

Le principe de proportionnalité

François BELLANGER

Professeur à l'Université, avocat



Type de document

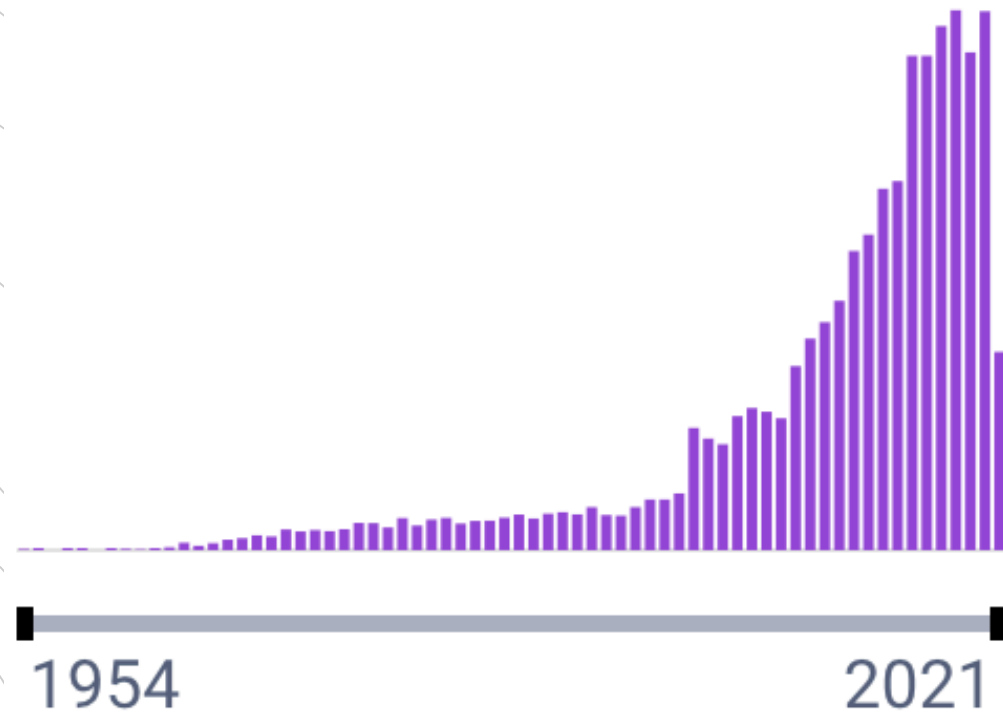
Arrêts

33777

Sommaire

- I. Un principe historique
- II. Un pilier de l'Etat de droit
- III. Les composantes du principe de la proportionnalité
- IV. L'application judiciaire du principe de la proportionnalité

I. Un principe historique



 Type de document 

 Arrêts

33777

Une origine jurisprudentielle

Art. 4 aCst

- 1 Tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles.
 - 2 L'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.
-
- « Se fondant sur l'art. 4 Cst. et sur une interprétation téléologique de la Constitution, le Tribunal fédéral a dégagé sept principes de rang constitutionnel: la légalité, l'égalité de traitement, la bonne foi, la proportionnalité, l'intérêt public, l'interdiction de la rétroactivité des lois et l'interdiction de l'arbitraire. Ces principes étant de rang constitutionnel, ils lient non seulement les autorités exécutives mais aussi le législateur et le juge. » (B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4^e éd., Bâle et Frankfurt-sur-le-Main 1991, N° 444.)

Une origine liée à la liberté du commerce et de l'industrie

- «Cette disposition constitutionnelle [art. a31Cst.], qui garantit la liberté du commerce et de l'industrie, réserve le droit de l'Etat (de l'Etat cantonal, tant que la Confédération n'en a pas fait usage) de soumettre a des prescriptions de police l'exercice des professions industrielles et commerciales, aux fins, notamment, d'assurer la loyauté des transactions et de protéger le public contre des procédés fallacieux et dommageables. **Ces mesures cessent d'être compatibles avec l'art. 31 CF, non seulement si elles entravent le libre jeu de la concurrence et favorisent certains concurrents au détriment des autres, mais aussi lorsqu'elles ne sont pas nécessaires pour sauvegarder les intérêts que l'Etat a le devoir de défendre. L'intervention de la police doit en effet être proportionnée au but visé** (FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes p. 404/5). **L'autorité n'a pas le droit de s'arrêter a une solution qui rend particulièrement difficile l'exercice d'une profession, alors qu'une solution plus libérale permettrait aussi bien d'atteindre le résultat désiré** (...). Or ce principe de proportionnalité doit s'appliquer non seulement au contenu même des prescriptions qui régissent la profession, mais aussi à la manière dont la surveillance est exercée»
- ATF 65 I 65/72 consid. 3c (2 juin 1939)

