article 6 de la Constitution lorsqu'elle entend "ramener les inconvénients et inconvénients de l'établissement projeté en dessous des charges normales du voisinage". En somme, qui dit voisinage dit inconvénients. Ils ne peuvent non plus être ramenés en dessous d'un seuil normal de tolérance.

- L'autorité communale doit faire preuve d'une « *vigilance particulière* » dans le recrutement des policiers. Elle ne saurait, cependant, refuser une nomination définitive « pour le *seul motif* » que l'agent de police s'est vu, en cours de stage, reprocher certains agissements de sa vie privée (C.E., n°17.486, 9 mai 1976, *Denis*) (7).
- L'autorité investie du pouvoir de nommer les agents publics doit veiller à ce que les candidats soient exempts de maladies et d'infirmités physiques. Elle ne saurait interpréter cette règle comme signifiant que « tout candidat atteint d'une *quelconque* infirmité corporelle doit être écarté » (C.E., n° 8.896, 31 octobre 1961, *Van Trappen*) (8).

Le droit des collectivités locales en offre un autre exemple. Comment vérifier, en effet, la validité des interventions de l'autorité de tutelle sinon en les mesurant à l'aune de l'autonomie qui a été reconnue à la collectivité décentralisée ? Comment préserver la liberté - non plus celle des individus (9), mais celle des sociétés politiques particulières - sans procéder à une analyse de proportionnalité ?

- Dans l'exercice de son pouvoir de tutelle, le gouverneur de province peut légitimement chercher à poursuivre une politique cohérente et réfléchie. Il ne saurait, cependant, appliquer de manière automatique des normes de gestion qu'il aurait initialement adoptées. Il doit procéder, dans chaque cas, à une appréciation concrète et détaillée des faits. De quelle marge d'appréciation dispose-t-il en la matière ? « En réalité, dit le juge administratif, le pouvoir d'appréciation de l'autorité chargée de la tutelle d'approbation est *proportionnel* au pouvoir discrétionnaire de l'administration soumise à tutelle » (C.E., n°18.384, 13 juillet 1977, *Verbiest*).

8. Deuxième hypothèse. L'autorité administrative intervient à nouveau. Cette fois, elle s'est fondée sur des faits qui justifient à suffisance une décision. Mais, en agissant, n'a-t-elle pas été emportée par son élan ? La mesure prise n'est-elle pas excessive ? N'a-t-elle pas une

⁷ Voy. aussi en matière disciplinaire C.E., n°13.121, 25 juillet 1968, *Wintraecken* ; C.E., n°5.040, 22 mars 1956, *Charles*.

⁸ L'autorité investie du pouvoir de nommer les agents de la Sûreté de l'Etat dispose d'un "large pouvoir d'appréciation dans le choix de ses agents. Elle a pu tenir "pour suffisants" les renseignements qui lui étaient procurés par l'administrateur de la Sûreté et exercer valablement son choix. (C.E., n°1019, *Winand*, 13 juillet 1951).

⁹ Sur ce point encore, voy. C.E., n°9.958, 26 mars 1963, *Van Beneden* (le "seul élément de fait concret du dossier est que la maison est très humide ; cette particularité n'autorise pas à conclure que la maison ne satisfait à *aucun égard* aux conditions minimales de salubrité et d'hygiène) ; 6 octobre 1971, n°14.935, *Vrielijsck*, "La *surpopulation* ne constitue pas à elle seule un élément de fait qui puisse justifier à suffisance de droit l'appréciation qu'un immeuble est une habitation insalubre et non susceptible d'amélioration".

ampleur sans commune mesure avec les faits qui amenaient l'autorité à agir (10)?

C'est dans la matière du droit disciplinaire de la fonction publique que les évolutions les plus marquantes se sont produites. L'autorité hiérarchique est habilitée à infliger une sanction pour une infraction qui n'est pas contestée. Mais jouit-elle d'une entière liberté dans le choix de la peine? Ici encore, des réponses nuancées s'esquissent.

