

La principe de la proportionnalité

Autor(en): **Muller, Pierre**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse =
Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II.
Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **97 (1978)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895822>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Le principe de la proportionnalité

Rapport présenté par PIERRE MULLER

Greffier-Directeur de la Chancellerie du Tribunal fédéral
Suppléant à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Table des matières

Abréviations	201
Bibliographie	203
Avant-propos	207

Première partie

Notion et portée du principe de la proportionnalité

I. Genèse du principe	209
II. Notion et portée du principe	210
III. Délimitation du principe	217

Deuxième partie

L'application du principe de la proportionnalité dans différents domaines du droit public

I. Instruction publique	220
1. En général	220
2. Utilisation de l'établissement scolaire et de ses installations	221
3. Accès à l'université	221
II. Economie	223
1. En général	223
2. L'exercice d'une profession en général	225
3. Médecine – pharmacie	228
4. Avocats	229
5. Chauffeurs de taxis	230
6. Prostitution	231
7. Exploitation d'auberges	231
8. Appareils de jeu	234
9. Réglementation de l'ouverture et de la fermeture des commerces	234
10. Cinéma – films	236
11. Fabrication et commerce de produits pouvant présenter des dangers pour la santé	237
12. Monopole de l'alcool	239
13. Liquidations et opérations analogues	239
14. Contingentements agricoles	240
15. Monopoles des cantons	241
16. Banques – fonds de placement – assurances privées	243
17. Dépôt légal	244

III. Transports et communications	245
1. Circulation routière	245
a) Restrictions à la circulation	245
b) Réclames et annonces sur et aux abords de routes	247
c) Autres mesures pratiques prises en faveur de la sécurité de la circulation	247
d) Retrait de permis et autres mesures administratives	247
2. Chemins de fer	248
3. Téléphériques	248
4. Navigation	249
5. Aviation	249
IV. Contributions publiques	250
1. Impôts	250
2. Emoluments – taxes	251
3. Charges de préférence	252
4. Droits de douane	252
V. Statut des fonctionnaires	253
1. Mesures administratives touchant les rapports de service	254
2. Mesures disciplinaires	254
VI. Prestations accordées par l'Etat	256
VII. Rétablissement de l'ordre légal et moyens de contrainte	258
VIII. Droit pénal et droit pénal administratif	260
IX. Procédure	262

Troisième partie

Le contrôle de l'application du principe de la proportionnalité

I. Le contrôle par l'autorité administrative elle-même	266
II. Le contrôle judiciaire en général	267
III. Le pouvoir de contrôle du juge dans le cadre du recours de droit public	269
Index	271

Abréviations

ACF	Arrêt(s) du Conseil fédéral
AJDA	L'Actualité juridique – Droit administratif (Paris)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Tübingen)
ATF	Arrêt(s) du Tribunal fédéral suisse
ATFA	Arrêt(s) du Tribunal fédéral suisse des assurances
BayVerfGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BayVGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Const. féd.	Constitution fédérale, du 29 mai 1874
CP	Code pénal, du 21 décembre 1937
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Köln/Berlin/Bonn/München)
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Stuttgart)
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAB	Jurisprudence administrative bernoise (Berne)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
LF	Loi fédérale
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Köln/Hamburg)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Berlin)
OJ	Loi féd. d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal (Lausanne)
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (Paris)
RDS	Revue de droit suisse (Bâle)
RPS	Revue Pénale Suisse (Berne)
RSJB	Revue de la société des juristes bernois (Berne)
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence (Sion)
SGGVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (St. Gallen)
TA	Tribunal administratif
WuR	Wirtschaft und Recht (Zürich)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)

Bibliographie

Dans les notes du rapport, la référence est au nom de l'auteur; s'il y a risque de confusion, il y a mention, en outre, du titre abrégé. D'autres ouvrages sont mentionnés dans le corps du travail.

- AUBERT, J.-F. *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I et II, Neuchâtel 1967.
- BACHOF, O. *Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts*, JZ 1958, p. 468ss. (BACHOF, *Apothekenurteil*).
- *Die Prüfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz*, AöR 87, 1962, p. 1 ss. (BACHOF, *Prüfungskompetenz*).
- BENDER, B. *Verhältnismäßigkeit und Vermeidbarkeit des Verwaltungshandelns*, NJW 8, 1955, p. 938s.
- BERGMANN, G. A. *The Principle of Proportionality*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 26 (supplement) 1978, p. 415ss.
- BRAIBANT, G. *Le principe de la proportionnalité*, dans: *Mélanges Waline*, Paris 1974, p. 297ss.
- CORNIOLEY, P. *Le pouvoir d'appréciation de l'administration et son contrôle selon les critères de l'état de droit*, RDAF 24, 1968, p. 49ss.
- DAHLINGER, E. *Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Bereich der Leistungsverwaltung?*, DöV 1966, p. 818ss.
- DRAGO, R. *Aspect du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique*, dans: *Mélanges van der Meersch*, 1972.
- DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS. *Gefahrenabwehr*, 8^e éd., Köln/Berlin/Bonn/München, vol. I, 1975, vol. II, 1977.
- DREYFUSS, F. *Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de la proportionnalité*, RDP 1974, p. 691ss.
- DUBISSON, M. *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Paris 1958.
- ERICHSEN, H.-U./MARTENS, W. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2^e éd., Berlin/New York 1977.
- EYERMANN, E./FRÖHLER, L. *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 7^e éd., München 1977.
- FLEINER, F./GIACOMETTI, Z. *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949 (1965).
- FLEINER, TH. *Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts*, Zürich 1977.
- FORSTHOFF, E. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10^e éd., München 1973.
- FRIEDRICHS. *Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer polizeilichen Verfügung*, *Preußisches Verwaltungsblatt* 30, p. 369ss.
- FURTNER, G. *Die gesetzlichen Mindeststrafen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, NJW 21, 1968, p. 2228ss.
- GENTZ, M. *Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen*, NJW 21, 1968, p. 1600ss.

- GIACOMETTI, Z. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960.
- GRABITZ, E. Freiheit und Verfassungsrecht, Tübingen 1976 (GRABITZ, Freiheit).
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 98, 1973, p. 568ss. (GRABITZ, Verhältnismäßigkeit).
- GRISEL, A. Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970 (GRISEL, Droit administratif).
- Juridiction constitutionnelle de demain, ZBl 72, 1971, p. 209ss. (GRISEL, Juridiction constitutionnelle).
 - Droit public non écrit, dans: «Der Staat als Aufgabe», Gedenkschrift Max Imboden, Basel 1972, p. 139ss. (GRISEL, Droit public).
 - L'application du droit public dans le temps, ZBl 75, 1974, p. 245ss. (GRISEL, Application).
 - La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire, Revue internationale de droit comparé 1975, p. 549ss. (GRISEL, Liberté personnelle).
 - Réflexions sur la juridiction constitutionnelle et administrative en Suisse, Etudes et Documents 1976, p. 249ss. (GRISEL, Réflexions).
- GRISEL, E. La définition de la police, dans: «Stabilité et dynamisme du droit...», Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses, Basel 1975, p. 91ss.
- GYGI, F. Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2^e éd., Bern 1974 (GYGI, Verwaltungsrechtspflege).
- Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung, RDS 111, 1970 II, p. 302ss. (GYGI, Wirtschaftsverfassung).
 - Mittelbare Verfassungsverletzung als Beschwerdegrund im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, dans: «Der Staat als Aufgabe», Gedenkschrift Max Imboden, Basel 1972, p. 159ss. (GYGI, Verfassungsverletzung).
 - Wirtschaftspolitik als Begriff des Verfassungsrechts, dans: Festgabe Hugo Sieber, Bern 1976, p. 73ss. (GYGI, Wirtschaftspolitik).
- HEER, B. Die Ersatzvornahme als verwaltungsrechtliche Sanktion, thèse Zürich 1975.
- HOFFMANN-BECKING, M. Die Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand durch Subsidiaritätsprinzip und Übermaßverbot, dans: Festschrift Wolff, 1973, p. 445ss.
- HOTZ, W.F. Zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbefreiheit, thèse Zürich 1977.
- HUBER, H. Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht, RDS 118, 1977 I, p. 1ss. (HUBER, Verhältnismäßigkeit).
- Über die Konkretisierung der Grundrechte, dans: Gedenkschrift Max Imboden, Basel 1972, p. 191ss. (HUBER, Konkretisierung).
- IMBODEN, M./RHINOW, R. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, vol. I et II, Basel 1976.
- JELLINEK, W. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen, Tübingen 1913.
- JOST, A. Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, thèse Bern 1974.
- JUNOD, CH.-A. Problèmes actuels de la constitution économique suisse, RDS 111, 1970, p. 596ss.
- KAUFMANN, A. Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dans: Festschrift Richard Lange, Berlin 1976, p. 27ss.

- KLEIN, H.H. Zur Auslegung des Rechtsbegriffs der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, DVBl 86, 1971, p. 233ss.
- KNACK, H.-J. Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Köln/Berlin/Bonn/München 1976.
- KNAPP, B. L'abus du pouvoir en droit public, ZBl 78, 1977, p. 289ss. (KNAPP, Abus du pouvoir).
- Intérêt, utilité et ordre publics, dans: «Stabilité et dynamisme du droit...», Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses, Basel 1975, p. 137ss. (KNAPP, Intérêt).
- VON KRAUSS, R. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, thèse Hamburg 1955.
- LANGHEINEKEN, U. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur zu Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, thèse Freiburg i.Br. 1972.
- DE LAUBADÈRE, A. Traité de droit administratif, tome I, 7^e éd., Paris 1976, tome II, 6^e éd., Paris 1975, tome IV, 3^e éd., Paris 1977 (DE LAUBADÈRE, Droit administratif).
- Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français, dans: Mélanges Waline, Paris 1974, p. 531ss. (DE LAUBADÈRE, Contrôle).
- LEMASURIER, J. Vers un nouveau principe général du droit? Le principe «BILAN-COUT-AVANTAGES», dans: Mélanges Waline, Paris 1974, p. 551ss.
- LERCHE, P. Übermaß und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit, Köln 1961.
- LETOURNEUR, M. L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français, dans: Mélanges van der Meersch, 1972, tome III, p. 563ss.
- LOHMANN, H.H. Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, Berlin 1972.
- LUECKE, J. Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit, DöV 1974, p. 769ss.
- MARTENS, W. Öffentlich als Rechtsbegriff, Berlin/Zürich 1969 (MARTENS, Rechtsbegriff).
- Prinzipien der Leistungsverwaltung, dans: Festschrift Wolff, München 1973, p. 429ss. (MARTENS, Prinzipien).
- MARTI, H. Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel 1976.
- MAUNZ/DÜRIG/HERZOG. Grundgesetz, Kommentar, vol. I à III, 4^e éd., München 1974ss.
- MEGRET, J. Le contrôle par le juge administratif de l'intervention économique de l'Etat dans les états membres des Communautés Européennes, dans: Mélanges van der Meersch, 1972, tome III, p. 579ss.
- MÖNCH, CH. Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle. Die Problematik der verfassungsgerichtlichen Sanktion, dargestellt anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, Baden-Baden 1977.
- MOSER, H.P. Die Kognition des Bundesgerichts bei der Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden, ZBl 72, 1971, p. 185ss.
- MÜLLER, H.A. Der Verwaltungszwang, thèse Zürich 1975.
- MÜLLER, J.P. Soziale Grundrechte in der Verfassung?, RDS 114, 1973 II, p. 687ss.
- VON MUENCH, I. Besonderes Verwaltungsrecht, 4^e éd., Berlin/New York 1977.
- OBERLE, M. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffs, thèse Zürich 1952.

- OSSENBUEHL, F. Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, DVBl 89, 1974, p. 309ss.
- PACTEAU, B. Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif, Clermont-FD 1977.
- POHL, O. Ist der Gesetzgeber bei Eingriffen in die Grundrechte an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden?, thèse Köln 1959.
- SALADIN, P. Grundrechte im Wandel, 2^e éd., Bern 1975.
- SAUVIGNON, E. La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir, ADJA 1971, p. 200ss.
- SCHMID-EICHSTAEDT, G. Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung, AöR 98, 1973, p. 173.
- SCHMIDT, W. Abschied vom «unbestimmten Rechtsbegriff». Zweck – Mittel – Entscheidungen der Verwaltung und der Verwaltungsrechtsschutz, NJW 28, 1975, p. 1753ss.
- SCHNEIDER, H. Zur Verhältnismäßigkeitskontrolle bei Gesetzen, dans: «Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz», Festgabe Bundesverfassungsgericht, Tübingen 1976, p. 390ss.
- STELKENS/BONK/LEONHARDT. Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, München 1978.
- STERN, K. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. I, München 1977.
- STOLLEIS, M. Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Verwaltungsarchiv 65, 1974, p. 1 ss.
- VON STOSCH (Graf), R. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 1 GWB und Art. 85 EWG-Vertrag, thèse München 1967.
- ULE, C.H./LAUBINGER, H.-W. Verwaltungsverfahrenrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1977.
- VEDEL, G. Droit administratif, 6^e éd., Paris 1976.
- VOIGT, H.A. Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, thèse Zürich 1945.
- WALINE, M. Précis de droit administratif, vol. I et II, Paris 1969 et 1970.
- WALTHER, B.E. Die administrativen Rechtsnachteile im System der Verwaltungssanktionen des Bundes, thèse Basel 1977.
- WENGER, P. Die verwaltungsrechtliche Ersatzvornahme gegenüber dem Bürger. Eine vergleichende Darstellung des schweizerischen und deutschen Rechtszustandes, thèse Basel 1975.
- WICK, CH.-L. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Sozialversicherungsrecht, thèse Bern 1976.
- WITTIG, P. Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DöV 21, 1968, p. 817ss.
- WOLFF, H.J./BACHOF, O. Verwaltungsrecht I, 9^e éd., München 1974.
- WOLFF, H.J. Verwaltungsrecht III, 3^e éd., München 1973.
- WOLFFERS, A. Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, RSJB 113, 1977, p. 297ss.
- VON ZEJSCHWITZ, F. Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff, thèse Marburg 1967.
- ZIPPELIUS, R. Das Verbot übermäßiger Beschränkung von Grundrechten, DVBl 72, 1956, p. 353ss.
- ZUCK, R. Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, München 1968.

Avant-propos

Le principe de la proportionnalité régit l'ensemble des activités de l'Etat; c'est dire l'étendue de notre sujet. Nous ne nous attarderons donc guère à rappeler la genèse du principe avant de définir la place qui lui a été faite dans le droit et d'en délimiter la portée au regard d'autres principes généraux. Nous examinerons ensuite l'application qui a été faite de ce principe dans différents domaines *du droit public*, notamment dans celui de l'instruction publique, de l'économie, des transports et communications, des contributions et du service public. Nous nous attacherons également aux problèmes qui surgissent dans des domaines tels que les prestations accordées par l'Etat, le rétablissement de l'ordre légal, l'usage des moyens de contrainte ainsi que d'une manière générale en droit pénal et en procédure. Nous aborderons enfin quelques questions relatives au contrôle du respect du principe. Le rapporteur de langue allemande, ULRICH ZIMMERLI, ayant traité avant tout l'application du principe de la proportionnalité dans les domaines des libertés individuelles, de la garantie de la propriété, ainsi que du droit des constructions et de la planification, nous renvoyons sur ces points à son étude.

Nous n'avons nullement l'ambition de faire un exposé exhaustif ni d'édifier la théorie complète du principe de la proportionnalité; nous en serions déjà détourné par la conviction que la proportionnalité n'existe pas *in abstracto*, mais seulement au regard d'une relation concrète du fait et du droit. Toutefois, si nous renonçons à apporter une contribution décisive à la science du droit public, nous pensons pouvoir donner quelques indications utiles dans un domaine où la doctrine et la jurisprudence ne sont pas encore fixées.

Cette modeste ambition a dicté notre plan: Mettant de côté une systématique théorique qui aurait peut-être séduit les esprits scientifiques, nous avons divisé notre exposé selon les domaines du droit à analyser. Il en résultera sans doute quelques répéti-

tions, les problèmes se présentant d'une façon semblable dans plus d'un domaine; nous avons estimé pouvoir courir ce risque.

Bien des questions enfin resteront sans réponse. C'est qu'il convient selon nous de laisser le soin de les résoudre aux autorités – législatives, exécutives et judiciaires – en fonction des situations concrètes qui leur seront soumises.