Une évolution dans les années 60

- Application au regard de la garantie de la propriété:
 - ATF 89 I 460 (26 novembre 1963)
 - ATF 90 I 334 (16 décembre 1964)
 - ATF 91 I 329 (13 octobre 1965)
 - ATF 93 I 703 (20 septembre 1967)
- Contrôle de la clause générale de police
 - ATF 91 I 321 (14 décembre 1965)
 - ATF 92 I 24 (2 mars 1966)
- Liberté de langue
 - ATF 91 I 480 (31 mars 1965)
- Contribution aux frais d'épuration
 - ATF 94 I 270 (1^{er} mars 1968)
- Refus d'autorisation de construire
 - ATF 94 I 492
- Usage de son arme par un fonctionnaire de police, fait justification
 - ATS 94 IV 5 (8 février 1968)
- Législation sur les fonds de placement
 - ATF 94 I 392 (28 juin 1968)

Une évolution à la fin des années 60 - 2

«3. -- a) Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist ein Rechtsprinzip, dessen Inhalt und Tragweite in der Literatur und Judikatur nicht durchwegs gleich aufgefasst werden. Nach Forsthoff (Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Bd. 1, S. 271) bedeutet das Prinzip, dass das von der Verwaltung verfügte Zwangsmittel im angemessenen Verhältnis zum angestrebten Erfolg stehen soll. Die Verwaltung muss also "das mildeste Mittel wählen, das bei vernünftiger Abwägung aller Umstände Erfolg verspricht". Imbodin führt aus, die neuere Rechtsprechung neige dazu, das in Frage stehende Prinzip "zu einem umfassenden Grundsatz des Verwaltungsrechtes werden zu lassen" (Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2. Aufl., S. 202 f., Nr. 53, Ziff. III). Auch im Verfahrensrecht beginne die Praxis "aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip Folgerungen zu ziehen". (Vgl. dazu z. B. Art. 37 des Entwurfes für ein Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Bundesblatt 1965 II, S. 1385: "Die Behörde bedient sich des gelindesten jeweils geeigneten Zwangsmittels, um ihre Verfügunge⁶ zu vollstrecken.")

Das Bundesgericht wendet den Grundsatz namentlich im Bereiche von Art. 31 BV an, um die Zulässigkeit gewerbepolizeilicher Beschränkungen zu überprüfen (vgl. BGE 91 I 464; betr. Eigentumsbeschränkung: BGE 93 I 707; ferner Aubert, Traité de droit constitutionnel Suisse, Bd. 2, S. 635 ff.). Germann zählt das Prinzip zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des öffentlichen Rechts (Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., S. 183 ff.) und führt aus, der Grundsatz spreche für sich selbst und beziehe sich "auf die Wahl der Mittel zu einem Zweck, der sich entweder aus dem positiven Recht ergibt oder aus ergänzender Rechtsfindung nach den erwähnten Methoden". (...).

Man kann sich sogar fragen, ob das Prinzip nicht ein Ausfluss des Gleichheitssatzes selber sei, nach dem Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Werden nämlich wesentlich verschiedenen Tatbeständen nicht den Verhältnissen entsprechende, abgestufte Rechtsfolgen zugeordnet, so bedeutet dies, dass immer wieder wesentlich verschiedene Umstände mit denselben Rechtsfolgen bedacht (z. B. leichte und schwere Verstösse gegen Kassenstatuten mit dem Entzug der Leistungen oder gar dem Ausschluss aus der Kasse geahndet) werden, was dem Gleichheitssatz widerspricht. Vorzubehalten sind indessen Fälle, in denen das Gesetz eine solche Differenzierung und Abstufung schlechthin verbietet.

b) Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt auch im Sozialversicherungsrecht des Bundes. Das ergibt sich nicht nur aus allgemeinen Prinzipien des Rechts, sondern auch aus der Auslegung der verschiedenen Gesetze. Hingewiesen sei vor allem auf das Recht der Invalidenversicherung, in dem der zentrale Begriff der Zumutbarkeit (der übrigens für das Sozialversicherungsrecht ganz generell Bedeutung hat) die Anwendung des in Frage stehenden Prinzips erfordert. Bezüglich des Entzuges der Versicherungsleistungen wegen Nichtbefolgung von Weisungen der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (Art. 71 Abs. 3 KUVG) hat das Eidg. Versicherungsgericht erkannt, dass diese Sanktion nur zulässig ist, -- wenn sie im Zusammenhang mit der Weisung und unter Anrufung der erwähnten Vorschrift ausdrücklich angedroht wurde, -- wenn die Weisung dem Gesetz entspricht und unter Würdigung der gesamten Verhältnisse als angemessen erscheint und -- wenn die Weigerung des Versicherten, der Weisung nachzukommen, unentschuldigbar ist. Dabei muss der Entzug der Leistungen in einem vernünftigen Verhältnis zu dem durch die Weisung angestrebten Zweck und zum Verschulden des sich weigernden Versicherten stehen (EVGE 1959 S. 223).» (ATFA 1968 p. 160 (1^{er} octobre 1968))

Une évolution à la fin des années 60 - 3

« Le TF a donné de tout temps au principe de l'égalité devant la loi fixée à l'art. 4 Cst. une signification dépassant largement son sens littéral, considérant qu'il s'agit là du fondement de l'Etat de droit. Avant tout, l'art. 4 Cst. doit protéger le citoyen contre une application arbitraire du droit; il exige que les impôts et taxes soient fondés sur une base légale et garantit au citoyen un minimum de droits de défense dans tout litige et dans toute procédure administrative. En outre, selon de nombreux arrêts récents, l'art. 4 Cst. s'oppose à tout formalisme de procédure qui ne peut se justifier par des intérêts dignes de protection (RO 93-I-213 c. 2 avec les références, JdT 1969 I 207; RO 94-I-211, JdT 1969 I 315); c'est également un postulat de l'Etat de droit et de l'art. 4 Cst. que l'on puisse exiger des autorités administratives un comportement consciencieux et digne de confiance (Giacometti, op. cit., p. 289); le citoyen a dès lors le droit d'être protégé dans la confiance légitime qu'il met en certaines assurances reçues de l'autorité ou en une attitude qui lui permettait de s'attendre d'elle à certains comportements précis. Si ce droit résulte immédiatement de l'art. 4 Cst., sa reconnaissance par le droit cantonal n'a plus de portée indépendante; dès lors, le TF examine librement si ce droit est violé, comme il le fait pour la violation du droit d'être entendu tel qu'il découle du droit fédéral. »

ATF 94 I 513 (18 décembre 1968), traduit *in* JdT 1969 I p. 603/608

Les principes généraux régissant l'activité administrative

- Notion apparaissant à partir des années 1970.
- Elle se développe largement dans la jurisprudence:
 - «Hormis l'hypothèse de l'art. 44 LFP qui exige le retrait de l'autorisation lorsque les conditions en sont réunies (ATF 116 Ib 78 c. b), la CFB, en tant qu'autorité spécialisée dans la surveillance des banques et des fonds de placement, jouit par ailleurs d'une importante marge d'appréciation dans le choix des mesures qu'elle décide d'appliquer. **Elle doit cependant se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative, ce qui implique notamment l'interdiction générale de l'arbitraire, le respect de la proportionnalité, de l'égalité de traitement et de la bonne foi.** Les mesures choisies devront également correspondre au but essentiel de la législation sur les fonds de placement, à savoir la protection des porteurs de parts (ATF 101 Ib 438 c. 6a; cf. en matière de surveillance des banques ATF 115 Ib 58 c. 2d)» (arrêt du Tribunal fédéral du 27 octobre 1993, Bulletin CFB 25/1994 p. 34/38).
- L'aboutissement est l'inscription à l'article 5 al. 2 Cst.: « [l]’activité de l’Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé ».