- Le juge de l'excès de pouvoir n'entend pas se substituer à l'autorité administrative dans la détermination de la peine à infliger à un agent public pour un fait établi. Mais ne peut-il se livrer à une analyse négative de proportionnalité? Il lui appartient seulement, dira le Conseil d'Etat, de vérifier si les faits ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une sanction - pas une sanction abstraite mais celle qui a été infligée très concrètement à l'agent - ou si celle-ci n'est pas «hors de toute proportion» avec les faits reprochés (C.E., n°17.101, 26 juin 1975, *Depelchin*; n°17.800, 1er octobre 1976, *Strauven*).
- Le juge de l'excès de pouvoir ne peut tenir pour illégale qu'une peine disciplinaire qui est «manifestement hors de proportion» avec la faute commise. La peine disproportionnée est la peine dont on ne peut raisonnablement concevoir que l'autorité hiérarchique l'infligerait en raison de la faute commise

¹⁰ Le juge administratif, lorsqu'il statue au contentieux de pleine juridiction, n'hésite pas à rappeler ce précepte aux justiciables. En somme, il tient compte d'un principe de proportionnalité dans l'exercice de ses missions. Il s'attache à maintenir en équilibre les plateaux de la balance... En matière électorale, par exemple, le juge administratif est compétent pour annuler des élections communales à raison d'irrégularités qui auraient été commises en cours de procédure. Est-ce à dire que toute irrégularité entraîne pareille sanction? Il n'en est rien. "La sanction doit demeurer proportionnée à l'irrégularité. (C.E. n°6.856, 12 février 1959, *Elections communales de Huissignies*) Voy aussi C.E., n°15.185, 25 février 1972, *Elections communales de Linter*).

A cette occasion, note le Conseil d'Etat, "il n'appartient pas au juge des élections de faire intervenir le calcul des probabilités" pour examiner si le requérant pourrait être élu, il lui suffit de constater que les irrégularités ont pu avoir pour effet de changer l'ordre des élus. (C.E., n°14.646, 1^{er} avril 1971, *Elections communales de Liège*).

La même norme de conduite - imprégnée de l'idée de proportionnalité - apparaît au contentieux de la légalité. Elle est même accréditée par la loi. Qu'est-ce, en effet, que le régime de l'annulation pour vice de forme (lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, art. 14. al. 1)? Il conduit à absoudre les manquements véniels et à ne censurer que les vices graves de légalité; si le vice de forme ne prête pas à conséquence ou n'atteint pas un individu dans l'expression de ses droits, il ne suscitera pas l'annulation de l'acte administratif incriminé. (Voy. aussi, C.E., n° 15.239, 24 mars 1972, *Stevens*; "L'autorité administrative, qui a subordonné l'avancement à la réussite d'un examen, a effectivement le devoir de prendre des mesures à ce point efficaces que les candidats soient informés, de manière précise, avec un délai convenable, du lieu et de la date de l'examen, et des autres obligations d'ordre pratique imposées aux candidats, cela n'implique pas toutefois que l'autorité administrative doive veiller à ce que de toute manière, le candidat entre en possession de cette information...").

(C.E., n°18730, 31 janvier 1978, *Van Dijk*; n° 19.906, 13 novembre 1979, *De Rijbel*) (11).

- L'autorité disciplinaire "est tenue par le principe de proportionnalité"; Cela signifie que "la peine doit être raisonnable par rapport aux faits punissables, qu'elle doit être justifiée et qu'elle ne peut relever de l'arbitraire" (C.E., n°20.116, 19 février 1990, *Decock*) (11).

Mais à partir de quel instant va-t-on considérer que la mesure adoptée prend une ampleur que la légalité ne peut tolérer? C'est le critère fragile du «raisonnable» que le juge administratif met le plus souvent en exergue pour censurer l'illégalité et par là-même pour préserver la liberté des individus. Mais la raison du juge coïncide-t-elle toujours avec la raison du citoyen et avec la raison de la puissance publique?

C'est dans des matières disparates que le raisonnable apparaît comme critère de validité de la décision administrative:

- Sous forme du délai «raisonnable» (voy. par exemple C.E., n°16.385, 24 avril 1974, *Ramboer*; adde: C.E., n°8.772, 8 septembre 1961, *S.A. Demeter*; n°9.928, 15 mars 1963, *Dugardein et Libberecht*; 14 octobre 1963, n°10.202, *Vandenbroucke et Glorieux*; n°10.290, 26 novembre 1963, *Delcour*; n°14.067, 21 avril 1970, *Meulepas*; n°18.502, 20 octobre 1977, *Bodart*...)
- Sous forme du motif «légitime et raisonnable» (voy. C.E., n°18.088, 8 février 1977, *Segers*...)
- Sous forme de l'appréciation «raisonnable» (voy. C.E., n° 15.151, 9 février 1972, *Temmerman*; n°16.922, 11 mars 1975, *Van Belleghem*; n°17.227, 21 octobre 1975, *Commune de Sint-Lievens-Esse*; n°17.364, 13 janvier 1976, *Callu*).