31 mars 1978

Première partie

Notion et portée du principe de la proportionnalité

I. Genèse du principe¹

Le principe de la proportionnalité *lato sensu*, c'est-à-dire la règle fondamentale à laquelle doivent obéir les relations entre ceux qui exercent et ceux qui subissent le pouvoir, est aussi vieux que l'humanité. Il suffit pour l'admettre de penser aux anciens préceptes relatifs à la fixation de la peine tels qu'on les trouve dans le *Deutéronome* ou dans le code d'*Hammourabi*. On retrouve le même principe dans un passage de la *Magna Charta libertatis* de 1215. Lorsque plus tard on se mit, avec *l'école du droit naturel*, à voir dans la liberté un droit inné et inaliénable de l'homme, on a senti la nécessité de poser des règles aptes à la protéger. C'est ainsi que l'on en est venu à considérer que les actes tendant à restreindre cette liberté devaient respecter une certaine proportionnalité. En 1791 notamment, *Svarez*, le père du *Preussisches Landrecht*, a formulé, comme premier principe du droit public, que l'Etat n'est autorisé à restreindre la liberté des individus que dans la mesure nécessaire à assurer la liberté et la sécurité de tous². Cette notion a été reprise par de nombreux auteurs allemands³ notamment à propos du droit de police (*Polizeirecht*).

L'évolution du droit administratif à partir du droit de police a conduit à l'application du principe de la proportionnalité à tous les domaines de l'activité de l'Etat⁴. Cette activité – législative et

¹ Pour compléter cet exposé sommaire, nous renvoyons aux auteurs qui ont traité largement l'historique du problème, notamment HOTZ, p. 1 ss.; HUBER, Verhältnismäßigkeit, p. 1 ss.; VON KRAUSS, p. 3 ss.; LERCHE, p. 24 ss.; OBERLE, p. 1 ss.; POHL, p. 1 ss.; SCHNEIDER, p. 393 ss.

² Cité par JELLINEK, p. 290 s.

³ Cf. JELLINEK, p. 291 s.

⁴ Cf. GENTZ, p. 1605; GRABITZ, Verhältnismäßigkeit, p. 584 et la jurisprudence allemande citée; STERN, p. 671.

exécutive – a connu un développement si considérable que l'individu dépend de l'Etat de plus en plus, et d'une façon toujours plus décisive. En contrepartie, le principe de la proportionnalité s'est imposé tant en *Suisse* qu'en *Allemagne* comme un principe général du droit liant non seulement l'autorité exécutive mais aussi le législateur.

Si, en *Allemagne*, la théorie de la proportionnalité a été surtout développée dans le domaine de la juridiction administrative, elle est apparue en *Suisse* au moment où l'on a commencé à attribuer à l'Etat des compétences législatives en matière économique, lui permettant de restreindre la liberté du commerce et de l'industrie⁵.

En *France*, jusqu'à ces dernières années, le principe de la proportionnalité n'a été affirmé comme tel, ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine. Mais comme le précise BRAIBANT⁶, ce n'est pas dire qu'il a été ignoré. Le Conseil d'Etat a ainsi employé à plusieurs reprises le terme de «proportion» et, même lorsque la notion de proportionnalité n'apparaît pas expressément, l'idée en est sous-jacente. L'extension de l'application des principes généraux du droit, et notamment l'examen de leur nature constitutionnelle et de leur relation hiérarchique⁷, a conduit le juge administratif français à étendre le contrôle de la proportionnalité au domaine du pouvoir discrétionnaire⁸.

II. Notion et portée du principe

Considérée comme un principe s'appliquant non seulement au droit mais à toute activité humaine, la proportionnalité est une

⁵ Cf. GRABITZ, *Verhältnismäßigkeit*, p. 570ss.; HUBER, *Verhältnismäßigkeit*, p. 4ss.; VON KRAUSS, p. 18ss.; LERCHE, p. 24ss.; SALADIN, p. 355ss.

⁶ Cf. p. 297ss.

⁷ Cf. DE LAUBADÈRE, *Droit administratif I*, p. 251ss.

⁸ Cf. BRAIBANT, p. 297ss.; DE LAUBADÈRE, *Droit administratif I*, p. 569ss. Ainsi, dans le cas où le pouvoir de l'administration est lié, le juge se reconnaît le droit de rechercher si les motifs légaux ont réellement existé, si en outre ils étaient suffisants pour justifier la mesure édictée et si la gravité de celle-ci était proportionnée à «l'importance et aux caractères» qui l'ont provoquée. Cet examen, comme le démontrent les auteurs précités, a été élargi au cours de ces dernières années, en tout cas dans certaines matières, en un contrôle dit du «bilan coût-avantages»; cf. item LEMASURIER, p. 551ss.; DREYFUSS, p. 699ss.; DE LAUBA-

notion vague⁹ dont la portée – on le verra dans la deuxième partie – varie selon les circonstances et le point de vue.

La proportionnalité dépend, par définition, de plusieurs facteurs. Il s'agit, en effet, *de garder une proportion* correcte ou adéquate entre des éléments de nature différente dont les valeurs respectives sont en balance. Il pourrait dès lors être tentant d'assimiler le principe de la proportionnalité à la notion de modération générale (*ne quid nimis* – *Gebot des allgemeinen Masshaltens*), de faire abstraction des circonstances de fait concrètes et partant de considérer que la proportionnalité n'est en réalité pas autre chose que l'équité. Ce serait une erreur. Certes, ce qui apparaît comme équitable sera le plus souvent conforme au principe de la proportionnalité, mais si l'équité peut exister dans l'abstrait, il n'en va pas de même de la proportionnalité qui dépend nécessairement de facteurs concrets d'appréciation.

La proportionnalité se caractérise par le fait qu'elle suppose une relation adéquate entre un ou plusieurs buts déterminés et les moyens mis en œuvre¹⁰. Il serait vain de parler de proportionnalité sans connaître ces deux éléments. La détermination des objectifs à atteindre, de leur valeur, de même que l'appréciation de la nécessité de les atteindre et la mise en balance de cet intérêt avec d'autres – peut-être contradictoires – qui sont en jeu, ne sont pas au premier chef des questions de proportionnalité; il en va de même de la légitimité des moyens. En effet, le contrôle de la proportionnalité est avant tout un jugement de valeur porté sur la relation existant entre le but poursuivi et les moyens nécessaires pour l'atteindre d'une part, et d'autre part les conséquences qui en résultent¹¹. Il n'a aucune raison d'être si la légitimité du but recherché et celle des moyens mis en œuvre ne sont pas admises.

En sa qualité de critère de l'adéquation des moyens utilisés pour parvenir à un résultat, la proportionnalité est la composante de plusieurs éléments enchevêtrés, qui ne peuvent être appréhen-

DÈRE, *Contrôle*, p. 536 ss.; PACTEAU, p. 233 ss.; SAUVIGNON, p. 208 ss.

⁹ Il n'existe – à notre connaissance – de terminologie bien définie ni chez les auteurs ni dans la jurisprudence suisse, allemande ou française. Nous cherchons donc à définir cette notion sans prétendre fixer une nouvelle terminologie.

¹⁰ Cf. GRABITZ, *Verhältnismäßigkeit*, p. 571; VON KRAUSS, p. 14; LANGHEINEKEN, p. 4; LERCHE, p. 19; SCHMIDT, p. 1756 s.

¹¹ Cf. FLEINER/GIACOMETTI, p. 304; GENTZ, p. 1601 s.; GIACOMETTI, p. 292 ss.; GRABITZ, *Verhältnismäßigkeit*, p. 573; HUBER, *Verhältnismäßigkeit*, p. 21; LANGHEINEKEN, p. 4 s.; MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, N. 117 ad art. 20; OBERLE, p. 25 ss.; VON STOSCH, p. 2 s.

dés d'un même coup: plusieurs chemins peuvent conduire au but visé, plusieurs moyens peuvent être propres pour l'atteindre.

Le premier pas consiste dès lors à effectuer un tri. A ce stade, le contrôle de la proportionnalité est souvent une question de *bon sens*. Il saute aux yeux en effet qu'un moyen évidemment impropre à obtenir le résultat voulu devra être écarté comme inopérant. Il sera en revanche jugé apte s'il facilite ou favorise la réalisation du but à atteindre. Ce premier pas franchi, il faut apprécier les divers moyens possibles et juger de leur nécessité. Il convient en effet de choisir, entre les moyens jugés aptes à atteindre l'objectif visé, celui qui paraît le mieux approprié. Parmi les critères utilisés figure celui de la proportionnalité *stricto sensu*, en vertu duquel le choix doit finalement se porter sur le ou les moyens qui, dans le cas d'espèce, tiennent le mieux compte de l'ensemble des intérêts en jeu.

Au cours de cette démarche, il peut arriver que se pose la question de savoir s'il se justifie encore, au vu des moyens aptes et nécessaires qui devraient être mis en œuvre, de poursuivre le but visé. Cette question sort toutefois, selon nous, du cadre strict du contrôle de la proportionnalité proprement dite et relève bien plutôt de la légitimité du but poursuivi. En effet, si la réalisation d'un objectif implique la mise en œuvre de moyens manifestement *disproportionnés*, ce n'est pas la relation entre le but et les moyens qui est en cause, mais le but lui-même.

Si l'on isole, pour les besoins de la théorie, les différents éléments imbriqués de la proportionnalité, on remarque que l'aptitude et la nécessité des moyens mis en œuvre ont un caractère plus objectif que la proportionnalité *stricto sensu*; ce dernier élément, de caractère plus subjectif, se rapproche quant à lui de l'opportunité.

Enfin, le principe de la proportionnalité impose à celui qui est tenu de le respecter, à la fois une obligation et une interdiction: il devra faire appel à des mesures aptes et nécessaires, et rejeter tout moyen disproportionné au regard des intérêts en jeu.

C'est en fonction de ce double caractère d'obligation et d'interdiction que le principe de la proportionnalité trouve sa place dans le droit. Il régit tous les domaines du droit et oblige les organes de l'Etat à adapter dans toutes leurs activités les moyens dont ils disposent à la fois aux fins qu'ils visent et aux effets de leur action¹². La proportion adéquate devient ainsi condition de la légalité.

¹² Cf. FORSTHOFF, p. 70s.; GRISEL, Droit administratif, p. 184; GRISEL, Juridiction

Il est généralement admis que le principe de la proportionnalité appartient aux principes généraux du droit, écrits ou non. D'aucuns le rattachent à la constitution et le considèrent partant comme un principe général constitutionnel. Pour d'autres, un tel rattachement est superflu, les principes généraux ayant selon eux une portée propre, indépendante de leur situation dans la hiérarchie des règles¹³.

On constate à ce propos que le projet de constitution présenté par la commission d'experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, contient dans sa première partie¹⁴ au chapitre 2 *Principes de l'activité de l'Etat*, à l'article 5, une disposition rangeant le principe de la proportionnalité parmi les principes généraux du droit¹⁵.

Le Tribunal fédéral situe quant à lui le principe de la proportionnalité dans l'ordre constitutionnel: Le principe découle directement de la Constitution et vaut tant pour l'application du droit que pour l'activité du législateur¹⁶.

constitutionnelle, p. 221; HOFMANN-BECKING, p. 448 ss.; OBERLE, p. 58; WOLFF/BACHOF, p. 179; WOLFF, p. 175; R. ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre*, 5^e éd., München 1975, p. 179.

¹³ Cf. l'analyse des différentes opinions sur le rattachement hiérarchique du principe chez HUBER, *Verhältnismäßigkeit*, p. 17 ss. et HOTZ, p. 22 ss.; pour la jurisprudence et la doctrine allemandes notamment GRABITZ, *Verhältnismäßigkeit*, p. 581; STERN, p. 671 s.; WITTIG, p. 818 ss. La plupart des auteurs considèrent que le principe de la proportionnalité trouve sa place au niveau constitutionnel et relève ainsi par sa nature des droits constitutionnels, sans toutefois leur être assimilable. FURTNER en revanche (p. 2229), qui voit en lui un droit constitutionnel, considère dans le domaine du droit pénal que celui auquel a été infligé la peine minimale peut se prévaloir de ce principe pour demander que sa peine soit fixée en dessous du minimum légal, lorsque celui-ci apparaît comme exagérément élevé au vu du délit en cause et de l'ensemble des circonstances. Cf. item BVerfGE 19, p. 166.

¹⁴ «Droits fondamentaux et principes directeurs de l'Etat».

¹⁵ Art. 5 al. 1 du projet: «Les actes des organes de l'Etat doivent être adaptés à leur but.»

Dans ces termes la constitution exige et par là garantit l'observation du principe de la proportionnalité par tous les organes de l'Etat dans toute activité publique. La commission s'est inspirée, lors de l'élaboration du projet, de la jurisprudence du Tribunal fédéral au sujet du principe de la proportionnalité. Elle a estimé que ce principe - tel qu'il a été développé par la jurisprudence - a acquis une telle importance que son introduction dans la nouvelle constitution est devenue indispensable (cf. rapport accompagnant le projet de la commission d'experts, p. 26 s.).

¹⁶ ATF 96 I 242: «Dieses Prinzip ergibt sich unmittelbar aus der Verfassung und gilt für die Rechtsanwendung wie für die Rechtssetzung.» Cf. HUBER, *Verhältnismäßigkeit*, p. 17 s.; IMBODEN/RHINOW, no. 58 III.

La jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*) de même que, sous son influence, celle de la Cour administrative fédérale allemande (*Bundesverwaltungsgericht*) admettent également que le principe de la proportionnalité est d'ordre constitutionnel et régit toute l'activité de l'Etat¹⁷.

L'obligation incombant à tous les organes de l'Etat de respecter le principe de la proportionnalité est étroitement liée à la liberté de l'individu; en effet, dans un état de droit, celui-ci est nécessairement protégé par la constitution même contre les mesures prises dans l'intérêt public lorsqu'elles restreignent sa sphère de liberté d'une manière disproportionnée. De ce point de vue donc, le principe de la proportionnalité a la même nature que les droits constitutionnels, dont il limite les restrictions¹⁸.

Dans un sens plus large cependant, le principe, qui a une portée toute générale, s'étend aussi à l'activité distributive de l'Etat (*Leistungsverwaltung*) et exige que celle-ci respecte la relation adéquate qui doit exister entre l'intérêt à la prestation, les moyens engagés et les avantages qui en résultent pour les bénéficiaires et pour la collectivité¹⁹.

On considère généralement que l'obligation et l'interdiction contenues dans le principe de la proportionnalité concernent l'application des lois. Lorsqu'elles s'adressent au législateur, leur portée est en quelque sorte différente. C'est en effet le législateur lui-même qui fixe – le plus souvent – le but des mesures qu'il adoptera en application de la constitution. Son activité est, à cet égard, plus abstraite et plus créatrice que celle de l'administration²⁰: le choix des mesures exige nécessairement du législateur un tri qui, lui-même, s'effectue dans un contexte politique, éco-

¹⁷ Cf. entre autres BVerfGE 38, p. 281; 35, p. 382; BVerwGE 38, p. 68; SCHNEIDER, p. 391, et notamment GRABITZ, *Verhältnismäßigkeit*, p. 584, qui, dans une analyse fondamentale, démontre toute l'évolution de la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* quant à la localisation constitutionnelle du principe. Cette analyse fait ressortir sans équivoque que la Cour constitutionnelle a – depuis toujours et de façon constante – admis que le principe de la proportionnalité découle du principe fondamental de l'Etat fondé sur le droit (*Rechtsstaatsprinzip*) et qu'il se situe de ce fait nécessairement au rang de la constitution.

¹⁸ Cf. ATF 102 Ia 114; GRISEL, *Droit public*, p. 152; GRABITZ, *Verhältnismäßigkeit*, p. 576ss.

¹⁹ Cf. DAHLINGER, p. 819; LOHMANN, p. 28s.; WOLFF, p. 175.

²⁰ Cf. EUGEN HUBER, *Das Absolute im Recht, Schematischer Aufbau einer Rechtsphilosophie*, Bern 1922, p. 56ss.

nomique et social²¹. Bien plus que l'administration qui applique le droit dans un cas concret, le législateur jouit d'une liberté d'appréciation étendue; celle-ci couvre non seulement la définition légale des mesures qui paraissent aptes et nécessaires à la réalisation des objectifs de la constitution, mais encore celles qu'il doit fixer lui-même dans le cadre de ses attributions constitutionnelles.

De ce fait, l'application du principe de la proportionnalité lors du contrôle d'un acte législatif sera limitée²². Il s'exercera cependant d'une manière plus étendue mais néanmoins nuancée dans

²¹ L'Etat ne peut plus, de nos jours, se contenter d'exercer ses attributions classiques, notamment de garantir la liberté et l'indépendance de ses citoyens; il doit intervenir activement et de manière prospective dans le mécanisme des forces en présence dans sa communauté. Le développement technique, économique, scientifique et social lui assigne sans cesse de nouvelles tâches, qu'il ne peut ignorer. Pour les assumer, l'Etat n'a pas seulement besoin d'une administration suffisante et bien organisée, il lui faut avant tout des règles de droit fixant les objectifs à atteindre et les moyens à utiliser pour cela. Cf. notamment LERCHE, p. 259ss.

