

Cour constitutionnelle de Belgique

I. Les sources du principe de proportionnalité

1.1. Consécration par la Constitution

La Constitution belge ne consacre pas explicitement le principe de proportionnalité. C'est la Cour constitutionnelle qui, dans l'interprétation qu'elle donne de plusieurs dispositions de la Constitution, y a expressément intégré le principe de proportionnalité.

Il s'agit d'une part du contentieux des droits et libertés, dans lequel la Cour contrôle systématiquement la proportionnalité de toute atteinte législative à un droit fondamental. Au sein de ce contentieux, les principes d'égalité et de non-discrimination occupent une place centrale, car la Cour a d'abord été chargée de contrôler uniquement le respect de ces principes. C'est en construisant sa jurisprudence au sujet de l'égalité et de la non-discrimination qu'elle a placé le principe de proportionnalité au cœur de son raisonnement.

En matière de répartition des compétences en Belgique fédérale, le Constituant a intégré, en 1993 (13 ans après la fédéralisation du pays) un article 143 qui prescrit que les entités fédérale et fédérées agissent, dans l'exercice de leurs compétences respectives, dans le respect de la « loyauté fédérale ». C'est toutefois la Cour qui a donné une portée utile à cette disposition, en l'assimilant à l'exigence de proportionnalité dans l'exercice des compétences qu'elle avait déjà imposée de façon prétorienne¹.

1.2. Dispositions explicites et formulation

Sans objet pour les droits et libertés fondamentales.

Article 143 de la Constitution pour la répartition des compétences : voyez *supra*.

1.3. Autres textes

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 prévoit en ses articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), 9 (liberté de conscience et de religion), 10 (liberté d'expression), 11 (liberté de réunion et d'association), que des restrictions peuvent être apportées à ces libertés si elles sont prévues par la loi et qu'elles constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, pour atteindre certains objectifs d'intérêt général. Ce texte n'utilise donc pas le principe de proportionnalité de manière explicite, mais bien la notion voisine de « nécessité ».

1. Parmi d'autres, voyez l'arrêt n° 14/91.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en son article 49.3, précise que « l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction ». La Charte n'a pas de valeur juridique contraignante, mais elle exprime l'existence de valeurs communes des pays membres de l'Union européenne.

En droit interne, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination prévoit que « toute distinction directe fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination directe, à moins que cette distinction directe ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires » (art. 7).

1.4. Limites à l'exercice de certains droits et libertés prévues par la Constitution

L'article 12, qui garantit la liberté individuelle, dispose que la loi peut prévoir les cas de poursuites et leur forme.

L'article 15 dispose que la loi peut prévoir les cas de visites domiciliaires.

L'article 16, qui garantit le droit de propriété, prévoit que la loi peut organiser l'expropriation.

L'article 19 autorise la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de la liberté des cultes.

L'article 22 permet à la loi de fixer les cas et conditions dans lesquels il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale.

L'article 26 autorise la loi à régler l'exercice du droit de réunion, sans pouvoir le soumettre à une autorisation préalable, sauf pour les manifestations en plein air.

L'article 32 permet à la loi de fixer les cas et les conditions dans lesquels la consultation des documents administratifs peut être refusée.

1.5. Principes mis en balance

Le texte constitutionnel ne prévoit pas lui-même les motifs pour lesquels l'exercice de ces droits et libertés peut être limité. Il confie cette tâche au législateur, sous le contrôle de la Cour constitutionnelle qui examine ces motifs et confronte leur importance aux effets critiqués de la disposition en cause.

Il se déduit de la jurisprudence constitutionnelle que les atteintes aux droits et libertés individuels doivent toujours être motivées par la poursuite d'un objectif légitime qui, par définition, ne peut être que conforme à l'intérêt général. Le contrôle de proportionnalité consiste en effet à contrôler qu'un lien raisonnable existe entre « les conséquences de la mesure pour la personne concernée et les intérêts de la collectivité »². C'est pourquoi « le droit en cause serait violé si les restrictions imposées ne tendaient pas vers un but légitime et s'il n'existait pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »³. Pour autant qu'ils soient jugés légitimes et conformes à l'intérêt général (ce qui est, le plus souvent, implicite), les objectifs les plus divers peuvent servir de base au contrôle de proportionnalité exercé par la Cour. Il peut s'agir par exemple de protéger les intérêts du Trésor public, d'améliorer le service public, d'améliorer le fonctionnement de la justice, de faciliter la répression du grand banditisme ou du blanchiment d'argent, de faciliter l'accès à la justice, d'assurer l'équilibre financier de la sécurité sociale, mais également de protéger les intérêts de certaines catégories plus faibles, comme les enfants, les plus démunis, les accidentés...

2. Arrêt n° 16/2005, par exemple.

3. Voyez, parmi d'autres, les arrêts 25/2001 et 58/2001.

1.6. Place de la Constitution (ou d'autres sources écrites) et pouvoir normatif du juge constitutionnel ; rôle de la doctrine ; influence du droit comparé et de la jurisprudence des autres Cours

C'est la Cour constitutionnelle qui a, par la définition qu'elle a donnée des principes constitutionnels dont elle est la gardienne, inscrit la notion de proportionnalité au cœur du contrôle de constitutionnalité qu'elle exerce.