Mais qu'est-ce, en réalité, que la décision raisonnable? Le juge de l'excès de pouvoir s'en explique dans quelques-uns de ses arrêts. C'est la décision qui reste «dans les limites» qui sont normalement apportées au pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative (C.E., n°18.067, 26 janvier 1977, *Fastre*). Qui ne voit que c'est une analyse de proportionnalité à laquelle l'administration est à nouveau amenée à procéder de la sorte? Mais la règle de proportionnalité, en l'occurrence, ne se fonde pas sur quelque critère de référence aisément quantifiable; elle renvoie au «normal» (12)

¹¹ Voy. aussi C.E., n°17.499, 11 mars 1976, *Bérodès* ("peine proportionnée" à la gravité des faits); n°17.981, 8 décembre 1976, *Delarbre* (peine disciplinaire qui n'est pas "exagérée ou déraisonnable"); n°18.258, 4 mai 1977, *Lostermans*. ("le taux de la peine ne peut être fondé que sur la gravité des faits mesurée à l'atteinte qu'ils portent à l'intérêt du service...") Adde: C.E., n°12.754, 11 janvier 1968, *Velle*; n°16.114, 22 novembre 1973, *Brennet*; n°20.347, 22 mai 1980, *Baudrin*.)

¹² Sur la condition de "normalité" - comme critère d'interprétation de la notion légale d'urgence -, voy. C.E., n°17.604, 7 mai

ou au «raisonnable» et aux limites qu'une administration consciente de ses pouvoirs et de ses responsabilités s'imposera à elle-même.

- Le bourgmestre peut déclarer qu'une habitation est insalubre. Il s'appuiera sur les éléments de fait qui peuvent «raisonnablement» (13) fonder une décision. Quels sont ces éléments? Il tiendra compte notamment du coût des travaux jugés indispensables à la salubrité ou à la sécurité publiques et examinera si celui-ci est «hors de toute proportion avec la valeur de l'immeuble» (C.E., n°10.318, 6 décembre 1963, *Dussart*).
- «Dans le cas où l'état d'une maison est de nature à compromettre la salubrité publique, le bourgmestre a le *choix* entre l'imposition de travaux d'amélioration et la déclaration d'inhabitabilité. Ce choix implique la *mise en balance* des exigences de la santé publique et des intérêts des particuliers en cause ... Les éléments de fait ... ne montrent pas que la situation soit telle qu'on ne puisse *raisonnablement* admettre qu'une autorité agissant avec la diligence normale soit amenée à considérer la mesure attaquée comme la seule qui soit *adéquante* à la situation ...» (C.E., n°12.745, 3 janvier 1968, *De Reuze*).
- Le conseil provincial peut établir des taxes. Pour apprécier le caractère «raisonnable» ou «exorbitant» d'une taxe, il y a lieu notamment de s'interroger sur le montant de l'*augmentation* qui est provoquée et d'examiner ainsi si l'impôt n'est pas manifestement prohibitif (C.E., 10 novembre 1977, n°18.557, *Compagnie intercommunale bruxelloise des eaux*).
- Lorsque le pouvoir exécutif est autorisé à fixer d'autorité «le taux des loyers», il est tenu de se référer à «la valeur locative *normale* des biens». Il ne saurait donc prescrire de réclamer aux locataires un prix «*excédant manifestement* cette valeur locative normale» (C.E., n°10.118, 28 juin 1963, *Société coopérative de locataires «Le logis»*).

«Ne pas aller trop loin...», telle semble alors la maxime que se donne l'administration publique!

Il va sans dire que, sur ce terrain, le sens de la mesure que l'administration doit choisir pour son action devient difficilement définissable. En dehors de quelques hypothèses simples (14), le juge de l'administration

devra se contenter de censurer ce qui, pour être manifestement déraisonnable, «excèderait» le pouvoir d'appréciation discrétionnaire qui appartient en propre à l'autorité (C.E., n°13.216, 13 novembre 1968, *Vandeputte*).

9. Troisième hypothèse. L'autorité administrative intervient: elle fonde sa décision sur des faits pertinents. Elle prend des mesures qui s'efforcent de répondre adéquatement au problème posé. Mais elle intervient, en l'occurrence, d'une manière qui peut paraître excessive eu égard au but qui lui a été assigné. Elle avait le choix des moyens pour agir. Ce choix relève très largement de sa libre appréciation. Mais, là où la liberté des individus est directement en cause, l'autorité publique ne doit-elle pas être particulièrement attentive aux procédés quelle utilise? Son souci de contenir la liberté des citoyens dans «une juste mesure» ne doit-il pas l'amener à vérifier, en chaque occasion, la correcte adéquation des mesures qu'elle s'apprête à prendre au but qu'elle tend à poursuivre?

La puissance publique doit proportionner son action aux objectifs qui lui sont assignés. Elle doit «moduler» ses interventions pour tenir compte en même temps des faits et du droit, pour protéger en un même moment la liberté de l'individu et l'intérêt général.