²² Le *Bundesverfassungsgericht* – comme le démontre sa jurisprudence – pousse très loin ce contrôle et ses décisions n'ont pas été sans susciter des critiques. Dans son arrêt 39, p. 210, il a toutefois d'une façon remarquable démontré les limites de ce contrôle:

«Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Tauglichkeit einer Maßnahme ist entscheidend, ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, daß mit der ergriffenen Maßnahme seine Vorstellungen verwirklicht werden könnten. Daß seine Prognose bei der Beurteilung wirtschaftspolitischer Zusammenhänge sachgerecht und vertretbar war, darf vom Bundesverfassungsgericht nur dann verneint werden, wenn die Maßnahme bei Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes eindeutig als zweckuntauglich festgestellt werden könnte. Deshalb wird bei Anwendung dieser in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Grundsätze die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Maßnahme aus dem Gesichtspunkt der objektiven Zweckuntauglichkeit nur selten und in ganz besonders gelagerten Fällen gestellt werden können (BVerfGE 30, p. 250). Bei dieser verfassungsrechtlichen Überprüfung der Erforderlichkeit einer Maßnahme ist zu beachten, daß dem Gesetzgeber bei der Auswahl und technischen Gestaltung wirtschaftsordnender und -lenkender Maßnahmen ein weiter Gestaltungsbereich zusteht. Nur wenn sich eindeutig feststellen läßt, daß andere weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen, kann die gesetzliche Regelung übermäßig belasten und deshalb verfassungswidrig sein (BVerfGE 37, p. 1).»

Ainsi défini, le contrôle judiciaire des lois sous l'angle du principe de la proportionnalité peut se justifier pleinement, car restreint à cette dimension raisonnable, il ne fait pas du juge un superlégislateur, ni même un substitut du législateur. Cf. entre autres LANGHEINEKEN, p. 109ss.; LERCHE, p. 65 et 343ss.; POHL, p. 33ss.; SCHNEIDER, p. 397ss.; N. ACHTERBERG, *Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote*, DöV 1977, p. 649ss.; BayVGHE 25, 1971, no 21.

le cas de mesures portant atteinte aux libertés fondamentales²³. Il se restreindra notamment à l'examen de la question de savoir si la solution adoptée par le législateur est propre à atteindre le but poursuivi.

La multiplicité des objectifs poursuivis, le plus souvent par la même loi, voire par la même disposition légale, réduit d'ailleurs considérablement le pouvoir de contrôle du juge. La pesée de plusieurs intérêts parallèles ou opposés implique une liberté de choix qui n'appartient qu'au législateur et que le juge ne peut ni ne doit s'arroger.

Le contrôle judiciaire n'est pas pour autant dépourvu de sens. D'une part le juge est à même d'intervenir lorsque la solution retenue par le législateur est manifestement contraire à la constitution et partant inapplicable, sans avoir à indiquer quelle serait la solution constitutionnelle; il peut d'autre part préciser de quelle manière une disposition attaquée est applicable en conformité avec la constitution²⁴.

²³ ATF 97 I 508: «Lorsqu'il applique le principe de *proportionnalité*, le Tribunal fédéral se sert d'une double formule. Dans la plupart des cas, il se borne à vérifier si la mesure attaquée est adaptée à son but. Exceptionnellement, il s'exprime d'une façon plus nuancée en exigeant: d'une part, que le moyen utilisé soit propre à atteindre la fin d'intérêt public recherchée et ménage le plus possible la liberté individuelle; d'autre part, qu'il existe un rapport raisonnable entre le résultat prévu et les restrictions de liberté qu'il nécessite (ATF 91 I 464, 487; 93 I 219). Quand la validité d'une disposition légale est en cause, il convient de se prononcer au regard de la définition la plus précise.»

BVerfGE 17, p. 313: «Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit verlangt – namentlich, wenn er in Verbindung mit der allgemeinen Freiheitsvermutung zu Gunsten des Bürgers gesehen wird, wie sie gerade in Art. 2 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommt –, daß der einzelne vor unnötigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt bewahrt bleibt; ist ein solcher Eingriff in Gestalt eines gesetzlichen Gebots oder Verbots aber unerlässlich, so müssen seine Voraussetzungen möglichst klar und für den Bürger erkennbar umschrieben werden (BVerfGE 9, p. 137–147, 149). Je mehr dabei der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, umso sorgfältiger müssen die zu seiner Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers abgewogen werden. Das bedeutet vor allem, daß die Mittel des Eingriffs für die Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet sein müssen und den einzelnen nicht übermäßig belasten dürfen.»

²⁴ Cf. ATF 99 Ia 636 consid. 7; 99 Ib 189 consid. 2; 96 I 187; 95 I 330; 93 I 713; 92 I 433; BVerfGE 34, p. 200; 20, p. 160; 9, p. 87; 8, p. 78; AUBERT, nos 449s.; HUBER, Verhältnismäßigkeit, p. 25; M. IMBODEN, Normenkontrolle und Normeninterpretation, dans: Festschrift Hans Huber, Bern 1961, p. 158ss.; KNAPP, Intérêt, p. 171s.; KNAPP, Abus du pouvoir, p. 295s. et 307ss.; MÖNCH, p. 19ss.; H. RECKNAGEL, Gesetzgeberisches Ermessen, thèse Köln 1975, p. 138ss.;

III. Délimitation du principe

Le principe de la proportionnalité ne représente pas selon nous une maxime générale de modération (*ne quid nimis*), mais bien une norme imposant à tous les organes de l'Etat l'obligation de rechercher, dans leur activité publique, une relation appropriée entre le but visé et les moyens engagés. Vue sous cet aspect, la proportionnalité peut être comprise dans d'autres principes d'application du droit.

Equité: Cette notion essentiellement éthique suppose en général qu'une certaine proportion est respectée; mais elle est plus que cela, elle est le correctif nécessaire des injustices qui peuvent résulter de l'application stricte de la loi²⁵.

Opportunité: Une solution est opportune lorsqu'elle est conforme au principe de la proportionnalité et que son adoption apparaît souhaitable au vu des circonstances de fait. En d'autres termes, dans le cadre de l'opportunité, l'impératif de la proportionnalité tempère le pouvoir discrétionnaire²⁶.

STERN, NJW 11, 1958, p. 1435; R. ZIPPELIUS, *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, dans: *Festgabe Bundesverfassungsgericht*, 1976 II, p. 108ss.

Selon l'ordre constitutionnel suisse, ce contrôle s'exerce en premier lieu à l'égard des actes législatifs cantonaux. En revanche, les actes législatifs de l'Assemblée fédérale (lois fédérales et arrêtés fédéraux de portée générale) échappent, en vertu de l'art. 113 al. 3 de la Constitution fédérale, au contrôle judiciaire. Celui-ci peut toutefois s'exercer sur les ordonnances du Conseil fédéral et sur celles de l'Administration fédérale. A ce propos d'ailleurs, il convient de faire une distinction entre le contrôle de la conformité de l'ordonnance à la délégation et celui de son contenu au regard du principe de la proportionnalité. La nature du contrôle dépend avant tout du caractère de l'ordonnance. Plus étendus sont les pouvoirs dont dispose l'autorité compétente, moins rigoureux sera le contrôle de la proportionnalité. Cela vaut aussi bien pour les ordonnances dites dépendantes, c'est-à-dire celles prises en vertu d'une délégation contenue dans une loi ou un arrêté fédéral de portée générale, que pour celles dites indépendantes, c'est-à-dire les ordonnances prises directement en vertu d'une disposition de la Constitution fédérale.

²⁵ Cf. P. CINTURA, *L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif*, *Revue internationale de droit comparé* 24, 1972, p. 657 ss.; K. MÜNZEL, *Recht und Gerechtigkeit*, 2^e éd., Köln/Berlin/Bonn/München 1968, p. 56ss.

²⁶ Ainsi le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral en matière de juridiction administrative ne s'étend pas, en règle générale, au grief de l'inopportunité (art. 104 OJ); en effet il appartient avant tout à l'administration dont c'est le rôle spécifique de décider de l'opportunité d'une décision. Toutefois ce pouvoir d'appréciation sur le plan de l'opportunité est néanmoins soumis au contrôle du juge, spécialement sous l'angle des principes de la légalité, de l'égalité et de la proportionnalité (ATF 103 Ib 126 consid. 4 et 5; BVerfGE 35, p. 400); l'inobservation du principe de la proportionnalité est assimilable dans le cadre de

Interdiction de l'arbitraire: On qualifie d'arbitraire ce qui est *insoutenable*. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement et manifestement l'ordre juridique ou un principe de droit clair et incontestable, ou encore lorsqu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice²⁷. Ainsi défini, l'arbitraire n'implique pas nécessairement la violation du principe de la proportionnalité. En revanche, une violation de ce principe constitue un cas d'arbitraire lorsqu'il saute aux yeux que les moyens destinés à réaliser un but ne sont en eux-mêmes pas appropriés et/ou que la disproportion entre moyens et but est particulièrement évidente, c'est-à-dire manifeste.

Légalité: Sous l'angle de la proportionnalité, le principe de la légalité exige que, dans le choix des moyens destinés à atteindre un but, soient écartés ceux qui sont eux-mêmes contraires à la loi; de plus, les moyens appropriés à atteindre un but ne pourront en règle générale être choisis que par l'autorité compétente²⁸.

Egalité: Le principe de l'égalité exige que l'Etat traite d'une manière égale ceux qui se trouvent dans des situations de fait égales²⁹. Ce principe se distingue nettement de celui de la proportionnalité. Une mesure peut en effet être conforme à ce dernier et constituer une inégalité de traitement. En cas de conflit, le principe de l'égalité doit en règle générale l'emporter, étant donné son importance capitale³⁰; exceptionnellement toutefois, l'intérêt général peut exiger des mesures discriminatoires; l'autorité devra alors s'efforcer de respecter un rapport adéquat entre le poids de la différence de traitement et celui de l'intérêt public.

Bonne foi: Le principe de la proportionnalité permet, le cas échéant, de fixer les limites de la bonne foi. Il en va ainsi notamment pour l'appréciation des facteurs suivants: l'intérêt de l'administré à ce que l'autorité se conforme aux assurances ou aux préavis qui la lient et sur la base desquels l'administré a fait des investissements; l'intérêt public à interdire après coup la réalisa-

l'opportunité à l'abus du pouvoir d'appréciation (ATF 103 Ib 134). Cf. CORNIOLEY, p. 64s.; DUBISSON, p. 35s.; FLEINER, p. 166s.; SCHMIDT, p. 1756s.; VEDEL, p. 320ss.; WALINE I, p. 192s.

²⁷ Cf. ATF 96 I 9; 90 I 139.

²⁸ Cet aspect du problème peut revêtir une importance particulière notamment dans le cas de délégation de compétence.

²⁹ «A situations de fait semblables, traitement juridique semblable; à situations de fait différentes, traitement juridique différent» (GRISEL, Droit administratif, p. 174s.).

³⁰ Cf. GRISEL, Droit administratif, p. 184.

tion de l'objectif privé; le dommage qui en résulterait, le cas échéant, pour l'administré³¹.

³¹ Cf. F. PICOT, La bonne foi en droit public, RDS 118, 1977, p. 186; K. SAMELI, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, RDS 118, 1977, p. 383s.

Deuxième partie

L'application du principe de la proportionnalité dans différents domaines du droit public

I. Instruction publique

1. En général

La formation implique des restrictions aux droits fondamentaux des élèves, car ceux-ci se trouvent dans un rapport de droit particulier à l'égard de l'école. De la confrontation de l'intérêt public à l'instruction et de la sauvegarde des droits fondamentaux des élèves à la lumière du principe de la proportionnalité, il résulte que, sans pour autant être vidés de leur contenu essentiel, des droits importants peuvent être néanmoins limités dans la mesure nécessaire à la réalisation des buts de l'instruction³².

Il s'agit là de l'application, dans le domaine de l'instruction, du principe général selon lequel les personnes assujetties à un rapport de droit particulier³³ – tels les militaires, les détenus etc. – doivent accepter que leurs droits fondamentaux soient restreints dans la mesure où l'exige la nature particulière du rapport auquel elles sont soumises. Cette obligation ne va toutefois pas au-delà de ce que le rapport de droit exige pour des raisons objectives³⁴.

³² Cf. ATF 98 Ib 305s.; BayVerfGHE 28, 1975, no 5.

³³ Parfois désigné aussi anciennement comme un *rapport de puissance ou de dépendance particulier* (*besonderes Gewaltverhältnis*). Cf. notamment FORSTHOFF, p. 427; IMBODEN/RHINOW, no 65; OPPERMANN, dans: VON MÜNCH, p. 618ss.; en outre BOECKENFOERDE/GRAWERT, Sonderverordnung zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, AöR 95, 1969, p. 1 ss.; H. U. ERICHSEN, Besonderes Gewaltverhältnis und Sonderverordnung, dans: Festschrift Wolff, München 1973, p. 219ss.; H. U. EVERS, Das besondere Gewaltverhältnis, Frankfurt a.M. 1972; H. PAETZOLD, Der Rechtsschutz im besondern Gewaltverhältnis, DVBl 89, 1974, p. 454ss.; H. ZEIZINGER, Verfassungsgerichtshof und «besonderes Gewaltverhältnis», Juristische Blätter 95, 1973, p. 191ss.; cf. item ATF 98 Ib 301; BVerwGE 1, p. 263.

³⁴ Cf. ATF 98 Ib 305 consid. 2a; 97 I 52; 68 I 81; item entre autres ATF 102 Ia 283; 101 Ia 150; 100 Ia 454; 99 Ia 271; BVerwGE 35, p. 111; 27, p. 360; 23, p. 347; 19, p. 128; 15, p. 17 et 41; 5, p. 153; 1, p. 260; en outre IMBODEN/

Cette règle vaut notamment pour les sanctions disciplinaires infligées aux élèves³⁵.

2. Utilisation de l'établissement scolaire et de ses installations

Le droit d'utiliser les locaux scolaires ne découle pas des libertés individuelles garanties par la constitution mais dépend du but de l'établissement public³⁶. Les usagers n'ont dès lors que le droit d'utiliser les installations de l'établissement conformément à ce but.

Au cas où les autorités scolaires admettent que les installations et les locaux servent également à des manifestations indirectement liées au but de l'établissement ou même étrangères à celui-ci, elles peuvent subordonner ces manifestations à une autorisation préalable. Celle-ci ne pourra alors être refusée eu égard au principe de la proportionnalité que si la manifestation apparaît comme contraire aux intérêts de l'établissement³⁷.

3. Accès à l'université

L'accès à l'université est subordonné entre autres à la condition que le candidat dispose d'une instruction suffisante. Cette condi-

RHINOW, no 65 III; MARTENS, Prinzipien, p.473s.; OPPERMAN, dans: VON MÜNCH, p.621; K.-H. KÄSTNER, Das Grundrecht des Schülers auf freie Meinungsäußerung, DöV 1977, p.500ss.; F. OSSENBUHL, Schule im Rechtsstaat, DöV 1977, p.801ss.

³⁵ Cf. ATF 98 Ib 306 consid.2b; 97 I 835; Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland 7, 1955, no 209.

Dans l'arrêt 98 Ib 301, il s'agissait d'une menace d'exclusion prise par les organes de l'Ecole polytechnique fédérale à l'encontre du président de l'association des étudiants de l'EPF qui avait tenu, dans une circulaire adressée aux nouveaux étudiants, des propos désobligeants sur l'organisation et les méthodes d'enseignement de l'EPF. Le Tribunal fédéral a admis que la sanction était conforme au droit fédéral.

³⁶ Cf. ATF 103 Ia 379 consid.4c; 98 Ia 367 consid.5a; 92 I 510.

³⁷ Il n'est ainsi pas contraire au principe de la proportionnalité de refuser dans une université une telle autorisation lorsqu'il s'agit de réunions présentant un caractère d'agitation ou de provocation, ni d'interdire les collectes d'argent, ni de limiter la vente d'imprimés (ATF 98 Ia 367 consid.4a). L'autorisation peut aussi être assortie de conditions ou de charges. Pour éviter que l'établissement ne subisse des dommages matériels à la suite de l'organisation de telles manifestations, une caution peut être exigée au préalable des organisateurs sous certaines conditions (ATF 98 Ia 372 consid.9b). Dans l'arrêt cité, le Tribunal

tion doit être appréciée à la lumière de la proportionnalité notamment lorsque le futur étudiant ne possède pas les diplômes formellement requis, mais peut faire état de titres équivalents, voire supérieurs³⁸.