II. Un pilier de l'Etat de droit



Un principe ancré à l'article 5 al. 2 Cst.

- « L'activité de l'État doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé. »
- Un principe qui s'applique:
 - À la Confédération;
 - Aux Cantons;
 - Aux Communes;
 - À toute entité publique ou privée accomplissant une tâche étatique.
- Un principe devant être respecté dans toute situation.
 - Actes juridiques ou matériels.
 - Activités de puissance publique comme de service public.
 - Activités économiques lorsque celles-ci relèvent de l'accomplissement d'une tâche étatique.

Un principe modérateur

Article 5 Cst.

- 1 Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État.
 - 2 L'activité de l'État doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé.
- L'action de l'Etat
 - Se fonde sur une base légale
 - Est déterminée par la poursuite de l'intérêt public.
 - Le principe de la proportionnalité fixe une limite générale aux actions pouvant être menées légalement dans la poursuite de l'intérêt public.
 - Il fonctionne comme un agent modérateur.

Un agent modérateur à géométrie variable

- La proportionnalité intégrée à une norme légale:
- La proportionnalité comme source d'un autre principe.
- La proportionnalité comme condition d'une restriction à une liberté fondamentale.

Un agent modérateur à géométrie variable

- **La proportionnalité intégrée à une norme légale:**
 - **Comme guide obligatoire pour l'exercice du pouvoir d'appréciation;**
 - **Comme condition légale d'une mesure;**
 - **Comme cadre obligatoire de la pesée de intérêts à effectuer.**
- La proportionnalité comme source d'un autre principe.
- La proportionnalité comme condition d'une restriction à une liberté fondamentale.

L'inclusion dans la loi

Art. 96 LEI - Pouvoir d'appréciation

- ¹ Les autorités compétentes tiennent compte, en exerçant leur pouvoir d'appréciation, des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger, ainsi que de son intégration.
 - ² Lorsqu'une mesure serait justifiée, mais qu'elle n'est pas adéquate, l'autorité compétente peut donner un simple avertissement à la personne concernée en lui adressant un avis comminatoire.
- «Cet article mentionne les principes généralement reconnus de l'exercice du pouvoir d'appréciation dans la procédure administrative. En prenant leurs décisions, les autorités doivent tenir compte de toutes les circonstances du cas particulier. **Dans le cadre de cet examen de la proportionnalité, il faut peser et comparer soigneusement les intérêts publics et les intérêts privés.** Si une mesure d'éloignement apparaît certes juridiquement fondée, mais inappropriée en fonction des circonstances du cas d'espèce, la personne concernée doit recevoir un avertissement par une décision susceptible de recours. L'avertissement peut indiquer que les mesures prévues par la loi seront prises en cas de nouveau manquement » (Message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469/3578).

L'exclusion par la loi

Art. 84 Fin de l'admission provisoire

- ¹ Le SEM vérifie périodiquement si l'étranger remplit les conditions de l'admission provisoire.
 - ² Si tel n'est plus le cas, il lève l'admission provisoire et ordonne l'exécution du renvoi ou de l'expulsion.
 - ³ Si les motifs visés à l'art. 83, al. 7, sont réunis et qu'une autorité cantonale, fedpol ou le SRC en fait la demande, le SEM peut lever l'admission provisoire accordée en vertu de l'art. 83, al. 2 et 4, et ordonner l'exécution du renvoi
- Enjeu de l'arrêt E-3822/2019:
 - «9. Au vu de ce qui précède, il est nécessaire de clarifier la jurisprudence du Tribunal et de rechercher le sens véritable de l'art. 84 al. 2 LEI. Afin de déterminer si le SEM est tenu ou non de procéder à l'examen du principe de proportionnalité lorsque toutes les conditions de l'exécution du renvoi sont remplies (cf. art. 83 al. 2 à 4 LEI), ...».
 - Un résultat important:
 - «11. Par conséquent, sur la base d'une interprétation fondée sur le pluralisme pragmatique, confirmée par l'interprétation conforme à la Constitution, **le Tribunal arrive à la conclusion que, lorsque toutes les conditions de l'exécution du renvoi sont réunies (cf. art. 83 al. 2 à 4 LEI), le SEM est tenu d'examiner de façon séparée si la levée de l'admission provisoire au sens de l'art. 84 al. 2 LEI est conforme au principe de proportionnalité** (cf. art. 5 al. 2 Cst. et art. 96 al. 1 LEI). »

L'article 3 LMI

Art. 3 Restrictions à la liberté d'accès au marché

- ¹ La liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles:
 - a. s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux;
 - b. sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants;
 - c. **répondent au principe de la proportionnalité.**

- ² **Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsque:**
 - a. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance;
 - b. les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants;
 - c. le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative;
 - d. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.