10. Un double champ s'ouvre ici à l'analyse.

Première question. La décision administrative qui a été prise, répond-elle bien, en fait, au but qui était poursuivi? L'autorité publique ne s'est-elle pas fourvoyée en cours de route? Animée des meilleures intentions, n'a-t-elle pas pris une décision qui ne sert pas l'objectif qu'elle s'était fixé?

Comme le relève le Conseil d'Etat, dans un avis du 9 janvier 1953, «la bonne administration exige que des mesures susceptibles de causer, pour le bien général, un préjudice *grave* à des particuliers, ne soient décidées que si la mesure est susceptible, *en fait*, de réaliser le but poursuivi» (C.E., n° 2.110, 9 janvier 1953, *Société coopérative nationale pour le commerce et l'industrie de la viande*).

- Les autorités communales exercent des compétences de police en vertu de la loi des 16 - 24 août 1790. Mais elles ne sauraient, à la faveur de cet exercice, imposer, «*en outre*» au citoyen «une restriction du droit qu'il a de disposer de son bien» (C.E., n°5.907, 5 décembre 1957, *Becquart*) (15).

11. Deuxième question. La décision prise n'est-elle pas exagérée eu égard au but poursuivi? N'y-a-t-il pas

1976, *Martin*. Sur les limites de l'appréciation «normale», voy. aussi C.E., n° 13.399, 12 février 1969, *De Kerpel*.

¹³ Voy. C.E., n°9.662, 26 octobre 1962, *Behaeghe*; n°9.958, 26 mars 1963, *Van Beneden*; n°11.777 et 11.778, 28 avril 1966, *Verbuere et Durein*; n° 18.025, 5 janvier 1977, *Vekemans*.

¹⁴ Le Conseil d'Etat observera, par exemple, en faisant appel au sens commun qu'un immeuble de cinq étages qui présente une profondeur de 17 mètres, une longueur de 37,45 mètres et une hauteur de 15,90 mètres et qui abrite 46 familles et leurs voitures, ne peut *raisonnablement* être considéré, comme une villa (à caractère dégagé, même s'il a été construit en style «villa» n°15.612, 12 décembre 1972, *Dedeyster*).

¹⁵ Voy. aussi C.E., n°8.180, 27 octobre 1960, *Elsen*; 17.092, 24 juin 1975, *De Paep*. Adde: C.E., n°10.294 et 10.295, 28 novembre 1963, *Winand et Risto*: L'autorité publique ne peut «ajouter à la loi une condition qui ne découle pas nécessairement de la loi, qui n'est pas nécessaire pour en assurer l'application et qui a pour effet de modifier *profondément* la règle énoncée par le législateur».

des moyens plus appropriés pour atteindre le même objectif? L'intervention de la police administrative offre ici une matière de choix.

- L'autorité administrative dispose de larges pouvoirs dans l'exercice de ses devoirs de police. Il lui appartient notamment de détruire, en cas de nécessité démontrée, les objets qui sont cause immédiate de danger. Il ne s'ensuit pas que le pouvoir exécutif aurait compétence pour autoriser la destruction «totale» d'une plantation de caféiers, s'il s'avère que certains plans sont atteints de maladie, mais que d'autres sont parfaitement sains. (C.E., n°4.204, 1er avril 1955, *Pittacos*).
- L'autorité administrative peut apporter des restrictions à la liberté d'expression des objecteurs de conscience. Mais ces restrictions doivent être *limitées* et en rapport avec les nécessités de la discipline. L'autorité ne saurait donc interdire tout interview, sans distinction quant à l'objet de celui-ci - même s'il est étranger au service -, sans terme fixe et sans prévoir de dérogation à la demande des intéressés (C.E., n°14.141, *Dumasy*, 4 juin 1970).
- Le conseil communal et le bourgmestre, en cas d'urgence, sont en mesure de prendre les règlements et les ordonnances de police nécessaires au maintien de l'ordre public. Ils sont aussi en mesure d'interdire les réunions qui ne seraient pas «paisibles», au sens de l'article 19 de la Constitution. Mais les autorités communales ne peuvent se contenter d'invoquer une vague menace de troubles. Il faut aussi que, compte tenu des circonstances de l'espèce, les autorités publiques montrent qu'elle n'auraient pas été en mesure de maintenir l'ordre public «en prenant des mesures de police *autres que l'interdiction des réunions*» (C.E., n°7.900, *Van Baele*, 31 mai 1960).
- Les autorités communales doivent veiller au maintien de l'ordre matériel, non de l'ordre moral. La préservation de l'ordre moral n'incombe qu'exceptionnellement aux conseils communaux: c'est lorsque le désordre moral s'extériorise en désordres matériels qui ne soient pas susceptibles d'être prévenus par d'autres moyens que par des restrictions aux droits et aux libertés dont la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme garantissent l'exercice (C.E., n°17.375, 15 janvier 1976, *Union belge de l'Automatique et consorts*). (16).
- Le collège des bourgmestre et échevins peut aux termes de l'article 97, al. 1, de la loi communale, interdire un spectacle pour assurer le maintien de la tranquillité publique. Mais il n'est habilité à agir que dans des «circonstances extraordinaires». La simple