Longtemps, la Cour n'a été compétente, en matière de droits et libertés, que pour contrôler le respect des articles 10 et 11 de la Constitution, donc le respect par les différents législateurs des principes d'égalité et de non-discrimination. Par le biais de cette compétence, elle a été amenée à contrôler tous types de différences de traitement instaurés par les normes de valeur législative. Dès son premier arrêt au contentieux de l'égalité, la Cour a lié explicitement l'égalité à la proportionnalité. D'emblée, elle a donc considéré que pour qu'une différence de traitement critiquée devant elle satisfasse aux exigences de l'égalité et de la non-discrimination, il fallait non seulement qu'elle repose sur un critère objectif et pertinent, mais également que la mesure imposée à la catégorie « défavorisée » soit proportionnée au but poursuivi par le législateur, ou, en d'autres termes, qu'elle n'ait pas d'effets disproportionnés pour cette catégorie de personnes.

Lorsque la Cour est devenue compétente, en 2003, pour exercer un contrôle de compatibilité direct des mesures législatives avec l'ensemble des droits et libertés reconnus aux citoyens belges et étrangers résidant en Belgique, elle n'a pas fondamentalement changé ses techniques de contrôle. Ainsi, suivant en cela l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme, elle exerce toujours un contrôle de pertinence et de proportionnalité de la mesure, en termes d'atteintes à un droit fondamental, par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur. C'est donc la Cour qui a, par cette construction prétorienne, inscrit la proportionnalité au sein de chaque droit fondamental.

Enfin, c'est également la Cour constitutionnelle qui a intégré la notion de proportionnalité dans le système de répartition des compétences entre les différents législateurs de la Belgique fédérale. Aucun texte explicite, en matière de répartition des compétences, ne se réfère au principe de proportionnalité. Lorsque l'article 143 de la Constitution a été adopté, la Cour, qui avait déjà utilisé la notion de proportionnalité dans le contentieux des compétences⁴, a explicitement lié la loyauté fédérale à ce principe : « le principe de la loyauté fédérale, selon les travaux préparatoires de l'article 143 de la Constitution, implique, pour l'autorité fédérale et pour les entités fédérées, l'obligation de ne pas perturber l'équilibre de la construction fédérale dans son ensemble, lorsqu'elles exercent leurs compétences ; il signifie davantage que l'exercice de compétences : il indique dans quel esprit cela doit se faire. Le principe de la loyauté fédérale, lu en combinaison avec le principe du raisonnable et de la proportionnalité, signifie que chaque législateur est tenu, dans l'exercice de sa propre compétence, de veiller à ce que, par son intervention, l'exercice des compétences des autres législateurs ne soit pas rendu impossible ou exagérément difficile⁵. »

1.7. Autres sources

La doctrine belge exerce certainement une influence sur les opinions des juges. Les dossiers de documentation constitués pour chaque affaire comportent toujours l'ensemble de la doctrine disponible sur le sujet concerné. Il en va de même de la jurisprudence belge, spécialement de celle de la Cour de cassation et du Conseil d'État (haute juridiction administrative). Il est toutefois impossible de mesurer cette influence.

4. Voyez question 1.1.

5. Arrêt n° 119/2004.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour de Justice des Communautés européennes exercent une influence grandissante qui peut être, lorsque les espèces sont suffisamment proches, déterminante sur les arrêts de la Cour constitutionnelle⁶.

La jurisprudence de juridictions nationales étrangères est consultée lorsqu'elle est connue, mais elle n'exerce pas d'influence explicite sur les décisions prises par la Cour.

II. Le contrôle de proportionnalité

2.1. Exercice d'un contrôle explicite ou recours à des notions connexes ?

Le contrôle de proportionnalité est explicite dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Comme on l'a déjà mentionné (voir question 1.6.), la proportionnalité occupe une place centrale dans le contrôle de constitutionnalité. Il s'agit d'une création prétorienne de la Cour.

Ainsi, lorsqu'elle examine la compatibilité d'une disposition législative avec les articles 10 et 11 de la Constitution qui garantissent l'égalité et la non-discrimination, la Cour a coutume de répéter la formule suivante :

« Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée.

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. »

Cette formule est directement inspirée de celle utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme au contentieux de l'égalité. Elle lie explicitement le contrôle d'égalité au contrôle de proportionnalité.