Les articles 11 et 12 LHAND

Section 3 Proportionnalité

Art. 11 Principes

- ¹ Le tribunal ou l'autorité administrative n'ordonnent pas l'élimination de l'inégalité lorsqu'il y a disproportion entre l'avantage qui serait procuré aux personnes handicapées et notamment:
 - a. la dépense qui en résulterait;
 - b. l'atteinte qui serait portée à l'environnement, à la nature ou au patrimoine;
 - c. l'atteinte qui serait portée à la sécurité du trafic ou de l'exploitation.
- ² Le tribunal fixe l'indemnité prévue à l'art. 8, al. 3, en tenant compte des circonstances, de la gravité de la discrimination et de la valeur de la prestation en cause. L'indemnité est de 5000 francs au maximum.

Art. 12 Cas particuliers

- ¹ Lorsqu'ils procèdent à la pesée des intérêts prévue à l'art. 11, al. 1, le tribunal ou l'autorité administrative n'ordonnent pas l'élimination de l'inégalité dans l'accès à une construction, à une installation ou à un logement au sens de l'art. 3, let. a, c ou d, si la dépense qui en résulterait dépasse 5 % de la valeur d'assurance du bâtiment ou de la valeur à neuf de l'installation, ou 20 % des frais de rénovation.
- ² (...)

Un agent modérateur à géométrie variable

- La proportionnalité intégrée à une norme légale:
 - Comme guide obligatoire pour l'exercice du pouvoir d'appréciation;
 - Comme condition légale d'une mesure;
 - Comme cadre obligatoire de la pesée de intérêts à effectuer.
- La proportionnalité comme source d'un autre principe.
 - Le principe d'équivalence.
 - L'interdiction du formalisme excessif.
- La proportionnalité comme condition d'une restriction à une liberté fondamentale.

Le principe d'équivalence

- «Les différents types de contributions causales ont en commun d'obéir au **principe de l'équivalence - qui est l'expression du principe de la proportionnalité en matière de contributions publiques -**, selon lequel **le montant de la contribution exigée d'une personne déterminée doit être en rapport avec la valeur objective de la prestation fournie à celle-ci (rapport d'équivalence individuelle)**. En outre, la plupart des contributions causales - en particulier celles dépendant des coûts, à savoir celles qui servent à couvrir certaines dépenses de l'Etat, telles que les émoluments et les charges de préférence - doivent respecter le principe de la couverture des frais. Selon ce principe, le produit global des contributions ne doit pas dépasser, ou seulement de très peu, l'ensemble des coûts engendrés par la subdivision concernée de l'administration (...).» (ATF 135 I 130, 134).

L'interdiction du formalisme excessif

- « 8.2.2 Certaines règles de procédure imposent des devoirs à l'administré: exigences de forme pour une requête ou pour un moyen de droit contentieux, obligation de collaborer à l'établissement des faits, respects de délais. La violation des règles qui sont strictement impératives, comme les délais posés par la loi (art. 22 PA), entraîne la péremption du droit de l'administré auquel elles se rattachent. La restitution d'un délai absolu est exceptionnelle et ne pourra intervenir qu'en cas d'impossibilité objective insurmontable de l'intéressé sans sa faute d'avoir pu accomplir l'acte n'ayant pas été effectué dans le délai imparti (...). Au contraire, **la violation d'une prescription d'ordre doit s'apprécier en application du principe de proportionnalité, qui se traduit notamment par l'interdiction du formalisme excessif.** Cas échéant un délai supplémentaire devra être accordé ou un délai sera restitué afin de parfaire l'acte imparfait. Tel est par exemple le cas de demande devant se faire dans un certain délai sur une formule officielle mais qui, effectuée dans le même délai, par pli simple, est également valable, sous réserve de la preuve de ladite demande..» (Arrêt du TAF C-2224/2013 du 11 décembre 2013, consid. 8.2.2).