éventualité d'un désordre n'implique pas que la tranquillité publique ne puisse pas être assurée «*autrement que par l'interdiction du spectacle*». De toute façon, «cette interdiction» ne peut être que *temporaire* et doit cesser avec les circonstances extraordinaires qui la justifiaient» (C.E., n°44, 9 mai 1949, S.A. *Universal Films*) (17). Ces circonstances sont, par nature, *passagères* et non permanentes (C.E., n°8.825, 6 octobre 1961, S.A. *Benelux Films*).

C'est la politique du «moindre mal» qui est consacrée en l'espèce. Celle aussi de la stratégie de la «riposte graduée». Comment ne pas souligner pourtant que l'application de ces notions empruntées à la stratégie militaire et consacrées parfois dans le droit - sous forme des théories de légitime défense, par exemple, - ne sont pas entièrement transposables à la science du droit administratif. La proportionnalité se calcule aisément dans les rapports et les équilibres entre Etats. Elle se mesure commodément dans le domaine des relations privées - oeil pour oeil ...-. Mais comment la chiffrer lorsque sont en présence, d'une part, la liberté d'un individu et, d'autre part, l'intérêt général dont l'autorité a la charge? Ne se ramène-t-elle pas alors à une obligation particulière de prudence - étant entendu que, selon une jurisprudence bien connue, l'imprudence est fautive et constitutive d'illégalité?

11. Dernière hypothèse. L'autorité administrative agit. Mais elle fonde son intervention sur un travail préliminaire de comparaison (18). Tel agent n'est-il pas meilleur qu'un autre? Telle offre n'est-elle pas plus avantageuse qu'une autre? Telle parti-pris urbanistique n'est-il pas préférable à tel autre? ...

La comparaison appelle inévitablement un calcul précis de proportions. Elle ne se réalise pas, en effet, de manière abstraite. Elle est toujours relative. Pour être correctement effectuée, elle doit reposer sur des critères judicieusement choisis. Elle doit tenir compte de tous les éléments qui prêtent à comparaison valable. Elle doit être équilibrée dans l'appréciation globale des avantages ou des inconvénients présentés par plusieurs solutions.

¹⁷ Sur la police des spectacles, voy. dans le même sens, C.E. n° 225, 23 janvier 1950, S.P.R.L. *Luxor Films*; n°588, 27 novembre 1950, S.A. *Universal Films*; n°1.994, 1 décembre 1952, *Klock*; n°4.742, 15 décembre 1955, S.P.R.L. *Boris Seltzer*, n°5.504, 19 février 1957, S.A. *Benelux Films*; 8 janvier 1959, n°6.797, S.A. *Columbia Films*.

¹⁸ Encore faut-il que la comparaison soit requise par un texte particulier. "En l'absence d'un texte réglementaire par lequel il aurait été établi une *proportion* entre le traitement du secrétaire communal et celui du directeur des travaux, le conseil communal n'est pas juridiquement tenu de maintenir le *proportion* qui existe en fait..." (C.E., n°8.376, 19 janvier 1961, *Rucquoy*, 17 mai 1960, n°7.853, *Van Haesendonck*).

¹⁶ Dans le même sens, C.E., n°17.376, 17.377, 17.378, 17.379 et 17.380. Adde: C.E., n° 17.646, 18 mai 1976, *Kerstens*.

12. Les critères de comparaison doivent être judicieusement choisis.

- Le conseil de direction d'un département ministériel est appelé à apprécier les mérites et les aptitudes des candidats à l'occasion de la procédure d'avancement. Pour *départager* les candidats, il a retenu le critère de l'exercice de fonctions supérieures. «Un tel critère présente les garanties suffisantes de généralité et d'objectivité» (C.E. 26 juin 1972, n°9.462, *Michaux*). (19)
- A l'occasion d'une procédure de recrutement, le classement en ordre utile d'un candidat dépend du nombre de points qu'il a obtenu, mais aussi de l'enjeu du concours et des résultats des autres candidats. Pour évaluer les mérites respectifs des candidats à deux concours différents, la *comparaison* d'après le nombre de points exprimé en un *pourcentage* du total ... «est un critère beaucoup plus sûr», que la référence à la place des candidats dans leur classement respectif (C.E., n°14.669, 16 avril 1971, *Desmyter*).
- A l'occasion d'une procédure d'adjudication, l'autorité administrative est tenue de «comparer les diverses offres en fonction d'éléments objectifs» Elle doit fonder son appréciation sur des éléments «comparables». Elle ne saurait procéder à une appréciation valable de la solvabilité respective des soumissionnaires, en procédant à «la simple comparaison» du montant des inscriptions hypothécaires qui grèvent certains de leurs biens (C.E., n°10.248, 12 novembre 1963, *Verstraete et Laiten*). (20)