Exceptionnellement, l'accès à l'université peut être refusé, ou la durée des études limitée, pour des motifs objectifs, c'est-à-dire autres que les qualités propres de l'étudiant.

Il en va ainsi notamment de la mesure du *numerus clausus*, par laquelle les admissions sont limitées en fonction de la capacité d'accueil de l'établissement. La doctrine et la jurisprudence allemandes ont admis, quand bien même il existe un droit constitutionnel à la formation³⁹, que des restrictions telles que le *numerus clausus* sont conformes au principe de la proportionnalité, lorsque la mesure a été prise par le législateur pour sauvegarder l'efficacité et le bon fonctionnement (*Funktionsfähigkeit*) de l'enseignement⁴⁰. Le Tribunal fédéral s'est aussi occupé de la question du *numerus clausus*, une fois en relation avec une nouvelle disposition de la loi universitaire de Bâle-Ville, déléguant au Conseil d'Etat la faculté d'introduire en cas de besoin le *numerus clausus*⁴¹; une seconde fois à propos de l'introduction par voie d'ordonnance du *numerus clausus* pour l'admission à l'école normale de Liestal, Bâle-Campagne⁴². Après avoir constaté qu'il n'existe pas en Suisse de droit constitutionnel à la formation, il a examiné dans les deux cas si le *numerus clausus* pouvait se fonder sur une base légale suffisante⁴³. Il a en outre jugé, sans mention-

fédéral fait preuve toutefois de scepticisme quant à l'efficacité de telles mesures sur le plan pratique. On peut se demander s'il ne serait pas préférable de refuser purement et simplement l'autorisation. Une caution ne peut en effet être exigée sans violer le principe de la proportionnalité que s'il apparaît très probable qu'à l'occasion de la manifestation projetée des dégâts seront causés aux installations de l'établissement et que le titulaire de l'autorisation en sera responsable (ATF 51 I 427).

³⁸ Il a été ainsi reconnu – quoique le règlement pour les examens de médecine exige le diplôme de maturité pour les candidats aux études de médecine – que le candidat titulaire d'un autre diplôme de niveau universitaire pouvait être dispensé d'une telle exigence (JAAC 37, 1973, no 69).

³⁹ Art. 12 de la loi fondamentale (*Grundgesetz*). Cf. MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, N. 1s. et 111 ad art. 12; J. P. MÜLLER, p. 864 ss.

⁴⁰ Cf. MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, N. 108 ss. ad art. 12; BVerfGE 43, p. 291; 33, p. 303; BayVGHE 22, 1969, no 39; item MARTENS, Prinzipien, p. 441.

⁴¹ Cf. ATF 103 Ia 369.

⁴² Cf. ATF 103 Ia 394.

⁴³ Dans le cas de Bâle-Ville (ATF 103 Ia 369) la base légale pour l'introduction du *numerus clausus* a été jugée suffisante; dans celui de Bâle-Campagne (ATF 103 Ia 394) l'ordonnance attaquée ne trouvait selon le Tribunal fédéral pas

ner expressément le principe de la proportionnalité, qu'une telle mesure pouvait être considérée comme apte et ne devait dès lors pas être qualifiée d'arbitraire⁴⁴.

En vue d'assurer le déroulement normal des études universitaires, certaines exigences relatives au caractère de l'étudiant peuvent être posées comme conditions à l'immatriculation. Ces conditions doivent respecter le principe de la proportionnalité. Ainsi l'accès peut être refusé définitivement ou temporairement s'il apparaît, à la suite d'un examen objectif de la personnalité de l'étudiant, que celui-ci risque de compromettre sérieusement le déroulement des cours ou la vie de la communauté universitaire⁴⁵.

II. Economie

1. En général

Le principe de la proportionnalité trouve souvent application dans le contrôle de la législation et des actes administratifs touchant l'économie. La portée en est différente selon qu'il s'agit de

une base suffisante dans la disposition légale, la loi ne précisant pas la nature et le but de la mesure litigieuse.

⁴⁴ Le Tribunal fédéral ne s'est en effet pas penché sur le problème de la proportionnalité, dans la mesure où il ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si le législateur pouvait atteindre le but par d'autres moyens que l'introduction du *numerus clausus*. Aucun droit constitutionnel n'étant en jeu, il s'est limité au contrôle de l'arbitraire.

L'examen de la proportionnalité est d'un intérêt particulier lorsque la mesure du *numerus clausus* n'est pas justifiée par des considérations relatives à la capacité des établissements d'instruction et à leur bon fonctionnement, mais principalement – comme dans le cas de Bâle-Campagne – par les besoins futurs du Canton dans le domaine de l'enseignement primaire (*Ausbildungslenkung*). La disposition attaquée n'ayant in concreto pas de base léale suffisante, le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer définitivement sur la question; il a toutefois montré que le problème existait. Cf. item MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, N. 109 ad art. 12.

⁴⁵ Cf. ATF 102 Ia 321. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a estimé que le principe de la proportionnalité avait été violé dans un cas où une université avait imposé un délai d'une année d'attente pour obtenir l'immatriculation à un bachelier qui avait été condamné pour un délit de droit pénal militaire (diffusion d'un journal de caserne contenant une incitation au refus de servir). Le Tribunal fédéral a jugé la mesure disproportionnée au vu des risques présentés par la personne du bachelier; il a en outre considéré que l'université gardait la possibilité d'expulser plus tard l'intéressé si son comportement devait le justifier. Cf. item la critique de cet arrêt par MÜLLER, RSJB 114, 1978, p. 69s.

l'économie libre, c'est-à-dire relevant de la liberté du commerce et de l'industrie, ou des domaines de l'économie où la constitution autorise ou prévoit l'intervention de l'Etat.

Dans le domaine de l'économie libre, le principe de la proportionnalité exige en premier lieu que les restrictions apportées à la liberté apparaissent comme nécessaires pour des motifs de police tels que l'ordre, la sécurité, la santé et la morale publics; des motifs de politique sociale peuvent également entrer en considération⁴⁶.

La restriction imposée par l'Etat est dite nécessaire lorsque l'intérêt en jeu l'emporte sur la liberté de l'activité économique. La pondération est toutefois malaisée, dès lors qu'elle implique une appréciation globale de tous les intérêts publics en jeu, ainsi qu'une adéquation des restrictions apportées à des intérêts publics parfois opposés.

Les mesures nécessaires à la sauvegarde de l'intérêt public prépondérant doivent être choisies de façon à restreindre le moins possible la liberté.

Enfin le principe de la proportionnalité exige que la mesure restrictive de la liberté du commerce et de l'industrie ne soit pas disproportionnée dans ses effets⁴⁷.

Dans les domaines de l'économie où la constitution limite la liberté du commerce et de l'industrie pour des raisons de politique économique, le principe de la proportionnalité doit aussi être respecté. Ce qui change essentiellement, c'est l'objet que le principe de la proportionnalité tend à protéger. Les mesures d'intervention et de planification économiques ne doivent pas seulement sauvegarder l'ordre public, elles doivent en outre réaliser un certain ordre économique. L'administré dont la sphère d'autonomie est restreinte par de telles mesures est cependant en

⁴⁶ Cf. ATF 102 Ia 543 consid.10e; 101 Ia 486 consid.5; JAAC 41, 1977, no 113; GRISEL, *Juridiction constitutionnelle*, p. 220; E. GRISEL, p. 110s.; GYGI, *Wirtschaftspolitik*, p. 76; IMBODEN/RHINOW, no 57 III d; JUNOD, p. 641; KLEIN, p. 233ss.; J.P. MÜLLER, p. 768ss.; SALADIN, p. 239; cf. item BIERI/MÜLLER, *Begründung und Ausrichtung kantonaler Wirtschaftspolitik*, WuR 29, 1977, p. 230ss.; H. HUBER, *Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung?*, Staat und Politik, Heft 11, Bern 1970, p. 19; A. KOLLER, *Zur rechtlichen Realisierung neuer wirtschaftspolitischer Ziele*, WuR 27, 1975, p. 183ss.

⁴⁷ Dans un Etat fédératif où non seulement la Confédération mais encore les cantons et même les communes sont habilités à édicter des règles en matière de police (économique), le principe de la proportionnalité joue un rôle considérable, notamment pour adoucir les effets de restrictions différant d'un canton à l'autre ou de commune à commune (cf. ATF 91 I 464; 87 I 451; 53 I 114; BVerwGE 39, p. 81; MARTI, p. 97; BADURA, dans: VON MÜNCH, p. 289.

droit d'exiger que ses libertés constitutionnelles lui soient laissées dans toute la mesure où les buts de la politique économique le permettent⁴⁸. A cet effet, il pourra se fonder aussi bien sur les libertés garanties expressément par la constitution que sur le principe de la proportionnalité⁴⁹.

Dans la casuistique qui suit, nous examinerons d'abord l'application du principe dans le cadre de l'activité professionnelle indépendante où la capacité personnelle est l'élément prépondérant (professions libérales, artisanat, services) et dont l'exercice est soumis à autorisation ou à concession. Nous aborderons ensuite l'activité économique organisée et nous terminerons par les secteurs de l'économie qui sont soumis à une réglementation spéciale.

2. *L'exercice d'une profession en général*

L'exercice d'une activité professionnelle à des fins lucratives bénéficie en principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Les cantons peuvent cependant, en vertu de l'art. 31 al. 2 Const. féd.⁵⁰, restreindre quelque peu cette liberté notamment par des mesures de police ou de politique sociale, justifiées par l'intérêt public. Ces mesures visant à sauvegarder l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité publics, à préserver d'un danger ou à écarter des risques, doivent se limiter au nécessaire.

Ainsi, en ce qui concerne les professions libérales, les cantons ne peuvent-ils exiger, en se fondant sur l'art. 33 Const. féd., que les connaissances et les capacités suffisantes pour garantir la protection du public; l'art. 33 Const. féd. ne saurait donc servir à limiter l'accès aux professions libérales, ni à élever le niveau d'une profession, quelque désirable que puisse paraître ce dernier but⁵¹.

⁴⁸ Cf. MARTI, p. 82; BADURA, dans: VON MÜNCH, p. 289; BVerfGE 40, p. 222; 37, p. 1; 33, p. 186; 30, p. 315; 27, p. 352; 21, p. 150.

⁴⁹ Cf. GYGI, *Wirtschaftsverfassung*, p. 370ss.

Il va de soi que le contrôle judiciaire du respect du principe de la proportionnalité dans le domaine de la politique économique est parfois problématique. Tout en admettant que le juge est à même de se prononcer – avec plus ou moins de retenue – sur la nécessité et sur l'aptitude d'une mesure (de police), on peut se demander s'il possède assez d'éléments pour juger si elle est adéquate au point de vue de la politique économique.

⁵⁰ Constitution fédérale de la Confédération suisse (Const. féd.; RS 101).

⁵¹ Cf. ATF 103 Ia 261 consid. 2 et les arrêts cités, notamment 101 Ia 476 consid. 2b; 93 I 519 consid. 4b; 87 I 271; 63 I 219; BVerwGE 39, p. 255; MARTI,

La jurisprudence reconnaît aux cantons le droit d'instaurer le régime de la patente ou du certificat de capacité pour certaines activités, dont il importe de réserver l'exercice aux personnes qui en sont capables, et même de poser des exigences supplémentaires. Ces restrictions à la liberté de l'activité économique doivent cependant être justifiées par des motifs de police.

C'est ainsi qu'il convient d'assurer la protection du public, lorsque l'activité en cause présente des dangers que seules en principe des capacités professionnelles suffisantes sont à même d'écarter⁵². Le principe de la proportionnalité joue ici un rôle tout particulier pour juger si un certificat de capacité est réellement nécessaire⁵³. Il permettra en outre de déterminer si individuelle-ment ou dans leur ensemble les exigences requises pour obtenir le certificat ou la patente sont aptes et nécessaires⁵⁴.

p. 80; HOTZ, p. 109ss.; GRABITZ, *Verhältnismäßigkeit*, p. 592ss. et la jurisprudence allemande citée, notamment au sujet de la distinction entre l'application du principe de la proportionnalité selon qu'il s'agit de l'accès à une profession ou des restrictions apportées à l'exercice de celle-ci; BACHOF, *Apothekenurteil*, p. 469s.

⁵² Cf. ATF 103 Ia 262; 100 Ia 175 consid. 3a; 99 Ia 373 consid. 2; AUBERT, no 1885; MARTI, p. 99ss.; pour le droit allemand BVerfGE 36, p. 59 et 69; 33, p. 244; 32, p. 34 et 318.

⁵³ Le Tribunal fédéral a admis que tel était le cas notamment des masseurs pour des massages non médicaux (ATF 43 I 33 consid. 3), des guides de montagne (ATF 53 I 118 consid. 3), des professeurs de ski (ATF 55 I 162 consid. 2), des colporteurs (ATF 55 I 76), des sages-femmes (ATF 59 I 183 consid. 1), des chiropraticiens (ATF 80 I 16 consid. 4), des agents immobiliers (ATF 65 I 76 consid. 2), des mécaniciens-dentistes (ATF 80 I 135 consid. 1), des chauffeurs de taxi (ATF 79 I 339 consid. 4b), des installateurs d'appareils électriques (ATF 88 I 67 consid. 5), des directeurs d'écoles de ski (ATF 100 Ia 176 consid. 4a), des esthéticiennes (ATF 103 Ia 261 consid. 2); il ne l'a, en revanche, pas admis pour les maîtres coiffeurs (ATF 70 I 146 consid. 2). Cf. item J. LARGIER, *Der Fähigkeitsausweis im Schweizerischen Wirtschaftsrecht*, thèse Zürich 1950.

⁵⁴ Cela signifie que les exigences doivent présenter un rapport nécessaire et approprié avec l'activité en cause (BayVerfGHE 22, 1969, no 1). Dans ce contexte, il est intéressant de constater que le Tribunal fédéral, dans son arrêt 103 Ia 259 a admis que même si elles se voient interdire, en Valais, toute activité médicale et paramédicale, les esthéticiennes sont obligées d'obtenir un certificat de capacité. Cette exigence est – selon l'avis du Tribunal fédéral – justifiée au regard du principe de la proportionnalité, par des motifs tirés de la protection de la santé publique (nécessité) et parce qu'elle est en soi appropriée; sans cela en effet l'Etat ne disposerait pas d'autres mesures de contrôle permettant de protéger le public contre les risques qui pourraient découler de l'ignorance ou de l'inexpérience d'une esthéticienne non instruite. On peut toutefois se demander si des mesures moins restrictives pour l'activité économique que l'exigence du certificat de capacité, ne pourraient se révéler tout aussi adéqua-

Lorsqu'une autorité décide de subordonner l'accès à une profession à des conditions de capacité qui n'existaient pas jusque-là ou qui étaient moins difficiles à remplir, cette autorité peut astreindre ceux qui exercent déjà cette profession, même depuis longue date, à passer un examen ou un nouvel examen destiné à prouver qu'ils répondent aux nouvelles exigences.

Le Tribunal fédéral a jugé ce procédé compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie et avec le principe de la proportionnalité; il a toutefois exigé que certaines conditions soient respectées⁵⁵: le principe de la proportionnalité demande que les situations acquises au moment où une loi ou des exigences légales aggravées entrent en vigueur soient prises en considération, tant en ce qui concerne le niveau même des exigences nouvelles que le délai pour s'y adapter⁵⁶.

Lorsqu'elle envisage la mesure extrême que représente la révocation de l'autorisation, l'autorité devra, pour se conformer au principe de la proportionnalité, mettre en balance et l'intérêt public à la révocation et la gravité des conséquences prévisibles pour l'intéressé. Elle devra examiner, en particulier, si la révocation peut être précédée par d'autres mesures moins graves⁵⁷.

tes, ainsi par exemple la mise sur pied d'un organe de surveillance, et cela d'autant plus que le régime valaisan en cause n'exige pas seulement le certificat de capacité des personnes qui exercent ce métier à titre indépendant, mais aussi d'une esthéticienne travaillant comme employée d'une autre esthéticienne.

Cf. item ATF 103 Ib 43 où le Tribunal fédéral admet que la preuve de connaissances techniques et commerciales suffisantes, en tant que condition de l'octroi du permis d'exercer le commerce des vins, peut aussi résulter d'autres pièces que le certificat délivré au terme d'un cours officiel (ici cours d'un mois dans une école d'œnologie).