Un agent modérateur à géométrie variable

- La proportionnalité intégrée à une norme légale:
 - Comme guide obligatoire pour l'exercice du pouvoir d'appréciation;
 - Comme condition légale d'une mesure;
 - Comme cadre obligatoire de la pesée de intérêts à effectuer.
- La proportionnalité comme source d'un autre principe.
 - Le principe d'équivalence.
 - L'interdiction du formalisme excessif.
- **La proportionnalité comme condition d'une restriction à une liberté fondamentale.**

La proportionnalité comme condition d'une restriction à une liberté fondamentale

- Art. 36 al. 3 Cst. : «³ Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.»
- Cette disposition est essentielle car elle pose le principe d'un examen complet et libre de la proportionnalité par le Tribunal fédéral chaque fois qu'une limitation à un droit fondamental est cause.
- A défaut d'application de l'article 36 al. 3 Cst., si seul l'article 5 al. 2 Cst. est applicable, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est restreint à l'arbitraire lorsqu'il s'agit de droit cantonal.

III. Les composantes du principe de la proportionnalité



Initialement, un critère d'application restreint...

- « Les cantons peuvent cependant apporter à la liberté constitutionnelle du commerce et de l'industrie des restrictions consistant notamment en des mesures de police justifiées par l'intérêt public. Sont en revanche prohibées les mesures de politique économique, soit celles qui interviennent dans la libre concurrence pour assurer ou favoriser certaines branches de l'activité lucrative ou certaines formes d'exploitation et qui tendent à diriger l'activité économique selon un certain plan. Les prescriptions cantonales de police visent à sauvegarder la tranquillité, la sécurité, la santé et la moralité publiques, à préserver d'un danger ou à l'écarter, ou encore à prévenir les atteintes à la bonne foi en affaires par des procédés déloyaux et propres à tromper le public (...). Ces mesures doivent avoir une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et, **selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis** (...) ».
- ATF 110 Ia 99/102 consid. 5a

Une approche critique des trois sous-critères par le Tribunal fédéral

- Dans la littérature, le principe de proportionnalité est souvent divisé en trois sous-règles, à savoir l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit (...). **La valeur de cette division semble problématique.**
- **Le principe d'adéquation, selon lequel l'autorité ne doit utiliser que des moyens propres à atteindre le but visé, n'offre aucune protection juridique allant au-delà de l'examen de la légalité**, car il est clair qu'une loi n'accorde pas au Conseil fédéral une délégation pour prescrire par voie d'ordonnance des mesures qui ne peuvent pas remplir le but énoncé dans la loi.
- **Le principe de nécessité, selon lequel l'autorité ne peut aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but légal, semble également discutable.** Dans un domaine où le Conseil fédéral dispose souvent d'une marge d'appréciation aussi large pour édicter des ordonnances qu'en droit administratif économique, le Tribunal fédéral ne peut pas examiner laquelle des différentes mesures doit être considérée comme la moins restrictive...
- **L'exigence de proportionnalité au sens étroit, selon laquelle il ne doit pas y avoir de disproportion entre la gravité de l'atteinte et le résultat attendu, apparaît également problématique dans ce contexte...**
- ATF 104 Ib 412 consid. 6

Pour finalement les adopter

- « (...) **Pour être conforme au principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.), la restriction à un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé (règle de l'aptitude), lequel ne peut pas être obtenu par une mesure moins incisive (règle de la nécessité)**; il faut en outre qu'il existe **un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts; ...)**. (ATF 146 I 157 consid. 5.4).
- « En particulier, **pour être conforme au principe de la proportionnalité (également ancré à l'art. 5 al. 2 Cst.)**, une mesure restrictive doit être **apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude), lesquels ne peuvent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité)**; **le principe de la proportionnalité interdit en outre toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts; ATF 143 I 403 consid. 5.6.3 p. 412 et les arrêts cités) (ATF 144 I 306 consid. 4.4.1.)**

Une formulation légèrement différente pour le TAF

- « Le principe de la proportionnalité, ancré à l'art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), se compose traditionnellement des règles **d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé –**, **de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés –** et de **proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et sur le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public** ».
- ATAF 2013/19, 241 consid. 4.2