13. Les éléments qui prêtent à comparaison doivent avoir été tous pris en compte.

- «La désignation d'un architecte doit se faire sur la base d'un examen minutieux qui, en fonction des besoins du groupe social ... et des moyens financiers, ... analyse les avantages et les inconvénients de chaque proposition et procède à une *comparaison* et une *appréciation objectives* des différentes propositions en présence» (C.E., n°16.364, 17 avril 1974, *Balliu*).
- Pour parvenir à une appréciation objective de la valeur des candidats à une promotion, l'autorité publique «doit se faire éclairer de la manière la plus adéquate» (C.E., n°14.097, 29 avril 1970, *De Schrijver*). Elle a l'obligation «d'examiner et de comparer de la même manière objective les titres et les mérites» des candidats. S'il apparaît que la candidature d'un agent public n'a pas été examinée «quant à la valeur», la procédure de promotion est viciée (C.E., n°17.365, 13 janvier 1976, *Moons*).

14. L'opération même de comparaison doit être pondérée.

L'une des difficultés majeures de la matière revient à mesurer l'ampleur des dérogations qui peuvent être apportées à une règle préalable. Où finit la dérogation? Où commence la modification?

Ici encore, tout est question de mesure. L'autorité publique doit procéder à ce type de comparaison avant de délivrer valablement les dérogations que la loi lui permet d'accorder.

Le droit de l'urbanisme offre, à cet égard, des illustrations claires.

- Des plans d'aménagement du territoire ont été conçus. Ils ont force obligatoire. Mais des dérogations individuelles peuvent être accordées. Ne risquent-elles pas pourtant de porter atteinte aux «données essentielles» du plan qui a été initialement conçu? Sont-elles tolérables? Ainsi «la construction sur une surface de 30 ares d'un immeuble à appartements multiples de plus de 10 mètres de hauteur et comportant 19 logements, soit 63 logements par hectare, *dépasse très largement la moyenne* de 13 logements autorisés par le plan général d'aménagement et *ne correspond manifestement pas* à la conception de zone semi-urbaine voulue par le plan» (C.E., n°17.553, 2 avril 1976 *Peeters* et n°19.717, 22 juin 1979, *Peeters*) (21).
- Des immeubles sont construits à l'intérieur d'un lotissement. Un équilibre est à trouver entre les intérêts des différents propriétaires. L'air, la vue, la lumière sont à partager. Dans un cas, la vue d'un propriétaire ne sera réduite que «dans une *proportion* fort modeste» par une nouvelle construction (C.E., n°15.974, 10 juillet 1973, *Quindot*); dans un autre, l'intérêt général sera blessé parce que «des arrières-bâtiments de dimensions *excessives*» privaient les voisins d'air et de lumière (C.E., n°11.908, 24 juin 1966, *Van Bladel*).

La jurisprudence traduit les mêmes préoccupations dans la matière du droit des contrats administratifs.

- «La procédure de l'adjudication publique suppose nécessairement l'octroi du marché au soumissionnaire qui a fait l'offre régulière la plus basse, cette offre étant considérée comme la plus avantageuse pour l'administration; sous peine de rendre vain ce principe et, partant, de rendre vaine la procédure de l'adjudication publique elle-même, les règles permettant de *déroger* à l'octroi du marché au soumissionnaire le plus bas doivent être interprétées *restrictivement*». (C.E., n°13.958, 13 février 1970, *S.A. Falconi Belgique*; voy. aussi n° 14.101, 29 avril 1970, *S.P.R.L. Algemene Bouwondernemingen Léon Van Eeghem et consort*).

¹⁹ Dans le même sens, C.E., n°14.097, 29 avril 1970, *De Schrijver*; n°18.692, 17 janvier 1978, *Reynaert*.

²⁰ Dans le même sens, C.E., n°18.441, 22 septembre 1977, *Cailleaux*.

²¹ Voy. aussi C.E., n°12.250, 28 février 1967, *Delafontaine*; n°15.909, 8 juin 1973, *Thiebaud et Lefèvre*; n°18.059, 21 janvier 1977, *Lauvaux*.