Item ATF 103 Ia (13 décembre 1977 Caminada) où le Tribunal fédéral estime que la condition selon laquelle un candidat au cours de guides de montagne doit non seulement être apte au service militaire, mais encore y être astreint, n'a pas de justification objective, d'autant moins qu'on exige de toute façon du candidat une certaine aptitude physique, psychique et morale; l'exigence d'être astreint au service viole le principe de la proportionnalité parce qu'elle n'est ni nécessaire ni apte à réaliser l'objectif visé, à savoir réserver l'accès à la profession de guide de montagne à des personnes professionnellement capables.

Item ATF 93 I 513 où le Tribunal fédéral dit qu'en l'absence d'un motif de police valable, il ne se justifie pas de soumettre à un examen cantonal les porteurs du diplôme ETS, c.-à.-d. les personnes qui ont subi avec succès l'examen final d'une école technique supérieure reconnue par la Confédération.

⁵⁵ Cf. ATF 103 Ia 272; 96 I 138; 95 I 16 consid. 4 et 5; item BVerfGE 32, p. 22.

⁵⁶ Cf. ATF 103 Ia 275 consid. 6 (opticiens); 96 I 142 consid. 4 (chiropraticiens).

⁵⁷ Cf. FLEINER, p. 236ss.; item infra sous ch. VII.

3. Médecine – pharmacie

Deux fois le Tribunal fédéral a cassé, pour violation de la liberté du commerce et de l'industrie, des lois cantonales selon lesquelles seul un pharmacien patenté pouvait être propriétaire d'une pharmacie publique⁵⁸. Le motif est tiré du principe de la proportionnalité.

En effet, selon le Tribunal fédéral, on ne voit pas pourquoi la sécurité et la santé publiques seraient mieux sauvegardées si l'on exigeait que le pharmacien responsable soit propriétaire de son entreprise. L'exigence est dès lors superflue, même si elle présente quelques avantages; elle est en outre disproportionnée au regard de la grave limitation qu'elle apporte à la liberté du commerce⁵⁹.

De même, la prescription cantonale selon laquelle un *dépôt de médicaments* ne peut être approvisionné que par une pharmacie établie dans le canton viole le principe de la proportionnalité, et partant la liberté de l'activité économique. Des considérations d'ordre fiscal notamment ne sauraient justifier de telles restrictions: en cas de besoin, de simples mesures de contrôle permettraient d'atteindre le but visé, c'est-à-dire un approvisionnement satisfaisant⁶⁰.

L'interdiction pour les médecins (des villes de Zurich et de Winterthour) de délivrer eux-mêmes des médicaments à leur patient (*Selbstdispensation*) a été jugée contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, parce qu'elle viole le principe de la proportionnalité. Une mesure moins restrictive, consistant par exemple à soumettre cette activité à une autorisation, suffit à préserver la santé publique⁶¹.

L'interdiction d'exercer l'art de guérir prononcée dans le Canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, sans avertissement préalable, contre un guérisseur parce qu'il avait été condamné dans d'autres cantons, en particulier pour publicité illicite, a été déclarée contraire au principe de la proportionnalité: l'intéressé avait

⁵⁸ Cf. ATF 99 Ia 516 (Fribourg); 91 I 310 (Tessin) en rectification de l'ancienne jurisprudence (ATF 59 I 193 et jurisprudence citée).

⁵⁹ Dans le cas de la loi tessinoise (ATF 91 I 310) le principe de la proportionnalité était en outre violé par une disposition interdisant à un pharmacien d'être propriétaire de plusieurs pharmacies; le bien-fondé de l'exigence selon laquelle un pharmacien diplômé doit être responsable de l'exploitation d'une pharmacie n'a pas été mis en doute.

⁶⁰ Cf. ATF 91 I 457; item Horz, p. 119.

⁶¹ Cf. arrêt TA Zurich, ZBl 74, 1973, p. 504.

pratiqué auparavant dans le canton sans donner lieu à une intervention de l'autorité⁶².

Il n'est en revanche pas arbitraire de considérer qu'un pharmacien qui s'absente très souvent de sa pharmacie, sans se faire remplacer par un confrère diplômé, commet dans l'exercice de sa profession une négligence grave, justifiant le retrait de l'autorisation d'exploiter sa pharmacie⁶³.

4. *Avocats*

La profession de conseiller juridique est placée sous la protection de la liberté du commerce et de l'industrie. Il n'est cependant pas contraire à l'art. 31 Const. féd. de soumettre à des restrictions cette activité et d'en réserver certains domaines aux titulaires d'un brevet particulier, notamment pour protéger le public. Ces restrictions doivent respecter le principe de la proportionnalité⁶⁴. Ainsi a-t-il été jugé conforme à ce principe de réserver aux titulaires d'un brevet d'avocat non seulement la conduite du procès mais aussi la consultation juridique⁶⁵; en revanche, il est apparu contraire à ce principe de réserver exclusivement aux avocats la représentation professionnelle des créanciers dans la poursuite, un tel monopole allant au-delà du but visé⁶⁶.

Le monopole de l'avocat implique, en corollaire, des devoirs professionnels particuliers de caractère moral et déontologique (assistance judiciaire; interdiction de toute publicité, du *pactum de quota litis*; correspondance des honoraires au travail fourni et à la responsabilité engagée etc.). Les sanctions disciplinaires pro-

⁶² Cf. ATF 95 I 12 commenté par HUBER, RSJB 107, 1970, p. 423s.; item BVerwGE 25, p. 201; 23, p. 280; dans ce dernier cas, l'interdiction pour un dentiste d'exercer sa profession en raison d'une condamnation pour homosexualité a été jugée contraire au principe de la proportionnalité; malgré sa condamnation en effet, le dentiste n'avait pas perdu son honorabilité et il était resté digne de la confiance de ses patients.

⁶³ Cf. ATF 94 I 224. Le Tribunal fédéral n'a pas invoqué dans ce cas le principe de la proportionnalité; néanmoins il était en cause et il avait été appliqué par les autorités cantonales; celles-ci avaient en effet d'abord adressé une réprimande au pharmacien; elles l'avaient ensuite menacé du retrait de l'autorisation et avaient prononcé le retrait uniquement en dernier ressort.

⁶⁴ Cf. ATF 103 Ia 431 consid. 4 b; 100 Ia 166 consid. 3; 98 Ia 58 consid. 3; 95 I 334 consid. 4; 73 I 9 consid. 5; item BVerwGE 38, p. 113; *Verwaltungsrechtssprechung in Deutschland* 25, 1974, no 25.

⁶⁵ Cf. ATF 100 Ia 166 consid. 3.

⁶⁶ Cf. ATF 95 I 334 consid. 4.

noncées pour la violation de ces devoirs doivent être conformes au principe de la proportionnalité⁶⁷. Notamment la mesure la plus grave, le retrait du brevet, ne doit être appliquée qu'exceptionnellement, après mise en garde préalable et seulement si la faute reprochée est d'une gravité telle qu'elle dénote une mentalité incompatible avec la pratique du barreau⁶⁸.

5. *Chauffeurs de taxis*

D'après une jurisprudence déjà ancienne, la profession de chauffeur de taxis peut dans son ensemble faire l'objet d'une réglementation qui doit observer le principe de la proportionnalité⁶⁹. Pour garantir un contrôle effectif, l'exploitation d'une entreprise de taxis peut être subordonnée à une autorisation, indépendamment du point de savoir s'il en résultera un usage accru du domaine public⁷⁰; il est admissible de n'accorder l'autorisation d'exploiter qu'à des personnes physiques et de la refuser par principe aux personnes morales⁷¹.

Selon la première jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 31 Const. féd. ne conférait aucun droit à l'utilisation du domaine public à des fins commerciales⁷²; cette jurisprudence a toutefois été modifiée dans ce sens que l'administré, qui fait un usage accru du domaine pour y exercer son activité lucrative professionnelle, peut invoquer la liberté du commerce et de l'industrie dans la mesure où l'affectation du domaine public le permet⁷³.

Il est compatible avec le principe de la proportionnalité que la collectivité limite le nombre des taxis autorisés à stationner sur le domaine public en fonction des exigences de la circulation et des places disponibles; il est en outre admissible de faire une distinction entre les autorisations permettant à leurs titulaires d'utiliser des places de stationnement prévues à cet effet, et celles ne conférant pas un tel droit⁷⁴.

⁶⁷ Cf. ATF 102 Ia 29; 100 Ia 357; 98 Ia 56; item 103 Ia 426.

⁶⁸ Cf. ATF 100 Ia 360 consid. 3b. En cas de délit révélant une absence d'honorabilité personnelle incompatible avec l'exercice du barreau, le brevet peut être retiré même en l'absence de disposition légale expresse; cf. ATF du 5 octobre 1977 Sp. c. Tribunal cantonal de Neuchâtel; IMBODEN/RHINOW, no 56 IIa.

⁶⁹ Cf. ATF 92 I 102 consid. 2; 79 I 337 consid. 4.

⁷⁰ Cf. ATF 99 Ia 393.

⁷¹ Cf. ATF 99 Ia 384 consid. 2 et 3.

⁷² Cf. ATF 99 Ia 510; 97 I 655.

⁷³ Cf. ATF 101 Ia 479 consid. 5; 99 Ia 399.

⁷⁴ Cf. ATF 97 I 656.

On peut en revanche hésiter lorsque les modalités de l'autorisation servent par exemple à des fins fiscales ou à limiter le nombre des entreprises⁷⁵. Le Tribunal fédéral a cependant jugé admissible une disposition prescrivant au titulaire d'une entreprise de taxis d'avoir, si ce n'est son domicile d'affaires, au moins une succursale dans le canton; il a en outre retenu que l'autorisation d'utiliser des places de stationnement sur le domaine public peut être limitée aux entreprises de taxis capables d'assurer un service d'appel et de transport 24 heures sur 24 et durant toute l'année⁷⁶.

6. Prostitution

La prostituée bénéficie de la protection de l'art. 31 Const. féd. dans la mesure où son activité lucrative n'est pas punissable. Elle peut donc en principe user à cet effet du domaine public⁷⁷.

Le Tribunal fédéral a admis cependant qu'il est compatible avec le principe de la proportionnalité d'interdire aux prostituées de se tenir à certains endroits du domaine public – quartiers d'habitation, arrêts des transports publics, parcs et jardins publics ou à proximité des églises et des écoles – dans l'intention reconnaissable de se vouer à la prostitution; cette interdiction est justifiée par des motifs de police⁷⁸. En revanche il a jugé comme contraire au principe de la proportionnalité l'interdiction générale de «se livrer à la prostitution sur la voie publique» pendant la journée, sur tout le territoire, même restreint, d'un canton (Genève)⁷⁹.

7. Exploitation d'auberges

L'art. 31^{ter} Const. féd. permet aux cantons de subordonner, par voie législative, l'exploitation des cafés et des restaurants à la possession de connaissances professionnelles et de qualités personnelles particulières et de soumettre l'octroi de la patente à la

⁷⁵ Cf. ATF dans ZBl 75, 1974, p. 269ss.

⁷⁶ Cf. ATF 99 Ia 397 consid. 2 et 3; HUBER, RSJB 110, 1974, p. 440.

⁷⁷ Cf. ATF 101 Ia 480 consid. 5b.

⁷⁸ Cf. ATF 99 Ia 511 consid. 3b; item ATF dans ZBl 78, 1977, p. 346ss.

⁷⁹ Cf. ATF 101 Ia 481 consid. 6.

clause de besoin. Ces exigences doivent être appropriées. La révocation du certificat de capacité et de la patente doit respecter les exigences de la proportionnalité.

A ce point de vue, il a été jugé admissible de refuser la patente à une personne qui avait été condamnée dans le cours des huit ans précédant sa demande pour un délit dénotant une mentalité perverse et d'étendre le refus au conjoint⁸⁰, ainsi que de retirer la patente à un tenancier condamné pour un délit de mœurs⁸¹. La durée du refus ou du retrait de l'autorisation doit cependant être appropriée⁸² et le retrait précédé, en règle générale, d'un avertissement⁸³.

Le fait que la patente est retirée au tenancier preneur de bail qui ne satisfait plus aux conditions requises de bonne réputation, ne suffit pas à entraîner automatiquement la fermeture de l'auberge, car cela serait, faute de nécessité, contraire au principe de la proportionnalité. L'autorité doit en effet donner au bailleur la possibilité de trouver un nouveau preneur, à moins évidemment que n'existent d'autres raisons justifiant la fermeture de l'établissement⁸⁴.

L'obligation pour le tenancier d'avoir son domicile dans la commune où il exploite son établissement est jugée contraire au principe de la proportionnalité lorsqu'elle vise une personne qui, tout en habitant hors du territoire communal, ne se trouve en réalité pas plus éloignée de son commerce qu'elle ne pourrait l'être, le cas échéant, en choisissant un domicile à l'intérieur des limites politiques de la commune⁸⁵.

⁸⁰ Cf. arrêt du TA Zurich, Rechenschaftsbericht 1971, no 44, p. 58. La dernière conséquence, l'extension du refus au conjoint, paraît douteuse au regard de l'ATF 93 I 225 consid. 3.

⁸¹ Cf. arrêt du TA Zurich, Rechenschaftsbericht 1962, no 101, p. 85.

⁸² Cf. arrêt du TA Zurich, Rechenschaftsbericht 1973, no 66, p. 77; 1964, no 94, p. 125.

⁸³ Dans un arrêt significatif, le *Bundesverwaltungsgericht* allemand (BVerwGE 49, p. 168) a jugé contraire au principe de la proportionnalité le retrait de la patente pour l'exploitation d'une auberge prononcé contre une tenancière qui n'avait pas prêté attention au fait que des filles mineures séjournant dans son établissement entretenaient des relations sexuelles avec des hommes dans les chambres de l'hôtel. Il a jugé qu'une restriction moins grave – un avertissement – suffisait comme première mesure.

⁸⁴ Cf. ATF 94 I 654 consid. 5 et 6; cf. item ATF dans ZBl 71, 1970, p. 379ss. (s'agissant de la fermeture d'un nightclub pour la raison que le tenancier se refusait obstinément à présenter une demande de patente): le Tribunal fédéral a admis qu'il pouvait y avoir violation du principe de la proportionnalité, si l'autorité avait toléré pendant une durée prolongée l'exploitation du local et avait par-là laissé croire au tenancier qu'une patente n'était pas nécessaire.

⁸⁵ Cf. arrêt du TA Saint-Gall, ZBl 70, 1969, p. 192ss.

En ce qui concerne l'exigence d'une patente, on remarque qu'il a été jugé contraire au principe de la proportionnalité d'appliquer la clause de besoin à l'installation dans un restaurant d'un bar-restaurant (*Speisebar*), pour autant qu'il ne résulte pas de cet aménagement un accroissement de la consommation d'alcool⁸⁶; en revanche, le Tribunal administratif de Zurich a considéré qu'il était conforme au principe de la proportionnalité de soumettre à patente l'installation de distributeurs automatiques de boissons⁸⁷. Le Tribunal fédéral a même admis que la location de chambres par des particuliers à des touristes pouvait être soumise aux dispositions cantonales sur les auberges⁸⁸.

Le principe de la proportionnalité régit également les exigences relatives à la construction et à l'équipement des locaux. Ainsi le Tribunal administratif de Zurich a-t-il admis la proportionnalité de l'exigence d'une séparation entre les locaux de vente proprement dits (magasins) et les locaux du café-restaurant⁸⁹; en revanche, l'interdiction de vendre, pendant les heures d'ouverture des magasins de produits à l'emporter, tels que thé, café, chocolat etc., a été jugée disproportionnée⁹⁰.

Le principe de la proportionnalité n'exige pas que la fixation des heures de fermeture - considérée avant tout à la fois comme une mesure de police destinée à assurer le maintien de la tranquillité nocturne et comme une mesure sociale⁹¹ - soit adaptée aux besoins particuliers de chaque établissement: c'est la réglementation dans son ensemble qui doit être adaptée au but recherché⁹²; seul un cas exceptionnel peut justifier un traitement particulier au regard du principe de la proportionnalité⁹³.

Ainsi, pour prévenir, supprimer, voire atténuer les immissions dues à l'exploitation de l'établissement, l'autorité peut mettre des conditions à l'exploitation ou imposer au tenancier des charges appropriées. De ce point de vue, le Tribunal fédéral a jugé adéquat, dans un cas donné, d'exiger la fermeture anticipée d'un restaurant à 21.00 heures, mais il a considéré qu'il était dispro-

⁸⁶ Cf. arrêt du TA Zurich, ZBl 75, 1974, p. 227s.