Règle d'aptitude

- Le moyen choisi doit être propre à atteindre le but fixé.
- La mesure parvient-elle à atteindre l'intérêt public visé par la législation en cause?
- Il faut donc:
 - Identifier le but poursuivi.
 - Vérifier que la mesure administrative soit apte à atteindre ce but, même si ce n'est pas la mesure la plus efficace (« il suffit qu'il contribue à atteindre, dans une mesure plus ou moins effective, un résultat appréciable »).
- Le critère ne sera pas rempli si:
 - La mesure pour un intérêt public autre que celui visé par la législation en cause.
 - La mesure ne poursuit pas un intérêt public.
 - La mesure ne permet pas ou peu d'atteindre le but poursuivi.

Règle de nécessité (subsidiarité)

- Le critère de la nécessité exige qu'entre plusieurs moyens envisageables, l'autorité choisisse celui qui, tout en atteignant le but visé, porte l'atteinte la moins grave aux droits et, plus largement, aux intérêts privés touchés.
- Autrement dit: le résultat escompté ne peut être atteint par une mesure moins incisive.
- A titre d'exemple, en matière d'expropriation:
 - «De la même manière, l'expropriant ne peut exiger l'expropriation totale (et définitive) d'un droit de propriété lorsque l'objectif visé peut aussi être atteint par la seule expropriation partielle (ou temporaire) d'un tel droit (p. ex. constitution d'un droit réel limité), si tant est qu'une telle mesure, censée être plus douce, préserve effectivement mieux les intérêts de l'exproprié dans le cas d'espèce (règle de la nécessité; ...). (ATAF 2012/23, 494).

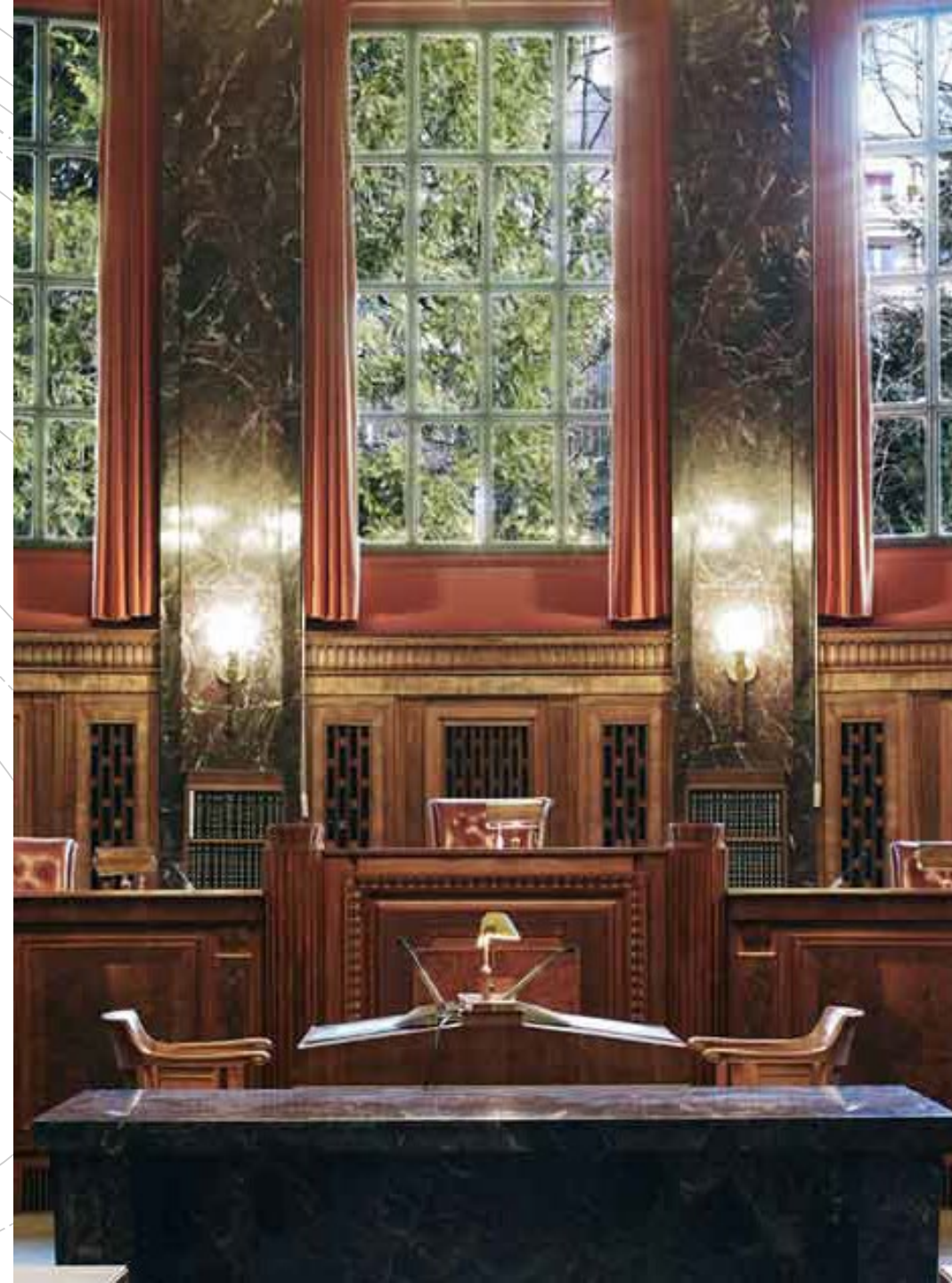
Règle de la proportionnalité au sens étroit