C. L'évolution des libertés.

15. Les libertés classiques, telles qu'elles sont consacrées au titre II de la Constitution belge, ne présentent plus qu'une part - essentielle mais réduite - des libertés que les individus entendent revendiquer dans une société moderne.

Dans cette perspective, les responsabilités de l'administration changent. Les critères de légalité aussi. Le sens de la proportionnalité ne peut donc manquer d'évoluer. La proportion, ce n'est plus la limite, plus ou moins précise, qu'il convient d'apporter, au nom du «normal» et du «raisonnable», à l'action des pouvoirs publics. C'est la norme, souvent formulée en toutes lettres, qui va guider son action et déterminer ses interventions positives.

L'administration reçoit ainsi une mission nouvelle, celle de promouvoir le proportionnalité.

16. Des droits nouveaux s'affirment en matière économique, sociale et culturelle. Ils offrent aux calculs de proportionnalité un domaine privilégié. Si des droits nouveaux voient le jour, en effet, ce n'est pas pour faire l'objet de proclamations générales, c'est pour se traduire très concrètement en prestations pécuniaires. Ils n'ont donc pas pour limites les interventions intempestives de l'autorité publique. Il ne sont contenus que par ses possibilités financières. La règle «à chacun selon ses besoins» s'assortit ici d'une réserve: «à chacun selon les moyens des pouvoirs publics».

Prolongeant la réflexion inscrite dans le sillage de l'article 6 de la Constitution - la règle de «l'égalité des Belges devant la loi»-, l'autorité administrative s'attachera donc à préciser la mesure du droit nouveau reconnu au citoyen, la mesure du préjudice subi qui va être couvert, la mesure des interventions de telle ou de telle autorité publique, la mesure des remboursements que le citoyen indemnisé va être tenu d'effectuer (22).

- Les commissions d'assistance publique ont pour mission de venir en aide aux malades indigents, qu'ils soient ou non affiliés à une mutuelle. Celle-ci interviendra le cas échéant, pour rembourser une part des frais qui ont été consentis. Mais cette intervention de la mutuelle «doit être partagée entre les deux commissions (la commission secourante et la commission

du domicile de secours) en proportion des charges qu'elles ont à supporter» (C.E., n°3623, 14 juillet 1954, CAP Auderghem; adde: C.E., n°157, 14 novembre 1949, CAP Schaerbeek; n°567, 17 novembre 1950, CAP Liège; n°7.874, 20 mai 1960, CAP Bouffloux).

- Des bourses d'études sont octroyées, à charge du Fonds national des études, par les députations permanentes des conseils provinciaux. Ceux-ci ne disposent, cependant, pas d'une liberté totale d'appréciation. Une première restriction apparaît: «la limitation découlant du budget annuel des sources disponibles en vue de l'octroi de ces bourses». Une deuxième restriction doit être prise en considération: elle tient à la règle d'égalité qu'il convient de respecter à l'égard des candidats boursiers et qui veut que la députation permanente d'une province n'octroie pas «plus de bourses ou des bourses plus importantes qu'on n'en accorde *proportionnellement* ailleurs dans le pays». En somme, le nombre et le montant des bourses doivent pouvoir être fixés par le gouvernement «suivant les mêmes *critères de proportionnalité*» que ceux qui sont appliqués pour les autres provinces et pour les grandes villes (C.E., n°14.102, 29 avril 1970, *Députation permanente du conseil provincial de Flandre orientale*).

- Un logement gratuit peut être mis à la disposition de certains agents publics. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un droit qui leur revient mais d'un avantage que l'autorité publique peut leur concéder en tenant compte des exigences de l'intérêt du service. L'administration peut notamment se demander si les frais de logement d'un agent public ne sont pas «*hors de proportion* avec les avantages que la présence permanente de cet agent pendant la durée de l'intérim pourrait avoir pour le service» (C.E., n°15.283, 4 mai 1972, *Donckerwolcke*).

17. Les droits s'affirment aussi au profit de catégories nouvelles de bénéficiaires. Les citoyens, pris isolément, ne sont plus seuls à vouloir être protégés. Les groupes, les associations, les syndicats, les collectivités politiques elles-mêmes revendiquent le bénéfice d'un traitement égal, ou plus exactement d'un traitement proportionnel à leur force respective.