La notion de proportionnalité intervient également de manière explicite lors du contrôle par la Cour du respect des autres droits fondamentaux garantis aux citoyens. Cette notion paraît dès lors intrinsèquement liée, par la jurisprudence constitutionnelle, aux droits fondamentaux. Ainsi, par exemple, la Cour dit-elle : « La liberté de commerce et d'industrie ne peut être conçue comme une liberté absolue. Elle ne fait pas obstacle à ce que la loi règle l'activité économique des personnes et des entreprises. Elle ne serait violée que si elle était limitée sans nécessité et de manière manifestement disproportionnée au but poursuivi⁷. » De même, « bien que la presse doive, dans une société démocratique, être en mesure de communiquer des informations et des idées relatives à toutes les questions d'intérêt général, la liberté d'expression et la liberté de la presse qui y est liée ne peuvent être considérées comme des libertés absolues ». Pour être admissibles, les limitations à ces libertés doivent toutefois être strictement proportionnées à l'objectif poursuivi⁸.

La Cour exerce également un contrôle de proportionnalité explicite en matière de répartition des compétences entre les différents législateurs belges. Elle considère ainsi que dans l'exercice de

6. Dans une étude récente, le président Melchior estime, au sujet de l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale sur la Cour constitutionnelle, que « la Cour, même si elle ne s'estime pas tenue par cette jurisprudence, s'en inspire très largement et s'efforce à propos des sanctions pécuniaires de droit belge d'adopter des arrêts qui n'exposent pas la Belgique à des condamnations par la Cour de Strasbourg... ». La même constatation pourrait probablement être faite à propos d'autres matières. Melchior (M.), « Quelques propos sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage en matière de sanctions administratives ; prise en considération directe ou indirecte de la jurisprudence de Strasbourg », in : X., *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 822.

7. Arrêt n° 40/2008.

8. Arrêt n° 91/2006.

la compétence qui leur est attribuée par les dispositions constitutionnelles et légales répartitrices de compétences, l'autorité fédérale, les régions et les communautés doivent respecter le principe de proportionnalité inhérent à tout exercice de compétence et, dès lors, veiller à ne pas rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences fédérales ou des autres entités fédérées.

2.2. Domaines de contrôle

La notion de proportionnalité est utilisée lors du contrôle par la Cour du respect, par les différents législateurs fédéral et fédérés belges, de leur domaine de compétence. La Belgique fédérale connaît un système de partage des compétences exclusif, de sorte qu'il n'y a jamais qu'un seul législateur compétent pour une matière sur un territoire donné. Dès lors, chaque législateur jouit en principe, dans les compétences qui sont les siennes, d'une autonomie totale et d'un très large pouvoir d'appréciation. La Cour considère néanmoins que dans l'exercice de leurs compétences propres, les législateurs doivent respecter le principe de proportionnalité « inhérent à tout exercice de compétence », et dès lors veiller à ne pas rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice, par les autres législateurs, de leurs compétences respectives.

Le principe de proportionnalité trouve ses applications les plus nombreuses dans le contrôle du respect par les législateurs des droits fondamentaux des citoyens, qu'ils soient garantis par la Constitution ou par une disposition conventionnelle directement applicable en Belgique. La Cour n'a jamais, jusqu'à présent, admis qu'un droit fondamental puisse s'imposer de manière absolue. Elle admet donc toujours les restrictions législatives aux droits fondamentaux garantis par la Constitution ou les conventions internationales, pour autant qu'elles soient motivées par la poursuite d'un objectif légitime, qu'elles soient pertinentes pour atteindre ce but et que les atteintes portées aux droits de certaines catégories de personnes soient proportionnées au bénéfice escompté de la réalisation de la mesure envisagée⁹.

La proportionnalité joue également un rôle central dans le contrôle de la Cour lorsque sont en jeu deux droits fondamentaux concurrents. Dans ce cas, la Cour effectue une balance des intérêts qui s'apparente à un contrôle de proportionnalité. C'est le cas par exemple en matière de méthodes particulières de recherche, lorsque l'atteinte au droit des uns à un procès équitable qui garantisse les droits de la défense se heurte au droit des autres à l'intégrité physique¹⁰, ou encore lorsque le droit au respect des biens des propriétaires entre en concurrence avec le droit au logement qui doit être garanti par les autorités publiques pour le plus grand nombre¹¹.

En matière pénale, le principe de proportionnalité joue également un rôle important lors de l'appréciation de la sanction retenue par le législateur en regard du comportement infractionnel. La Cour considère en principe que « s'agissant de l'échelle des peines, l'appréciation de la Cour doit se limiter aux cas dans lesquels le choix du législateur contient une incohérence telle qu'elle aboutit à une différence de traitement manifestement déraisonnable d'infractions comparables ». Il est arrivé que la Cour invalide le choix d'une peine, qu'elle estime manifestement déraisonnable par comparaison avec les peines retenues pour sanctionner des comportements infractionnels comparables¹².