⁸⁷ Cf. Rechenschaftsbericht 1963, no 77, p. 100ss.

⁸⁸ Cf. ATF Achermann du 3 mars 1976.

⁸⁹ Cf. Rechenschaftsbericht 1963, no 78, p. 102; item no 83, p. 111 concernant les exigences des dimensions minima et maxima d'un établissement public.

⁹⁰ Cf. arrêt du TA Zurich, ZBl 74, 1973, p. 117ss.

⁹¹ Cf. ATF 100 Ia 49 consid. 4; 94 I 600 consid. 2b; item infra ch. 9.

⁹² Cf. ATF 94 I 600 consid. 2b; IMBODEN/RHINOW, no 58 IVb.

⁹³ Cf. arrêt du TA Zurich, ZBl 75, 1974, p. 474ss.

portionné de l'obliger à fermer ses portes à 13.30 heures les samedi et dimanche⁹⁴.

8. *Appareils de jeu*

L'interdiction de jeux qui ne sont pas prohibés par le droit fédéral est compatible avec celui-ci si elle obéit par ailleurs à des motifs de police et si elle est proportionnée⁹⁵.

En introduisant une telle interdiction, le canton qui entend respecter le principe de la proportionnalité doit mettre en balance l'intérêt public qui demande l'application immédiate du nouveau droit et les inconvénients qui en résulteront pour les personnes touchées. Il doit encore décider, en fonction de ce critère, s'il y a lieu de prévoir une période transitoire et de quelle durée⁹⁶.

9. *Réglementation de l'ouverture et de la fermeture des commerces*

La jurisprudence reconnaît aujourd'hui aux cantons le droit d'imposer aux commerçants l'obligation de fermer les locaux de

⁹⁴ ATF dans ZBl 76, 1975, p. 162 ss.

Le *Bundesverwaltungsgericht* a jugé conforme au principe de la proportionnalité l'interdiction d'utiliser un bowling dans une maison d'habitation après 22.00 heures, dans la mesure où il en résultait un bruit excédant 30 Din-Phon (BVerwGE 31, p. 18). Le Tribunal administratif de Berne a admis la fermeture anticipée d'un dancing dont l'exploitation avait particulièrement dérangé le repos nocturne des voisins (cf. JAB 1977, p. 181); par contre, il a jugé excessive, parce qu'elle ne visait pas le perturbateur, la mesure obligeant le tenancier d'un dancing à engager un gardien de la Securitas (cf. ZBl 69, 1968, p. 311).

⁹⁵ Cf. ATF 101 Ia 338 consid. 4; 95 I 347; 90 I 322 consid. 2; 80 I 353. Dans l'arrêt 95 I 347, le Tribunal fédéral a reconnu qu'il était compatible avec l'art. 31 Const. féd. de fixer le nombre maximum des appareils de jeu installés dans un établissement public, notamment pour assurer au consommateur une certaine tranquillité. On peut se demander si une restriction moins grave, notamment l'exigence d'installer une séparation entre l'aire de jeu et l'espace réservé à la consommation, n'aurait pas suffi.

⁹⁶ Cf. ATF dans ZBl 79, 1978, p. 81 s.; 103 Ia 198; 101 Ib 327 et arrêt Lagerhaus Brunegg du 3 février 1978; item 97 I 761 en ce qui concerne la proportionnalité du délai d'adaptation dans un cas où une autorisation, accordée sur la base d'un arrêt du Tribunal fédéral, avait été retirée à la suite d'un changement ultérieur de la jurisprudence.

vente pendant un demi-jour ouvrable par semaine⁹⁷. Cette mesure conserve une raison d'être même si elle n'est plus destinée à la protection des travailleurs – suffisamment assurée aujourd'hui par la loi sur le travail – car elle protège les exploitants eux-mêmes, les membres de leurs familles et certains employés dirigeants. Elle facilite en outre le contrôle, par les pouvoirs publics, de l'observation de l'ordre de fermeture⁹⁸ et permet d'ailleurs de tenir compte des intérêts publics qui peuvent varier d'un secteur commercial à l'autre ainsi que d'une localité, voire d'une région, à l'autre⁹⁹. Elle doit cependant être conforme au principe de la proportionnalité et respecter l'égalité de traitement entre commerçants¹⁰⁰.

La réalisation de ces buts ne réclame pas nécessairement l'adoption d'une règle imposant une demi-journée de fermeture uniforme pour l'ensemble des magasins ou des commerces d'un même secteur commercial ou de la même localité¹⁰¹.

⁹⁷ Dans l'arrêt 91 I 98, le Tribunal fédéral avait encore admis qu'une règle ordonnant la fermeture d'un magasin pendant un jour ouvrable complet était « dans les circonstances actuelles » conforme au principe de la proportionnalité et ne violait pas l'art. 31 Const. féd. (l'arrêt a été critiqué par HUBER, RSJB 102, 1966, p. 427 s.). En revanche, dans l'arrêt 98 Ia 403 consid. 5 b, il a jugé qu'une telle réglementation n'était plus adéquate, notamment au vu des dispositions de la loi sur le travail.

⁹⁸ Cf. ATF 102 Ia 454 consid. 3; 101 Ia 486 consid. 5 et 7; 98 Ia 400 consid. 3 et 403 consid. 5 b; 97 I 507.

La justification pour des motifs de politique sociale a suscité la critique (cf. A. HAÉFLIGER, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kantonalen und kommunalen Ladenbestimmungen*, ZBl 76, 1975, p. 411; AUBERT, no 1897; HOTZ, p. 122 s. et 149 ss.) non seulement sous l'aspect de l'égalité de traitement des commerçants, mais aussi sous celui de la proportionnalité, parce qu'il est fort douteux que ces restrictions soient aptes à réaliser le but social visé.

⁹⁹ Cf. ATF 102 Ia 455 consid. 6; 101 Ia 487 consid. 8; 98 Ia 404 consid. 6; item 103 Ia 198.

¹⁰⁰ L'application des deux principes peut mener à certains conflits d'intérêts. Cf. GRISEL, *Droit administratif*, p. 184; AUBERT, no 1897; BVerfGE 14, p. 19.

¹⁰¹ Cf. ATF 102 Ia 455 consid. 6. Déjà en 1944, le Tribunal fédéral avait jugé qu'une décision obligeant les maîtres-coiffeurs d'une localité tessinoise à fermer leurs salons uniformément le lundi après-midi était contraire au principe de la proportionnalité et partant violait l'art. 31 Const. féd.

Cf. item ATF 96 I 364 où le Tribunal fédéral a considéré qu'un arrêté obligeant toutes les pharmacies d'une même localité, à l'exception des pharmacies de service, à fermer le samedi après-midi, en privant leurs exploitants de la faculté, jusqu'alors reconnue, de fermer le lundi matin, n'était pas justifié par des motifs de police suffisants et ne respectait dès lors pas le principe de la proportionnalité.

Les immissions qui résultent de l'exploitation d'un commerce conduisent parfois l'autorité à imposer des heures de fermeture ou à interdire l'exploitation certains jours ou certaines heures pour protéger la tranquillité publique. Avant de prononcer une telle mesure, l'autorité doit toutefois offrir à l'intéressé l'occasion de trouver lui-même un autre moyen d'éviter ou de réduire les immissions ou les risques d'immissions¹⁰².

10. Cinéma – films

Bien que la *projection de films* relève de l'activité économique au sens de l'art. 31 Const. féd., l'ouverture et l'exploitation d'un cinéma peuvent être soumises aux restrictions que nécessite l'intérêt général de la culture ou celui de l'Etat¹⁰³, ainsi que pour des motifs de police; ces restrictions doivent être aptes et nécessaires selon le principe de la proportionnalité.

A ce propos, le Tribunal a jugé qu'il n'était pas compatible avec le principe de la proportionnalité d'obliger le directeur d'une salle de cinéma à contrôler systématiquement l'âge de tous les spectateurs paraissant avoir moins de vingt ans, alors même que l'âge limite pour assister au spectacle était de 16 ans; la mesure allait en effet au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre le but de police visé¹⁰⁴.

La *censure préalable des films* qui, selon la jurisprudence, ne viole pas l'art. 31 Const. féd., apparaît dès lors comme une mesure de police respectant le principe de la proportionnalité¹⁰⁵.

L'*importation et la distribution de films* sont soumises à la législation fédérale fondée sur l'art. 27^{ter} Const. féd. La proportionnalité des mesures prises en application de la loi fédérale sur le cinéma ne se juge donc pas au regard de la liberté du commerce et de l'industrie, mais en fonction du rôle attribué au contingentement, c'est-à-dire en fonction de la sauvegarde des intérêts

¹⁰² Cf. BayVGHE 22, 1969, no 13. Dans cet arrêt, l'interdiction d'exploiter une installation de lavage de voitures les dimanches et jours fériés a été jugée inadmissible au regard du principe de la proportionnalité, aussi longtemps que l'exploitant n'avait pas eu la possibilité de démontrer que l'exploitation pouvait se faire sans déranger le repos du dimanche des voisins et sans offusquer les passants. Cf. item les arrêts cités sous note 94.

¹⁰³ Art. 27^{ter} al. 1 lit. b Const. féd.; art. 18 de la loi fédérale sur le cinéma du 28 septembre 1962 (RS 443.1); cf. ATF 100 Ib 375.

¹⁰⁴ Cf. ATF 96 I 203 consid. 5.

¹⁰⁵ Cf. ATF 93 I 305; AUBERT, no 1901.

généraux de la culture et de l'Etat¹⁰⁶. On ne saurait partant appliquer à l'octroi ou à la modification d'un contingent d'importation les règles tirées de la liberté du commerce et de l'industrie, comme dans le cadre d'un système de simple autorisation; le principe de la proportionnalité joue cependant un rôle important en cas de retrait ou de diminution du contingent d'importation¹⁰⁷.

Le Tribunal fédéral a jugé qu'il était admissible, au lieu de retirer le contingent d'une entreprise de films, de lui ordonner de diminuer la participation étrangère de son capital social sous menace de réduction de son contingent d'importation¹⁰⁸.

*11. Fabrication et commerce de produits pouvant présenter des dangers pour la santé*¹⁰⁹

La fabrication et la vente de médicaments est une activité lucrative protégée par la liberté du commerce et de l'industrie. Les cantons peuvent cependant la limiter pour des raisons de police afin de protéger l'ordre et la sécurité publics, ainsi que pour assurer et accroître le bien-être de la communauté¹¹⁰.

Dans ce domaine, le Tribunal fédéral a jugé que, si la vente en pharmacie de végamines ou d'agents thérapeutiques contenant ces produits est autorisée dans un canton, tout en étant soumise à ordonnance médicale, une interdiction générale de fabriquer de tels médicaments sur le territoire cantonal viole le principe de la proportionnalité et l'art. 31 Const. féd.; la santé publique est en effet suffisamment protégée si la fabrication dépend d'une autorisation, si un contrôle exact de la production, de l'entreposage et de l'expédition est prescrit au fabricant et si ce dernier n'a le droit de vendre qu'aux médecins et aux pharmaciens¹¹¹.

Dans un autre cas, le Tribunal fédéral a admis qu'il n'était pas contraire au principe de la proportionnalité d'interdire à d'autres commerces qu'aux pharmacies et drogueries la vente de comprimés ayant une teneur en vitamine C supérieure à 225 mg. Il a considéré que de telles doses supérieures pouvant présenter des

¹⁰⁶ Cf. ATF 99 Ib 455 consid. 3 et 4; 98 Ib 113 consid. 3; 96 I 172 consid. 2.

¹⁰⁷ Art. 15 lit. c de la loi fédérale sur le cinéma.

¹⁰⁸ Cf. ATF 98 Ib 119 consid. 7.

¹⁰⁹ Cf. item supra ch. II 3 *Médecine – Pharmacie*.

¹¹⁰ Cf. ATF 99 Ia 373; 97 I 504; 95 I 15 et 426; 93 I 219.

¹¹¹ Cf. ATF 93 I 219 consid. 6 et renvoi à 91 I 464; IMBODEN/RHINOW, no 58.

dangers pour la santé en cas de consommation excessive, il convenait de les soustraire à la vente libre et d'en réserver le commerce aux pharmaciens et droguistes qui sont à même, s'il le faut, de mettre en garde le consommateur; de plus, le seul fait d'être obligé de se procurer ces produits dans une pharmacie ou dans une droguerie diminue les risques d'abus. Enfin le résultat souhaité n'est pas suffisamment garanti par l'adjonction aux produits d'un prospectus contenant les indications et les mises en garde nécessaires¹¹².

Le Tribunal fédéral a estimé qu'il était conforme au principe de la proportionnalité d'exiger, en se fondant sur l'art. 7 de la loi fédérale du 21 mars 1969 sur le commerce des toxiques¹¹³, qu'à chaque endroit où il est fait commerce de toxiques se trouve présente une personne possédant une autorisation ou la personne dont les connaissances ont permis à l'entreprise de recevoir elle-même l'autorisation. La mesure apparaît adéquate parce que des biens juridiques particulièrement importants sont en jeu, tels que l'existence des hommes, des animaux et des plantes¹¹⁴.

L'interdiction, fondée sur la législation fédérale concernant la police des denrées alimentaires¹¹⁵, de mettre dans le commerce un produit composé pour 99,8% de saccharose et pour 0,2% de saccharine, a donné au Tribunal fédéral l'occasion d'apporter d'importantes précisions quant à la portée du principe de la proportionnalité¹¹⁶. Les dispositions de l'ordonnance sur les denrées alimentaires doivent être «aptes» en elles-mêmes à assurer le résultat cherché par la loi¹¹⁷, c'est-à-dire aptes à réduire, si ce n'est à exclure, un danger; il n'est cependant pas nécessaire qu'elles permettent d'atteindre ce but sûrement dans chaque cas¹¹⁸. C'est dans cette perspective qu'il convient de juger la proportionnalité d'une disposition et des mesures prises en application de celle-ci: il est essentiel au premier chef que la disposition elle-même respecte le principe de la proportionnalité; si tel est le cas, on ne peut plus se fonder sur ce principe pour exiger

¹¹² Cf. ATF 99 Ia 380. Dans un arrêt rendu quelques mois avant celui-ci, le Tribunal administratif de Zurich avait admis le contraire (cf. ZBl 74, 1973, p. 361).

¹¹³ RS 814.80.

¹¹⁴ Cf. ATF 103 Ib 230 consid. 6.

¹¹⁵ Loi fédérale du 8 décembre 1905 sur le commerce des denrées alimentaires et de divers objets usuels (RS 817.0); Ordonnance du 26 mai 1936 (RS 817.02).

¹¹⁶ Cf. ATF 103 Ib 232.

¹¹⁷ Cf. ATF 103 Ib 237 et renvoi à 99 Ib 380, 389 consid. 3; 98 IV 135.

¹¹⁸ Cf. ATF 103 Ib 237 et renvoi à 100 Ib 98 et à JOST, p. 81; IMBODEN/RHINOW, no 58 IV.

une autre solution qui paraîtrait plus appropriée au cas d'espèce¹¹⁹.

12. Monopole de l'alcool

Relevant d'un monopole de la Confédération en vertu de l'art. 32^{bis} Const. féd., les concessions pour la distillation professionnelle sont accordées dans la mesure où les nécessités économiques du pays le justifient¹²⁰.

Sous l'angle du principe de la proportionnalité, le Tribunal fédéral a jugé admissible de ne pas renouveler une concession lorsqu'on peut raisonnablement demander au titulaire de s'adresser dorénavant à un distillateur à façon¹²¹; en revanche, il a considéré comme une mesure de chicane, non justifiée par le but visé à l'art. 32^{bis} Const. féd., l'interdiction faite au titulaire d'une autorisation d'expédition délivrée par la Confédération, de charger une succursale établie dans un autre canton d'adresser et d'encaisser les factures relatives aux boissons distillées qu'il livre hors du canton où est inscrite son entreprise¹²².

13. Liquidations et opérations analogues

Examinant la constitutionnalité et la légalité de l'art. 9 de l'ordonnance du 16 avril 1947 sur les liquidations et opérations analogues¹²³, le Tribunal fédéral a jugé que la limitation des ventes spéciales à deux périodes de l'année reste dans le cadre de la délégation de l'art. 17 de la loi fédérale du 30 septembre 1943 sur la concurrence déloyale¹²⁴; le principe de la proportionnalité n'est pas violé même si la réglementation présente des inconvénients pour différents secteurs du commerce. En effet, le choix de la réglementation la plus appropriée appartient au Conseil fédéral, le contrôle du juge se limitant à déterminer si la réglementa-

¹¹⁹ Cf. ATF 103 Ib 238 consid. 7.