Le droit positif entérine cet état de choses, notamment lorsqu'il cherche à préciser les effets de la règle du pluralisme. L'on en a relevé quelques illustrations manifestes lorsqu'il s'est agi pour le juge administratif de préciser les bénéficiaires de la liberté d'utiliser les moyens de l'expression audio-visuelle (voy *supra* n°4). L'on en a aussi dégagé quelques lignes de force lorsqu'on s'est efforcé de préciser la portée de pactes politiques - pacte scolaire ou pacte culturel - qui, traduits en termes de lois, reposent tout entiers sur l'idée d'un équilibre quasi arithmétique des forces «idéologiques et philosophiques» en présence (voy. par exemple, les articles 8, 9 et 19 de la loi du 16 juillet 1973 garantissant

²² Dans un arrêt du 16 juin 1950 (n°385 *Broke*), le Conseil d'Etat précise que si les juridictions administratives sont compétentes pour déterminer dans *quelle mesure* les frais encourus par un indigent seront supportés par les pouvoirs publics, elles ne le sont pas pour déterminer par qui et *dans quelles proportions* sera supportée la partie des frais d'entretien non couverte par les deniers publics. (Voy. également C.E., n°1.807, 5 septembre 1952, *Kokkinos*). Il n'empêche que le juge administratif pourra se demander dans quelle mesure les ressources des personnes tenues à l'obligation alimentaire leur permettent de contribuer à l'entretien de l'indigent (C.E., n° 5935, 20 décembre 1957, *Piron*).

sant la protection des tendances idéologiques et philosophiques qui font explicitement référence à la notion de représentation *proportionnelle* ou l'article 20 de la même loi qui insiste sur «la nécessité d'une *répartition équilibrée* des fonctions, attributions et affectations» entre tendances au sein des institutions culturelles).

Le droit administratif en a dégagé des conséquences fort importantes pour l'organisation des administrations. Ce n'est plus d'équilibre idéologique, cette fois, mais linguistique qu'il s'agit. «Le Roi détermine pour chaque service central le nombre des emplois à attribuer au cadre (linguistique) français et au cadre (linguistique) néerlandais en *tenant compte*, à tous les degrés de la hiérarchie, de l'importance que représentent *respectivement* pour chaque service la région de langue française et la région de langue néerlandaise» (lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, art. 43, §3) (23).

- L'article 43 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative fait obligation à l'autorité publique de tenir compte du *volume* des affaires traitées dans chacune des langues nationales par une administration. Il l'oblige aussi à vérifier si la *proportion* des affaires traitées dans chacune de ces langues procédait d'une application exacte, au sein de cette administration, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative (C.E., n°16.342, 2 avril 1974, ASBL *Association du personnel wallon et francophone des services publics*).
- L'établissement des cadres linguistiques apparaît comme «la conséquence de la détermination préala-

ble de la langue dans laquelle une *proportion* plus ou moins élevée d'affaires doivent obligatoirement être traitées». Il n'y a pas lieu d'omettre les affaires localisées ou localisables de l'arrondissement de Bruxelles-Capitale «du volume des affaires à prendre en considération» ... (C.E., n°17.131, 14 juillet 1975, ASBL *Association du personnel wallon et francophone des services publics*).

Des règles différentes trouvent pourtant à s'appliquer aux services locaux de la région bilingue de Bruxelles-Capitale.

- Ainsi, l'organisation de services adaptés aux besoins réels de la population (système des «guichets») est inconciliable avec la volonté du législateur. Celui-ci a entendu que les francophones et les néerlandophones soient traités «sur un pied d'égalité complète» (C.E., n°18.053, 18 janvier 1977, *Commune de Forest*).

Conclusion

18. L'idée de proportionnalité est reçue en droit belge. Non comme l'un de ces principes généraux de droit public qui commanderait l'action de l'administration publique. Mais comme l'une de ces idées simples qui, exprimée en termes concis, a la mérite de résumer quelques-unes des normes de conduite que dicte le souci de respecter la légalité.

Car la loi peut imposer la proportionnalité, facette de la règle constitutionnelle de l'égalité, comme *principe* d'action à une administration responsable.

La loi peut aussi, au nom de cette autre exigence constitutionnelle qu'est la liberté, imposer la proportionnalité comme *limite* à l'action d'une administration raisonnable.

La proportionnalité, ce n'est pas la forme moderne de «l'aurea mediocritas». Mais c'est le rappel de quelques vérités d'évidence dans la poursuite de l'action administrative.

²³ Voy. par contre C.E., n°12.951, 10 mai 1968, *Jassogne*: «En l'absence de règle déterminant la *proportion* dans laquelle les deux groupes linguistiques doivent être représentés par les membres du collège (de chefs de service) à une séance de celle-ci», il suffit qu'un membre au moins appartenant au groupe linguistique du candidat à une promotion soit présent à la séance. Adde: C.E., n°13.353, 21 janvier 1969, *Jassogne*; n°15.712, 16 février 1973, *Ulrichs*).