Enfin, la Cour utilise également le principe de proportionnalité pour moduler ou limiter les effets de ses propres arrêts. Tout en reconnaissant que la demande d'annulation formulée par les requérants est fondée, elle peut donc maintenir les effets des dispositions qu'elle annule, notamment lorsqu'elle constate que « l'avantage que procurerait à certains des requérants l'effet rétroactif de l'annulation est hors de proportion avec les perturbations qu'il causerait au service public de la justice »¹³. Elle tient un raisonnement semblable pour décider, lorsque les effets de la suspension

9. Voyez les exemples donnés ci-dessus.

10. Arrêts n^{os} 202/2004, 105/2007 et 107/2007.

11. Arrêt n^o 69/2005.

12. Arrêts n^{os} 5/2001, 71/2006 et 81/2007.

13. Arrêt n^o 1/2005.

d'une norme paraissent disproportionnés par rapport à l'atteinte aux droits des requérants qu'elle crée, s'il y a lieu de suspendre la disposition en cause « en faisant la balance des inconvénients qu'une application immédiate des dispositions attaquées causerait à la partie requérante et des inconvénients qu'une suspension entraînerait pour l'intérêt général¹⁴. »

2.3. Exemples

Parmi les très nombreux arrêts de la Cour qui opèrent un contrôle de proportionnalité, on retiendra, parmi les plus récents, les arrêts suivants.

1. En matière de contrôle du respect par les différents législateurs de leur domaine de compétences propres

L'arrêt n° 132/2004 concerne les compétences respectives de l'autorité fédérale et des Communautés en matière de télécommunications et de régulation de l'audiovisuel. La Cour constate à cette occasion que la répartition des compétences, qui date du début des années 1980, est dépassée par les évolutions technologiques. Elle va faire appel au principe de proportionnalité pour sanctionner un législateur qui, *stricto sensu*, n'était pas « sorti » de sa sphère de compétences : « En règle générale, l'absence de coopération dans une matière pour laquelle le législateur spécial ne prévoit pas d'obligation à cette fin n'est pas constitutive d'une violation des règles de compétences. Toutefois, en l'espèce, les compétences de l'État fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération. Il s'ensuit qu'en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications, le législateur a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences. »

2. En matière du contrôle du respect des droits fondamentaux

Le droit d'accès à un juge est un droit fondamental régulièrement invoqué devant la Cour. Dans l'arrêt n° 134/2007, elle dit à son sujet : « Le droit d'accès au juge, qui constitue un aspect du droit à un procès équitable, peut être soumis à des conditions de recevabilité, notamment en ce qui concerne l'introduction d'une voie de recours. Ces conditions ne peuvent cependant aboutir à restreindre le droit de manière telle que celui-ci s'en trouve atteint dans sa substance même. Tel serait le cas si les restrictions imposées ne tendaient pas vers un but légitime et s'il n'existait pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Les règles relatives aux formalités et délais fixés pour former un recours visent à assurer une bonne administration de la justice et à écarter les risques d'insécurité juridique. Toutefois, ces règles ne peuvent empêcher les justiciables de se prévaloir des voies de recours disponibles. »

Le droit à la vie privée est garanti à la fois par l'article 22 de la Constitution belge et par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a eu l'occasion de préciser que « les droits que garantissent l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas absolus. Bien que l'article 22 de la Constitution reconnaisse à chacun le droit au respect de sa vie privée et familiale, cette disposition ajoute en effet immédiatement : « sauf dans les cas et conditions fixés par la loi ».

Les dispositions précitées exigent que « toute ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée et familiale soit prévue par une disposition législative suffisamment précise et qu'elle corresponde à un besoin social impérieux, c'est-à-dire qu'elle soit proportionnée à l'objectif légitime poursuivi. » (Arrêt n° 118/2007)

14. Arrêt n° 17/2007.

Appelée à juger de la constitutionnalité de la mesure consistant à imposer aux parents de certains jeunes ayant commis des infractions un « stage parental » destiné à les aider à reprendre leur mission éducative, la Cour constate que « même si une mesure qui accompagne et assiste les parents dans leur rôle d'éducateur pouvait être considérée comme une ingérence dans leur vie privée et familiale, il ne s'agirait pas d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, eu égard, d'une part, à l'objectif social contraignant, poursuivi par la mesure, de responsabilisation de certains parents et, d'autre part, au champ d'application particulièrement limité du stage parental. » (Arrêt n° 49/2008)

Le droit au respect des biens peut également faire l'objet de limitations, notamment par le biais des taxes et impôts. Lorsqu'est contesté devant elle le montant d'un impôt, la Cour opère un contrôle de proportionnalité qui peut aboutir, exceptionnellement, au constat de l'inconstitutionnalité de la loi fiscale. Ainsi, elle considère que « même si le législateur fiscal dispose d'une ample marge d'appréciation, une imposition peut revêtir un caractère disproportionné portant une atteinte injustifiée au respect des biens si elle rompt le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde du droit au respect des biens ». (Arrêt n° 107/2005)

Les droits politiques sont fondamentaux en démocratie, cela ne signifie pas pour autant qu'ils ne puissent subir certaines restrictions. Toutefois, celles-ci ne peuvent « atteindre ces droits dans leur substance même et les priver de leur effectivité ; elles doivent poursuivre un but légitime et les moyens employés ne peuvent être disproportionnés. » (Arrêt n° 187/2005)