- Ce critère met en balance la gravité des effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public.
- Il impose l'existence d'un rapport raisonnable entre le but visé et les intérêts privés compromis, impliquant une pesée des intérêts.
- Il doit être replacé dans son contexte: il permet de vérifier si une mesure:
 - Qui est apte à atteindre l'intérêt public en cause.
 - Qui est celle portant le moins atteinte aux intérêts privés tout en permettant d'atteindre l'intérêt public en cause.

ne porte pas une atteinte déraisonnable aux intérêts privés qui conduirait à renoncer à la prendre

- C'est donc le test ultime permettant de vérifier le fondement de la mesure concernée.
- Il faut déterminer si la mesure se fonde sur des motifs objectifs et raisonnables.

IV. L'application judiciaire du principe de la proportionnalité



La proportionnalité comme « principe constitutionnel »

- Le principe de la proportionnalité figurant à l'art. 5 al. 2 Cst. n'est pas un droit fondamental, mais simplement un **principe constitutionnel**. Comme le recours en matière de droit public peut être formé pour violation du droit fédéral en général (art. 95 let. a LTF), **il est possible d'invoquer le principe de la proportionnalité directement et indépendamment d'un droit fondamental (...). Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que, lorsqu'il examine le droit cantonal indépendamment de toute atteinte à un droit fondamental, il ne revoit pas le respect du principe de la proportionnalité librement, mais seulement sous l'angle de l'arbitraire (...)**. L'atteinte au principe de la proportionnalité soulevée ici se confond donc avec le grief d'arbitraire.
- Arrêt du Tribunal fédéral 2C_81/2008 du 21 novembre 2008 consid. 5.1

L'examen par le Tribunal fédéral

- Violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF):
 - Violation d'un droit constitutionnel
 - Examen libre au regard de l'article 36 alinéa 2 & 3 Cst.
 - Application du droit administratif fédéral.
 - Examen libre (article 106 alinéa 1 LTF).
- Violation du droit cantonal
 - Elle n'est admissible qu'au titre de l'interdiction de l'arbitraire.
 - Le principe de proportionnalité peut être invoqué, mais le Tribunal fédéral limite son examen à l'arbitraire.
- Cas particulier des circonstances locales ou des questions d'appréciation
 - « **3.3** Le Tribunal fédéral dispose d'un pouvoir d'examen libre dans le contrôle de la base légale de l'exercice d'un droit de préemption par une collectivité publique (arrêt 1P.534/1991 du 11 mars 1992 consid. 1b). Il examine aussi en principe librement si cette mesure répond à l'intérêt public et respecte le principe de la proportionnalité; il s'impose toutefois une certaine retenue lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances locales ou de trancher de pures questions d'appréciation » ATF 142 I 76



Conclusion