¹²⁰ Art. 5 de la loi fédérale du 21 juin 1932 sur l'alcool (RS 680).

¹²¹ Cf. ATF 94 I 501.

¹²² Cf. ATF 98 Ib 153 consid. 4. Si le Tribunal fédéral ne parle pas expressément de la proportionnalité dans cet arrêt, il apparaît néanmoins qu'il en a appliqué les principes.

¹²³ RS 241.1.

¹²⁴ RS 241.

tion adoptée sort du cadre de la délégation ou viole l'art. 4 de la Constitution¹²⁵.

S'agissant des *prix barrés*, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 31 Const. féd. était violé par une disposition de police cantonale interdisant le recours à ce procédé en dehors des ventes de fin de saison; cette interdiction est notamment contraire au principe de la proportionnalité, car si les prix barrés indiqués dans un catalogue correspondent aux prix du précédent catalogue, ils ne sauraient être assimilés à un procédé déloyal ou propre à tromper le public. L'interdiction de ce procédé va enfin au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver la clientèle de tout risque d'erreur¹²⁶.

14. *Contingentements agricoles*

Vu sous l'angle de la proportionnalité, le contingentement apparaît en principe, dans le domaine de l'agriculture, comme un moyen adéquat de réaliser les objectifs de politique économique visés par la Constitution elle-même. Néanmoins le contingentement, de même que les mesures destinées à le mettre en application, doivent être choisis de telle façon que la liberté du commerce et de l'industrie ne soit pas restreinte au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les buts spéciaux que le législateur s'est fixés; il faut également que ces mesures respectent le principe de l'égalité de traitement¹²⁷.

Les conditions auxquelles est subordonnée l'attribution d'un contingent ainsi que les charges qui y sont liées ne doivent pas

¹²⁵ Cf. ATF 101 Ib 143. On peut se demander si le contrôle du Tribunal fédéral sous l'angle de la proportionnalité n'aurait pas pu aller au-delà de la constatation de l'absence d'arbitraire. Le principe de la proportionnalité impose en effet le choix de la réglementation la plus appropriée. Néanmoins, la retenue du Tribunal fédéral apparaît judicieuse, car l'examen se limite à ce que le juge peut raisonnablement contrôler (cf. 99 Ib 169); cf. item 96 I 422 consid. 7, concernant le contrôle de la proportionnalité du retrait d'une autorisation de procéder à une vente au rabais; celui-ci n'est admissible que s'il tend à protéger la bonne foi dans les affaires; en l'espèce, le retrait a été jugé disproportionné.

¹²⁶ Cf. ATF 96 I 703 consid. 3 c. L'arrêt est dépassé en ce sens que la Confédération a légiféré entre-temps elle-même sur l'indication des prix. Cf. l'arrêt fédéral du 19 décembre 1975 sur la surveillance des prix (RS 942) et l'ordonnance du 31 mars 1976 sur l'indication des prix de détail (RS 942.211.3).

¹²⁷ Cf. ATF 100 Ib 321 consid. 3 b; 99 Ib 169; 98 Ib 445; 97 I 299 consid. 2 b et renvoi à 96 I 384; BVerwGE 42, p. 169; 18, p. 113.

dépasser ce qu'on peut raisonnablement exiger du bénéficiaire¹²⁸.

Lorsqu'il s'agit de fixer une sanction, telle que le retrait temporaire ou la diminution du contingent, les autorités administratives disposent d'un large pouvoir d'appréciation, mais leur décision doit être d'une part adaptée à la gravité des effets de la mesure pour l'intéressé et d'autre part propre à inciter ce dernier à respecter dorénavant les prescriptions liées aux droits que lui confère le contingent¹²⁹.

15. Monopoles des cantons

Les monopoles cantonaux et communaux institués conformément à l'art. 31 al. 2 Const. féd. ne sont pas seulement licites au regard du principe de la proportionnalité lorsqu'ils sont nécessaires pour des raisons de police, mais également lorsqu'ils sont motivés par le souci d'assurer le bien commun des administrés¹³⁰. Le principe de la proportionnalité exige cependant que ces monopoles constituent un moyen approprié d'atteindre le but visé tout en ménageant le plus possible la liberté économique¹³¹.

Le Tribunal fédéral a ainsi admis l'institution d'un monopole en faveur d'une caisse publique d'assurance, dans le domaine de l'assurance scolaire obligatoire contre les accidents¹³²; de même en faveur d'un centre collecteur de carcasses de véhicules à moteur¹³³.

¹²⁸ Cf. ATF 99 Ib 183; 97 I 293.

¹²⁹ Cf. ATF 103 Ib 133 consid. 5 c.

¹³⁰ Cf. ATF 100 Ia 451.

¹³¹ Cf. ATF du 2 juin 1976 confirmant un arrêt du TA Zurich du 28 août 1975, les deux dans ZBl 78, 1977, p. 30 et 36 ss. et renvoi notamment à ATF 101 Ia 128 consid. 8b; 100 Ia 449; 96 I 207 s. et 91 I 186; W. FIEDLER, Berufsfreiheit als Schranke der Verwaltungsmonopole, DöV 1977, p. 390 ss.

¹³² cf. ATF Ia 127 consid. 8. Le Tribunal fédéral dans le contrôle de la proportionnalité a vérifié – avec retenue – la mise en balance par le législateur des intérêts de l'Etat à la réalisation et à l'exécution de cette assurance, de ceux des assurés ainsi que de ceux des autres assureurs. Il a jugé qu'il ne pourrait intervenir que si l'institution du monopole apparaissait comme un moyen disproportionné pour atteindre le but d'intérêt public que le législateur s'était fixé (ATF 96 I 207 s.). Le fait que la solution adoptée par le législateur n'est pas la seule possible pour atteindre le but ne suffit pas à lui faire reconnaître un caractère disproportionné.

¹³³ Cf. ATF dans ZBl 78, 1977, p. 36 ss. où le Tribunal fédéral a poussé plus loin le contrôle exercé sous l'angle de la proportionnalité. En effet, il juge non seulement de l'absence de disproportion, mais il constate que le monopole est

Il a également jugé admissible un monopole communal de l'affichage sur le domaine public et privé, considérant qu'entre les deux systèmes opposés, du monopole et de l'autorisation préalable, le premier permet d'atteindre de façon plus sûre, plus efficace et à moindres frais pour la collectivité, les objectifs d'intérêt général poursuivis¹³⁴.

L'étatisation complète de l'activité du ramonage a été jugée constitutionnelle parce qu'elle n'apparaissait pas comme un moyen «disproportionné» pour atteindre le but d'intérêt public fixé par le législateur (fribourgeois), c'est-à-dire la protection du public contre les incendies résultant du défaut d'entretien des installations¹³⁵.

En revanche, le Tribunal fédéral – sans mentionner expressément le principe de la proportionnalité, mais en se référant à l'idée de disproportion – a considéré que le monopole conféré à un service industriel communal pour procéder aux installations électriques intérieures est inadmissible, qu'il soit accordé pour des motifs fiscaux ou pour assurer la sécurité: cette dernière est en effet suffisamment garantie par les prescriptions fédérales¹³⁶. Un tel monopole peut cependant se justifier pour d'autres motifs, notamment pour permettre une intervention rapide et efficace en cas de dérangement dans l'exploitation du réseau communal; toutefois ce but pourrait aussi être atteint en imposant aux installateurs privés des conditions et des charges appropriées¹³⁷.

Dans le domaine des installations intérieures, sanitaires ou électriques, l'autorisation (sous régime libre) ou la concession (sous régime de monopole) peuvent être assorties de conditions et de charges pour autant qu'elles respectent le principe de la proportionnalité¹³⁸.

le moyen le plus approprié; toute mesure moindre aurait mis en question la réalisation du but visé.

¹³⁴ Cf. ATF 100 Ia 451 consid. 5 c (l'arrêt a fait l'objet de critique par H. HUBER, RSJB 113, 1977, p. 36ss.). La nécessité de monopoliser cette activité économique privée ne paraît nullement nécessaire pour accroître le bien-être des administrés, ni réellement indispensable pour assurer la sécurité du trafic et la protection des sites urbains et du paysage.

¹³⁵ Cf. ATF 96 I 208. Il est intéressant de constater que le Tribunal fédéral dans cet arrêt limite son contrôle à la «disproportion de la mesure» bien que la constitutionnalité de celle-ci ait été mise en doute. AUBERT, no 1553, estime quant à lui que la profession de ramoneur devrait être libre, sans qu'un certificat de capacité soit nécessaire pour l'exercer.

¹³⁶ Cf. art. 120^{ter} de l'ordonnance du 7 juillet 1933 sur l'établissement, l'exploitation et l'entretien des installations électriques à fort courant (RS 734.2).

¹³⁷ Cf. ATF 95 I 149 consid. 3ss. et 155.

¹³⁸ Cf. ATF 94 I 18 où le refus d'accorder l'autorisation à une entreprise sanitaire

Dans ce contexte, il n'a pas été décidé s'il était admissible d'exiger que les artisans bénéficiaires d'une autorisation ou d'une concession dans le domaine des installations sanitaires soient titulaires de la maîtrise fédérale¹³⁹.

16. Banques – fonds de placement – assurances privées

L'activité des banques, des fonds de placement et des assurances privées est soumise au contrôle de la Confédération pour garantir la protection des créanciers, des porteurs de parts et des assurés. A cet effet, les lois respectives¹⁴⁰ prévoient différentes mesures,

disposant d'un équipement adéquat a été jugé contraire à l'art. 31 Const. féd.; 93 I 406 où le refus de l'autorisation justifiée par la distance séparant le domicile professionnel et le lieu où se trouvent les installations à desservir (26 km) a été jugé admissible.

¹³⁹ L'exigence de la maîtrise varie selon les régions et les communes. Malgré différents recours, le Tribunal fédéral n'a jamais été amené à se prononcer définitivement sur la question. Le Tribunal administratif de Saint-Gall avait déclaré inconstitutionnelle l'exigence de la maîtrise fédérale dans le domaine des installations sanitaires, qui était contenue dans un règlement communal. Saisi par la commune qui se prévalait de son autonomie, le Tribunal fédéral n'a pas jugé arbitraire la décision du tribunal administratif cantonal, mais il ne s'est pas prononcé sur le fond (cf. ATF 96 I 377). Dans l'arrêt Gerlach du 4 juin 1975, le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer définitivement, car la commune de Frauenfeld admettait dans le règlement attaqué, sous certaines conditions, d'accorder l'autorisation à des installateurs non titulaires de la maîtrise. Dans l'arrêt Jacquemin du 13 décembre 1977, le Tribunal fédéral a admis qu'il était compatible au vu de l'art. 31 Const. féd. d'exiger nettement plus qu'un certificat de capacité et qu'une longue expérience dans la profession n'était pas en soi une preuve suffisante de la possession des connaissances accrues nécessaires; en revanche, la question de savoir si une telle preuve ne pouvait être établie qu'au moyen d'un certificat de maîtrise, pouvait rester indécise dans le cas concret puisque la réglementation attaquée prévoyait elle-même des exceptions à cette exigence. Du point de vue de la proportionnalité, l'arrêt est intéressant notamment par le fait que le Tribunal fédéral a admis qu'une autorité n'était pas tenue de créer des catégories d'autorisations (une par exemple pour permettre de procéder à des installations simples comportant peu de risques et une autre s'étendant à toutes les installations) et qu'elle pouvait se limiter à une seule autorisation pour toutes les catégories de travaux en exigeant les connaissances permettant d'assumer les tâches les plus difficiles. Cette manière de voir est certainement justifiée par des raisons pratiques touchant notamment au contrôle; néanmoins on peut se demander si une telle rigueur est vraiment nécessaire.

¹⁴⁰ Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0); loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur les fonds de placement (RS 951.3); loi fédérale du 25 juin 1885 concernant la surveillance des entreprises privées en matière d'assurance (RS 961.01).

notamment l'assujettissement de chacune de ces activités à une autorisation. Sous l'aspect de la proportionnalité, la question délicate est de savoir quelles sont les mesures concrètes, aptes et nécessaires dans les cas où la loi laisse à l'appréciation des autorités de contrôle le choix des mesures destinées à assurer le respect de la loi et à sanctionner les irrégularités¹⁴¹. Il n'y a en revanche pas de problème lorsque le législateur fédéral prescrit à l'autorité de surveillance une mesure définie.

Ainsi, en vertu de l'art. 44 al. 1 de la loi fédérale sur les fonds de placement, l'autorité de surveillance doit, dans certains cas, retirer à la direction du fonds l'autorisation d'exercer son activité; il s'agit là pour l'autorité de surveillance d'une obligation et non d'une faculté¹⁴². La question de la proportionnalité est donc résolue par le législateur fédéral lui-même; aussi le Tribunal fédéral ne pourra-t-il en revoir le bien-fondé.

Dans d'autres hypothèses, où le législateur offre au choix de l'autorité de surveillance tout un éventail de mesures, ou lorsqu'il la charge simplement de prendre «les mesures nécessaires»¹⁴³, ce sont les intérêts des créanciers, des porteurs de parts ou des assurés qui dictent la mesure à prendre et permettent de décider si le retrait de l'autorisation peut ou doit être précédé par des mesures moins graves, telles que l'avertissement ou la menace du retrait.

Le Tribunal fédéral notamment a admis que si les infractions commises par la direction d'un fonds de placement sont assez graves pour que celle-ci ne paraisse plus digne de confiance et qu'il en résulte des risques pour les porteurs de parts, le retrait immédiat se justifie. L'autorité de surveillance ne peut alors y renoncer que si la direction prend les mesures propres à rétablir pleinement la confiance¹⁴⁴.

17. Dépôt légal

Le dépôt légal des imprimés imposé par un canton n'est ni contraire à la garantie de la propriété – s'agissant d'une charge minime pour les imprimeurs et pour les éditeurs – ni à la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, une telle obligation n'est pas

¹⁴¹ Cf. ATF 99 Ib 512; 96 I 474; 94 I 480 et 616.

¹⁴² Cf. ATF 99 Ib 513 consid. 3; 96 I 480.

¹⁴³ Comme le fait l'art. 43 al. 1 de la loi fédérale sur les fonds de placement.

¹⁴⁴ Cf. ATF 99 Ib 513 consid. 3.

disproportionnée au regard de l'intérêt public que représente la conservation du patrimoine culturel cantonal¹⁴⁵.

III. Transports et communications

Dans le domaine des transports et des communications, le principe de la proportionnalité est appliqué largement par la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Conseil fédéral. Il s'agit là notamment d'apprécier la nécessité des mesures et leur aptitude, en fonction du but visé ainsi que des intérêts publics et privés en jeu.

1. Circulation routière

a) Restrictions à la circulation

Dans l'exercice de la souveraineté du canton sur les routes, l'autorité cantonale jouit d'un large pouvoir d'appréciation. Les restrictions qu'elle apporte à la circulation routière pour assurer la sécurité, pour faciliter ou pour régler la circulation, pour protéger la structure même de la route ou pour satisfaire aux exigences imposées par les conditions locales¹⁴⁶, sont appréciées en dernière instance par le Conseil fédéral¹⁴⁷. Celui-ci les examine à la lumière du principe de la proportionnalité. La loi exige d'ailleurs expressément que la mesure soit nécessaire¹⁴⁸. Le Conseil fédéral, qui dans ce cas ne revoit pas l'opportunité de la décision attaquée, n'examine donc pas si la restriction attaquée constitue la seule mesure possible pour l'autorité cantonale; il vérifie seulement qu'elle est nécessaire et appropriée aux circonstances¹⁴⁹.

Ainsi, il a considéré comme adéquate une interdiction de trafic pour les poids lourds dans une localité (site avec des bâtiments datant du moyen-âge), pour éviter que les monuments ne soient ébranlés trop fortement et ne subissent des dommages; on ne

¹⁴⁵ Cf. ATF 93 I 715.

¹⁴⁶ Art. 3 al. 4 de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR; RS 741.01). Les restrictions doivent se fonder sur cette norme et non pas sur la clause générale de police; cf. ATF 94 I 142.

¹⁴⁷ La voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral étant exclue par l'art. 100 lit. 1 ch. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (OJ; RS 173.110), la décision cantonale de dernière instance doit être portée par la voie du recours administratif devant le Conseil fédéral.

¹⁴⁸ Cf. ACF dans ZBI 72, 1971, p. 397; 74, 1973, p. 175.