Lorsque deux ou plusieurs droits fondamentaux entrent en concurrence, le contrôle de proportionnalité occupe inévitablement une place centrale dans le raisonnement de la Cour, qui procède alors à une sorte de mise en balance des droits fondamentaux en cause. Lorsqu'elle a été amenée à juger de la constitutionnalité des « méthodes particulières de recherche » utilisées par les services de police dans la lutte contre certaines formes de criminalité, la Cour a mis en balance le droit à un procès équitable, qui implique que l'accusé ait accès à son dossier en entier, et le droit à l'intégrité physique de certaines personnes impliquées dans la mise en œuvre des méthodes en cause. Elle a admis que l'objectif de sauvegarder le deuxième droit devait permettre la limitation du premier : « L'objectif d'assurer la protection de l'intégrité physique des personnes participant aux méthodes particulières de recherche est légitime et revêt une importance telle qu'il justifie que leur anonymat vis-à-vis des parties au procès et du public soit absolument garanti. La nécessité de garantir l'efficacité des méthodes mises en œuvre pour l'avenir en occultant certaines techniques peut aussi justifier qu'elles aient un caractère confidentiel. » Mais la Cour a insisté sur le fait que ces atteintes aux exigences d'un procès équitable ne pouvaient être admises qu'à la condition qu'un juge indépendant et impartial ait l'occasion d'exercer un contrôle de l'ensemble du dossier, y compris les pièces non accessibles aux parties. (Arrêts n° 202/2004, n° 105/2007 et n° 107/2007)

3. En matière de contrôle de la sévérité des sanctions pénales

La Cour estime que « le principe de la proportionnalité des peines n'est pas étranger à notre système juridique qui, en règle générale, permet au juge de choisir la peine entre un minimum et un maximum, de tenir compte de circonstances atténuantes et d'ordonner le sursis et la suspension du prononcé, le juge pouvant ainsi individualiser dans une certaine mesure la peine, en infligeant celle qu'il estime proportionnée à l'ensemble des éléments de la cause. » Dès lors, même si le législateur jouit en la matière d'une très grande liberté d'appréciation, la Cour vérifie si, lorsqu'il écarte le principe de la proportionnalité des peines pour certaines infractions, son choix n'est pas déraisonnable. En l'espèce, elle estime qu'une disposition qui ne permet pas au juge de choisir entre une peine maximale très élevée et une peine minimale est contraire au principe de proportionnalité. (Arrêt n° 81/2007)

Interrogée au sujet de la différence importante des peines prévues par le législateur pour l'infraction de harcèlement selon qu'elle est commise à l'aide d'un moyen de télécommunication ou non, la Cour répond que « l'appréciation du caractère plus ou moins grave d'une infraction et de la sévérité avec laquelle cette infraction peut être punie relève du jugement d'opportunité qui

appartient au législateur», et qu'elle «empiéterait sur le domaine réservé au législateur si, en s'interrogeant sur la justification des différences qui existent entre les nombreux textes législatifs portant des sanctions pénales, elle ne limitait pas, en ce qui concerne l'échelle des peines, son appréciation aux cas dans lesquels le choix du législateur contient une incohérence telle qu'elle aboutit à une différence de traitement manifestement déraisonnable d'infractions comparables». En l'espèce, toutefois, elle n'aperçoit pas en quoi l'utilisation d'un moyen de télécommunication est de nature à justifier une peine à ce point plus lourde. (Arrêts nos 71/2006, 98/2006, 55/2007, 64/2007)

2.4. Critères d'appréciation

Le contrôle de proportionnalité consiste à mettre en rapport l'importance de l'objectif poursuivi par le législateur d'une part et l'importance de l'atteinte aux droits des personnes qui s'estiment lésées d'autre part. Il en résulte que plus l'atteinte aux droits des personnes est importante, plus l'objectif avancé par le législateur pour justifier la mesure doit être nécessaire et important. Un objectif essentiel pour la sauvegarde de l'intérêt général permettra de justifier certaines ingérences dans les droits fondamentaux des individus, alors que le souci du législateur de protéger certains intérêts particuliers, par ailleurs légitimes, ne permettra pas de justifier la même atteinte. Lorsque sont en jeu des droits fondamentaux, la Cour est particulièrement attentive à ce que la mesure soit strictement proportionnée. Elle exprime même parfois explicitement la sévérité accrue de son contrôle. C'est le cas, par exemple, «lorsque le principe fondamental de l'égalité des naissances est en cause»¹⁵.

Le contrôle de proportionnalité recouvre en réalité plusieurs tests. En premier lieu, l'objectif doit être d'une importance telle qu'il permet de justifier l'atteinte aux droits de certaines personnes en cause. Ainsi, par exemple, la Cour juge que l'objectif de sauvegarder les intérêts moraux du conjoint survivant ne permet pas de justifier une atteinte aux droits successoraux de l'enfant du de cujus né d'une relation extraconjugale¹⁶. De même, l'objectif de limiter les dépenses de la sécurité sociale ne permet pas au législateur de traiter différemment deux catégories de malades comparables, en refusant tout remboursement à l'une alors qu'il l'octroie à l'autre¹⁷.

Ensuite, la mesure doit être pertinente par rapport au but poursuivi, elle doit être adéquate pour l'atteindre. Une mesure qui manque son objectif est, pour ce motif, jugée disproportionnée. Ainsi, la Cour annule une mesure qui a des conséquences économiques, financières et sociales importantes, compte tenu de son «inefficacité relative»¹⁸. Il en va de même d'une disposition qui paraît incohérente par rapport à l'objectif annoncé. Ainsi, sera jugée disproportionnée l'interdiction faite aux personnes qui paraissent définitivement insolvables de bénéficier d'un plan de règlement collectif de dettes alors que l'objectif de la loi est précisément d'éviter que les personnes sur-endettées ne s'installent définitivement dans un état d'exclusion¹⁹.

Enfin, la mesure ne peut pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif. À cet égard, le changement des circonstances depuis l'époque à laquelle le législateur a réglementé une matière peut jouer un rôle déterminant. Ainsi, étant donné qu'actuellement, l'établissement d'une filiation *post mortem* se fait au terme d'une procédure faisant appel à des méthodes scientifiques éprouvées, la lutte contre le risque de fraude et d'établissement de filiations intéressées ne peut plus justifier l'exclusion des enfants nés ou conçus avant un accident du travail mais reconnus après celui-ci, du droit à l'obtention de la rente né de l'accident²⁰. Peut également aller inutilement

15. Arrêt n° 140/2004.

16. Arrêt n° 52/2007.

17. Arrêt n° 34/2002.

18. Arrêt n° 102/99.

19. Arrêt n° 38/2003.

20. Arrêt n° 142/2001.

au-delà de l'objectif poursuivi la mesure qui n'est pas accompagnée d'exceptions, ou de la possibilité pour le juge saisi d'y déroger dans des circonstances particulières²¹.

Pour juger de la proportionnalité d'une mesure, la Cour peut avoir égard à d'autres dispositions qui en atténuent les effets défavorables. Ainsi, une disposition de droit judiciaire qui a pour effet d'empêcher une partie, dans une hypothèse précise, de se prévaloir d'une quelconque prescription n'est pas jugée disproportionnée, notamment parce que la Cour constate que le juge peut examiner si le comportement de l'autre partie ne peut pas avoir des conséquences sur l'étendue de ses droits²². De même, la Cour est parfois amenée à envisager la mesure dans sa globalité, alors que seul un des aspects de la norme lui est soumis, car la proportionnalité d'une disposition peut être affectée de l'effet produit par les dispositions connexes. Par exemple, elle examine l'ensemble de la procédure disciplinaire qui peut être menée contre un fonctionnaire, afin d'apprécier si le principe d'impartialité est respecté à suffisance, et ne se limite pas à la disposition qui lui a été soumise²³.

Le critère de l'existence de mesures équivalentes moins attentatoires aux droits des personnes est parfois utilisé. Bien que la Cour ait, dans une jurisprudence ancienne, jugé qu'elle n'avait pas à se demander si l'objectif aurait pu être atteint par la mise en œuvre de mesures d'effet semblable mais moins dommageable pour les droits des plaignants²⁴, elle est revenue sur cette opinion dans une jurisprudence plus récente. Elle a ainsi jugé, à propos d'un recours introduit par des compagnies d'assurance qui démontraient assez vraisemblablement que l'objectif poursuivi aurait pu être atteint par la mise en œuvre d'une autre formule de calcul qui n'avait pas le même effet discriminatoire à leur égard : « lorsque l'application d'une formule mathématique utilisée par le législateur est de nature à avoir de graves conséquences économiques pour une catégorie d'assureurs, que la réalité de ces conséquences possibles n'est pas contredite, que le choix des montants forfaitaires critiqués n'est pas justifié de façon pertinente et qu'il est allégué avec vraisemblance qu'il existerait d'autres formules qui, tout en permettant d'atteindre l'objectif poursuivi, n'auraient pas les mêmes effets discriminatoires, la Cour ne peut que constater qu'elle ne dispose d'aucun élément qui lui permettrait de conclure que la mesure attaquée est raisonnablement justifiée²⁵. » Dans une affaire relative aux droits fondamentaux de la défense des prévenus, la Cour constate également que la disposition en cause est disproportionnée parce que « il eût en effet été possible de concilier les objectifs du législateur avec les exigences du procès équitable en prévoyant qu'un juge apprécie dans quelle mesure le respect des droits de la défense exige qu'une partie puisse utiliser des pièces déclarées nulles, tout en veillant à ne pas léser les droits des autres parties²⁶. »

Dans le contentieux de la répartition des compétences entre législateurs, la proportionnalité consiste en ce que chaque législateur, tout en restant dans sa sphère matérielle et territoriale de compétence, ne rende pas « impossible » ou « exagérément difficile » l'exercice par les autres législateurs de leurs compétences propres.

2.5. Technique de contrôle courante ou exceptionnelle ? Principaux cas d'utilisation

Le contrôle de proportionnalité est couramment, on pourrait même écrire, quotidiennement mis en œuvre par la Cour constitutionnelle de Belgique. Il est utilisé dans tous les types de contentieux.

En 1992 déjà, le juge Paul Martens consacrait un article important à « l'irrésistible ascension du principe de proportionnalité »²⁷. Il qualifiait ce principe « d'envahissant ». M. Wathelet, juge

21. Arrêt n° 69/2002.

22. Arrêt n° 60/2008.

23. Arrêt n° 141/2003.

24. « La Cour n'a pas à examiner en outre si l'objectif poursuivi par le législateur pourrait être atteint ou non par des mesures légales différentes » : arrêts nos 23/89, 13/91, 20/91, 25/92, 22/93, 42/97, 37/98 et 35/2003.

25. Arrêt n° 39/2007.

26. Arrêt n° 86/2002.

27. Martens (P.), « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in X., *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, I, p. 49-68.

honoraire à la Cour de Justice des Communautés européennes, écrivait récemment « désormais omniprésent, le principe de proportionnalité a non seulement acquis le statut de principe général de droit mais aussi celui de pierre angulaire du raisonnement juridique contemporain »²⁸.

2.6. Décisions les plus pertinentes

Parmi les innombrables décisions qui mettent en œuvre le contrôle de proportionnalité, les plus illustratives sont citées dans ce rapport. Toutes ces décisions peuvent être consultées en version intégrale sur le site internet de la Cour constitutionnelle de Belgique : www.const-court.be.

2.7. et 2.8. Conséquences et implications du recours au principe de proportionnalité. Appréciation

Le juge Paul Martens faisait déjà remarquer en 1992 que « en autorisant [le juge] à apprécier le raisonnable et à mesurer la proportion, on lui donne l'instrument capable de re-calibrer la totalité de l'œuvre normative ». Cette expression est très révélatrice de la nature du contrôle de proportionnalité : c'est une question de mesure.

Le contrôle de proportionnalité est essentiel à l'exercice de la mission du juge constitutionnel, qui, sans lui, serait inconcevable et impraticable. En matière de droits fondamentaux tout d'abord. Depuis que l'on a pris conscience que le législateur peut mal faire²⁹, que ce fait est accepté par l'ensemble des acteurs des mondes politiques et juridiques, depuis la création des juges constitutionnels en conséquence de cette constatation, il faut un instrument de mesure de la compatibilité des normes législatives à la Constitution ou aux normes supérieures. Or, ces normes sont elles-mêmes indéterminées, car formulées en des termes vagues et abstraits. Une disposition constitutionnelle ou conventionnelle garantissant une liberté publique ou un droit fondamental n'est pas comparable à un article du code pénal qui interdit tel comportement ou à une disposition civile qui attache une conséquence précise à un fait juridique tout aussi précis. Ce serait empêcher tout travail législatif, donc toute organisation en société, que de prétendre que les droits et libertés fondamentaux ou les prescrits constitutionnels sont absolus et ne souffrent aucune exception. Le principe d'égalité, central dans le contentieux constitutionnel belge, ne peut sérieusement être compris comme interdisant au législateur de créer toute différence de traitement. La question à laquelle est confrontée le juge constitutionnel à qui il est demandé de contrôler la compatibilité d'une norme par rapport à la Constitution n'est donc pas tant de savoir si le législateur pouvait restreindre tel ou tel droit fondamental, mais bien dans quelle mesure il pouvait le faire. Comme le souligne un auteur, « chaque fois, il s'agit de mettre dans la balance les divers intérêts en présence »³⁰. Il faut donc que le juge ait à sa disposition un instrument de mesure. La proportionnalité est la balance du juge constitutionnel.

Lorsqu'elle exerce son contrôle relatif à la répartition des compétences entre les différents législateurs, la Cour trouve également dans le principe de proportionnalité un outil précieux. Dans ce contentieux, le principe ne s'est pourtant pas imposé d'emblée comme en matière de droits fondamentaux. Il peut même paraître, de prime abord, étranger au système de répartition de compétences exclusives que connaît la Belgique, puisque chaque compétence ne peut être exercée que par un seul législateur sur un territoire donné, ce qui implique que tout conflit de compétences

28. Wathelet (M.), « Principe de proportionnalité : utilisation disproportionnée ? », *J.T.*, 2007, p. 313.

29. Favoreu (L.), « Rapport sur les pays d'Europe occidentale », in *Le contrôle juridictionnel des lois, Légitimité, efficacité et développements récents, Actes du colloque de l'AIJS*, Upsalla, juin 1984, Paris, Economica, 1986, p. 43.

30. Verdussen (M.), *Les douze juges*, Bruxelles, Labor, 2004, p. 75.

est causé par l'incompétence d'un des législateurs en cause. En ce domaine, l'irruption de la proportionnalité est due à la nécessité, constatée par le juge constitutionnel, d'introduire dans un système rigide la souplesse de la bonne foi, un peu à l'image de l'introduction par les tribunaux, dans le système rigide du droit civil, de la limite de l'abus de droit.

Enfin, par rapport aux effets de sa propre intervention, la Cour constitutionnelle trouve dans le principe de proportionnalité un instrument de mesure essentiel, qui lui permet de justifier son refus de suspendre une norme pourtant vraisemblablement inconstitutionnelle ou sa décision de maintenir les effets d'une disposition qu'elle annule, en mesurant l'ampleur des effets qu'auraient la suspension ou l'annulation pure et simple sur l'ensemble de la société par rapport au bénéfice individuel qu'en retireraient les requérants.

Mais la proportionnalité n'a pas que des vertus. Le principal reproche qui peut lui être fait est son indétermination, ce qui crée à la fois un risque d'insécurité juridique pour les justiciables et un risque de « gouvernement des juges » pour les législateurs.

L'insécurité juridique est certes gênante ou désagréable, mais il faut prendre garde à ne pas lui conférer une place et une importance qu'elle ne mérite pas. La sécurité juridique n'est pas une valeur en soi. Il faut probablement admettre qu'une insécurité juridique accrue est le prix à payer pour le contrôle de constitutionnalité des lois, notamment par rapport aux droits fondamentaux du citoyen. Par ailleurs, des mécanismes peuvent être mis en place pour réduire l'insécurité ou en limiter les conséquences, comme les délais pour l'introduction de recours en annulation, l'autorité relative des arrêts rendus sur questions préjudicielles...

Même si la Cour prend souvent soin de répéter qu'elle ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation comparable à celui des législateurs dont elle contrôle l'action³¹, même si son contrôle porte sur la compatibilité des normes législatives avec les dispositions constitutionnelles et non sur leur conformité à ces dispositions, la limite entre le contrôle de proportionnalité et le contrôle en opportunité demeure ténue³². Or le juge constitutionnel détermine lui-même, lorsqu'il contrôle la proportionnalité d'une disposition, la limite de son contrôle, il trace lui-même la frontière entre ce qui relève du pouvoir d'appréciation en opportunité du législateur et ce qui relève du contrôle de proportionnalité qu'il exerce. Faut-il en conclure que la proportionnalité dans l'exercice du contrôle constitutionnel est le voile pudique sous lequel se dissimule habilement le spectre du gouvernement des juges, ce dernier réapparaissant dès qu'il est question de juger en opportunité ?

Si « le rôle d'une Cour constitutionnelle est d'entreprendre une conciliation pragmatique entre les règles et principes éthiques »³³ inscrits dans la Constitution, elle dispose forcément, en raison de l'indétermination de ces principes, d'une marge de manœuvre, d'un pouvoir d'appréciation. Ce genre d'appréciation est nécessairement délicat, car les valeurs sont plurielles dans nos sociétés. Le reconnaître n'est pas pour autant affirmer que le juge constitutionnel serait une sorte de législateur non élu. Il ne dispose pas du pouvoir d'initiative. Il n'agit que par réaction à une demande, et doit limiter son intervention d'une part aux normes qui lui sont présentées, et d'autre part aux arguments qui sont invoqués devant lui. Il faut souligner également que le juge constitutionnel n'a pas le dernier mot³⁴. Le Constituant peut toujours modifier les dispositions constitutionnelles pour neutraliser une appréciation de la proportionnalité par rapport à un droit fondamental, par exemple, qui lui paraîtrait excessive. Le législateur peut, et doit, bien souvent, pour sa part rétablir la constitutionnalité des dispositions critiquées par le juge constitutionnel en posant de nouveaux choix, et il dispose dans la majorité des cas de plusieurs possibilités parmi lesquelles il lui appartient de trancher.

Par ailleurs, le juge constitutionnel se garde généralement de juger des objectifs politiques poursuivis par les législateurs. Sauf l'hypothèse d'un objectif clairement illégitime en soi, fait

31. Voyez, parmi tant d'autres, l'arrêt n° 10/2001.

32. « Il n'appartient pas à la Cour d'apprécier si une mesure établie par la loi est opportune ou souhaitable » : voyez entre autres les arrêts n°s 62/2000 et 9/2004.

33. Verdussen (M.), *op. cit.*

34. Behrendt (Ch.), *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 454.

rarissime, le contrôle du juge porte non pas sur les buts, qui appartiennent à l'opportunité politique, mais bien sûr les moyens, qui relèvent de la technique juridique.

Enfin, probablement n'est-il pas inutile de rappeler dans ce débat que « ce qui fait la légitimité du juge, c'est moins sa majesté ou son mode de recrutement que la manière dont il s'acquitte de sa tâche, sa préoccupation de rendre des décisions acceptables par ceux qui s'adressent à lui³⁵ ».

À cet égard, la proportionnalité joue très certainement un rôle fondamental : une décision sera d'autant mieux acceptée qu'elle sera perçue comme mesurée, adaptée, proportionnée à la situation des différents protagonistes.

35. Gaudemet (Y.), citant le Premier président Draï, cité par Martens (P.), *op. cit.*, p. 63.