¹⁴⁹ Cf. ACF dans JAAC 39, 1975, nos 30 et 32.

pouvait en effet envisager la disparition des anciens bâtiments et il existait par ailleurs une voie de détournement pour le trafic lourd¹⁵⁰.

En revanche, le Conseil fédéral a refusé de reconnaître la nécessité de restrictions que le Canton du Valais avait apportées à la circulation sur la route Randa–Zermatt: celles-ci n'étaient justifiées ni par des motifs de sécurité du trafic, ni imposées par les conditions locales¹⁵¹.

Il a cependant admis une interdiction de stationner des deux côtés de la rue à l'intérieur d'une localité, en raison des circonstances locales, car d'une part l'interdiction limitée à un seul côté de la route était insuffisante et d'autre part la création d'un sens unique n'était pas adéquate¹⁵².

Il a en outre estimé conforme au principe de la proportionnalité, en raison de l'accroissement du trafic, l'interdiction de stationner de façon prolongée sur la voie publique et de faire de celle-ci un usage commun accru¹⁵³.

Il a revu sous l'aspect de la proportionnalité le refus opposé par une autorité cantonale aux habitants des maisons bordant une rue, qui demandaient que l'on y place une interdiction de parker; il a mis dans ce cas en balance les intérêts de la circulation et ceux des particuliers à ce que les causes de bruits soient réduites au minimum¹⁵⁴.

Le Tribunal fédéral a confirmé le refus d'accorder une dérogation à une interdiction pour les camions lourds servant au transport de marchandises de circuler le dimanche¹⁵⁵; on peut en effet attendre du requérant qu'il utilise plusieurs véhicules légers en lieu et place d'un seul camion lourd¹⁵⁶. Dans une telle hypothèse, la proportionnalité du refus d'accorder la dérogation dépend du point de savoir si raisonnablement on peut attendre de celui qui est touché par l'interdiction qu'il en supporte les conséquences; en outre, il est nécessaire de mettre en balance les intérêts des tiers touchés par la dérogation, in casu ceux du public à ne pas être incommodé le dimanche par le trafic lourd.

¹⁵⁰ Cf. ACF dans JAAC 39, 1975, no 30; item no 32 ayant trait à l'interdiction de la circulation des poids lourds sur une section de route cantonale non ouverte au trafic de transit.

¹⁵¹ Cf. ACF dans ZBI 72, 1971, p. 394.

¹⁵² Cf. ACF dans JAAC 39, 1975, no 28.

¹⁵³ Cf. ACF dans JAAC 39, 1975, no 29.

¹⁵⁴ Cf. ACF dans ZBI 74, 1973, p. 174ss.

¹⁵⁵ Selon l'art. 2 al. 2 LCR et les art. 91 ss. de l'ordonnance du 13 novembre 1962 sur les règles de la circulation routière (RS 741.11).

¹⁵⁶ Cf. ATF 101 Ib 265.

b) Réclames et annonces sur et aux abords de routes

Les réclames et autres annonces qui pourraient créer une confusion avec les signaux et les marques ou compromettre d'une autre manière la sécurité de la circulation sont interdites sur les routes ouvertes à la circulation ainsi qu'à leurs abords¹⁵⁷. Une interdiction apparaît conforme au principe de la proportionnalité si elle est nécessaire pour des raisons de sécurité du trafic.

Le Tribunal fédéral a, de ce fait, considéré comme une mesure appropriée la prescription imposant que la publicité lumineuse placée sur l'aire de stationnement d'une autoroute ne soit visible que du côté de la voie d'accès¹⁵⁸. De même, il a considéré comme une restriction objectivement adéquate l'art. 80 al. 5 de l'ordonnance du 31 mai 1963 sur la signalisation routière¹⁵⁹, selon lequel les entreprises qui n'ont aucun rapport direct avec la circulation routière, ou avec le tourisme local, ne peuvent faire usage de réclames ou d'annonces, destinées aux conducteurs, qui soient lisibles à plus de 200 m; il ne s'est pas préoccupé de savoir si la solution choisie par le Conseil fédéral était la plus adéquate¹⁶⁰.

c) Autres mesures pratiques prises en faveur de la sécurité de la circulation

Les mesures prévues dans la législation cantonale sur les constructions ou sur les routes pour assurer la sécurité du trafic sont conformes au principe de la proportionnalité si elles s'avèrent aptes et nécessaires pour atteindre ce but. Cela vaut par exemple pour l'obligation d'enlever en bordure de routes les haies ou les arbres qui mettent en danger la circulation¹⁶¹, ainsi que pour les limitations imposées en ce qui concerne les voies d'accès sur les routes¹⁶².

d) Retrait de permis et autres mesures administratives

Des mesures administratives à caractère préventif et éducatif sont prises à l'encontre des conducteurs pour des motifs de sécurité du trafic¹⁶³. Dans les cas où la loi ne fixe pas elle-même d'une façon précise les mesures qui s'imposent dans une certaine situa-

¹⁵⁷ Art. 6 LCR.

¹⁵⁸ Cf. ATF 98 Ib 340 consid. 3.

¹⁵⁹ RS 741.21.

¹⁶⁰ Cf. ATF 99 Ib 379 consid. 2.

¹⁶¹ Cf. arrêt du TA Berne, ZBl 71, 1970, p. 387.

¹⁶² Cf. ATF 101 Ia 188.

¹⁶³ Cf. ATF 104 Ib (3 février 1978 Jegge) consid. 3; 102 Ib 60; 101 Ib 273; 96 I 772.

tion de fait et de droit, il est laissé à l'appréciation de l'autorité compétente de décider comment il convient d'agir en respectant le principe de la proportionnalité¹⁶⁴. Les règles de la législation sur la circulation routière applicables dans ce cas¹⁶⁵ énoncent les principes à observer à cet effet¹⁶⁶; il doit notamment exister un rapport raisonnable et adéquat entre les éléments suivants: gravité de la faute et du danger provoqué, antécédents et pronostic quant au comportement futur du conducteur, conséquences de la mesure pour celui-ci¹⁶⁷.

Le Tribunal fédéral revoit la proportionnalité des mesures administratives en ces matières sous l'angle de l'excès ou de l'abus du pouvoir d'appréciation¹⁶⁸.

2. Chemins de fer

Statuant sur une restriction de circuler sur un passage à niveau privé – mesure prise pour assurer la sécurité de l'exploitation ferroviaire – l'Office fédéral des transports a décidé, sur la base du principe de la proportionnalité, de limiter l'interdiction aux seuls automobilistes voulant se rendre à la place de camping adjacente, le danger étant couru avant tout par les touristes, non familiers de la localité¹⁶⁹.

3. Téléphériques

Le Conseil fédéral a estimé qu'il était contraire au principe de la proportionnalité de refuser l'autorisation fédérale pour un skilift (sans concession fédérale)¹⁷⁰, qui correspondait à un besoin et à

¹⁶⁴ Cf. infra note 167.

¹⁶⁵ Art. 14ss. LCR et art. 30ss. de l'ordonnance du 27 octobre 1976 réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière (OAC; RS 741.51).

¹⁶⁶ Cf. ATF 102 Ib 191.

¹⁶⁷ Art. 33 OAC. La proportionnalité joue aussi un rôle lorsqu'il est laissé à l'appréciation de l'autorité administrative de compléter le retrait du permis de conduire pour cyclomoteurs ou l'interdiction de circuler correspondante par le retrait de tous les permis de conduire pour véhicules automobiles selon l'art. 37 al. 1 OAC; le Tribunal fédéral a jugé que cette disposition était légale et appropriée en soi (cf. ATF 104 Ib – 3 février 1978 Wegebauer).

¹⁶⁸ Cf. ATF 102 Ib 59.

¹⁶⁹ Cf. JAAC 34, 1968–1969, no 84.

¹⁷⁰ Art. 9 de l'ordonnance du 22 mars 1972 sur les téléphériques servant au

la conception du développement régional, pour le seul motif qu'il existait déjà dans la même région un téléphérique dont le rendement était mauvais. En effet, la nouvelle installation ne devait pas entrer en concurrence avec la plus ancienne¹⁷¹. Dans ce cas, le principe de la proportionnalité ne conduit pas seulement à mettre en balance les intérêts publics et privés contradictoires, mais aussi à comparer des intérêts publics divergents¹⁷².

4. *Navigation*

Le Tribunal fédéral a admis sous l'angle du contrôle restreint de l'arbitraire l'interdiction, contenue dans l'ordonnance cantonale relative à la navigation sur le lac de Sempach, de faire naviguer et stationner sur le lac des bateaux à cabine de plus de 5,5 m de long ou des bateaux aménagés pour y séjourner et dormir¹⁷³. S'il avait disposé d'un libre pouvoir d'examen, le Tribunal fédéral aurait pu contrôler si cette interdiction, en soi raisonnable et motivée par des raisons de lutte contre le bruit, ainsi que de sauvegarde du lac et de la nature, était une mesure appropriée au regard du principe de la proportionnalité¹⁷⁴.

5. *Aviation*

Au vu des intérêts qui s'affrontent, le Conseil fédéral a considéré comme appropriée la modification apportée aux concessions relatives à l'exploitation des aéroports de Zurich et de Genève, pour restreindre les vols de nuit et limiter du même coup le bruit provoqué par les avions. Il a mis en balance d'une part l'aspiration des riverains à la tranquillité, et d'autre part le besoin de maintenir un réseau aérien suffisant¹⁷⁵.

transport des personnes sans concession fédérale et sur les téléskis (RS 743.21).

¹⁷¹ Cf. ACF dans JAAC 41, 1977, no 113.

¹⁷² Cf. item G. MÜLLER, *Interessenabwägung im Verwaltungsrecht*, ZBl 73, 1972, p. 341.

¹⁷³ Cf. ATF 100 Ia 41.

¹⁷⁴ Cf. item BayVerfGHE 19, 1966, no 8, concernant l'interdiction de naviguer pour des bateaux sans moteurs pendant les heures de service de la navigation officielle.

¹⁷⁵ Cf. ACF dans JAAC 39, 1975, no 35.

IV. Contributions publiques

Les contributions publiques servent à couvrir les besoins financiers de la collectivité publique. La proportionnalité fait partie des critères destinés à réaliser l'équité des contributions, que ce soit dans l'appréciation portée sur le contenu même de la loi fiscale ou sur la manière dont elle est appliquée *in concreto*¹⁷⁶.

1. Impôts

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'impôt est une contribution versée par un particulier à une collectivité publique pour participer aux dépenses résultant des tâches générales dévolues à la collectivité en vue de la réalisation du bien commun¹⁷⁷.

Du précepte constitutionnel de l'égalité des citoyens découle, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, non seulement le principe de la généralité de l'imposition mais également celui de sa proportionnalité. Cette dernière exige que la charge fiscale soit déterminée en fonction de la situation personnelle du contribuable et des biens qui sont à sa disposition pour satisfaire ses besoins¹⁷⁸.

Partant de cette considération, le Tribunal fédéral a admis l'imposition progressive¹⁷⁹. C'est au regard du principe de la proportionnalité que l'on décidera si une telle imposition tient raisonnablement compte de la capacité économique des contribuables et d'elle seule; cela vaut aussi bien pour le principe même de la progression que pour son taux. Néanmoins, le Tribunal fédéral limite son contrôle à l'examen de la question de savoir si la solution choisie par le législateur cantonal est équitable¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Cf. J. HENSEL, *Die Verfassung als Schranke des Steuerrechts*, Bern 1973, p. 53; HUBER, *Verhältnismäßigkeit*, p. 12; P. ZAUGG, *Steuer, Gebühr und Vorzugslast*, ZBl 74, 1973, p. 218.

¹⁷⁷ Cf. ATF 99 Ia 598.

¹⁷⁸ Cf. ATF 99 Ia 652s.

¹⁷⁹ Cf. arrêt précité et 38 I 378; F. GYGI, *Zur Frage der Mehrbelastung der höheren Einkommen und Vermögen (Reichtumssteuer)*, *Archives de droit fiscal suisse* 42, p. 562ss.; E. BLUMENSTEIN, *System des Steuerrechts*, 3^e éd., Zurich 1971, p. 253; HENSEL (*supra* note 176), p. 53.

¹⁸⁰ Cf. HUBER, RSJB 110, 1974, p. 427.

2. *Emoluments – taxes*

Les émoluments ou les taxes se présentent comme le prix de droit public imposé unilatéralement à l'administré pour les services que lui fournissent l'administration et l'Etat.

Selon la jurisprudence, le principe de la couverture des frais (*Kostendeckungsprinzip*), qui est applicable aux taxes administratives, ne l'est pas à toutes les autres. En revanche, le principe de l'équivalence ou de l'adéquation qui découle du principe de la proportionnalité en matière de contributions a une portée générale ici aussi et s'applique par conséquent à toutes les taxes¹⁸¹ administratives, d'utilisation¹⁸² ou régaliennes¹⁸³. Il exige qu'une taxe ne soit pas disproportionnée à la valeur objective de la prestation fournie par l'Etat. La valeur de la prestation elle-même s'apprécie soit d'après les avantages économiques procurés au débiteur de la taxe, soit d'après les frais occasionnés mis en relation avec l'ensemble des frais incombant au secteur intéressé de l'administration¹⁸⁴.

Cela signifie que les autorités fédérales, cantonales et communales, lorsqu'elles fixent le montant des taxes, doivent appliquer des critères précis et objectifs et qu'elles ne peuvent se satisfaire d'estimations basées sur l'expérience moyenne (*Durchschnittserfahrung*). En outre, le contrôle de l'application de ce principe ne saurait se limiter à l'arbitraire, quelles que soient les difficultés de l'estimation et de l'appréciation¹⁸⁵. Le juge constitutionnel est en droit d'exiger que la justification objective du calcul des taxes lui soit démontrée d'une manière plausible, même s'il intervient sur la base d'un certain schématisme¹⁸⁶.

Dans deux cas notamment, le Tribunal fédéral a constaté que le principe de la proportionnalité était violé par une taxe: Dans le premier¹⁸⁷, il a estimé que le tarif de la ville de Berne concernant

¹⁸¹ Cf. ATF 102 Ia 403; 101 Ib 70, 468; 100 Ia 140, 239; 99 Ia 539; 97 I 204, 334; GRISEL, *Droit administratif*, p. 120; IMBODEN/RHINOW, no 110 III à V; item BVerwGE 26, p. 305; 22, p. 304; 12, p. 164.

¹⁸² Cf. ATF 100 Ia 131.

¹⁸³ Cf. ATF 101 Ib 462.

¹⁸⁴ Cf. ATF 102 Ia 403; 101 Ib 462; 97 I 335; FLEINER, p. 342s.; IMBODEN/RHINOW, no 58 Vf. et notamment la critique de HUBER, *Verhältnismäßigkeit*, p. 13, au sujet des ATF 100 Ia 440; 98 Ia 178; 94 I 276; 93 I 114.

¹⁸⁵ Cf. ATF 99 Ia 535 concernant l'augmentation des impôts et taxes sur les véhicules à moteur.

¹⁸⁶ Cf. ATF 101 Ib 73, 467 et dans JAAC 41, 1977, no 48, tous concernant des taxes fédérales.

¹⁸⁷ Cf. ATF 97 I 208 consid. 6.

la mise à jour du cadastre violait ce principe parce qu'il n'existait pas de relation raisonnable entre l'émolument d'une part, le coût et la valeur de la prestation d'autre part. Dans le second cas¹⁸⁸, il a jugé qu'un émolument de 7% de la valeur vénale était manifestement hors de proportion avec la valeur objective du travail fourni par le géomètre de l'Etat (Soleure), et que la taxe avait ainsi le caractère d'une contribution mixte (*Gemengsteuer*).

3. Charges de préférence

La charge de préférence est une participation aux frais d'installation engagés par une corporation publique dans l'intérêt général, lorsque les travaux effectués apportent des avantages économiques particuliers à certaines personnes. La participation doit être alors proportionnée à l'importance des avantages retirés par celui à qui elle est demandée¹⁸⁹. Dès lors, tant le principe de la couverture des frais que celui de l'équivalence ou de l'adéquation sont applicables en cette matière¹⁹⁰.

Le Tribunal fédéral admet que des critères schématiques soient utilisés pour le calcul des charges de préférence; il a estimé que le prélèvement d'une contribution calculée sur la taxe cadastrale des terrains à bâtir correspondait à l'avantage virtuel retiré par le propriétaire de l'évacuation et de l'épuration des eaux usées; en effet, cette base de calcul, même si elle ne s'adapte que d'assez loin aux circonstances de chaque cas particulier, se justifie par sa simplicité¹⁹¹.

4. Droits de douane

Le principe de la proportionnalité trouve également application dans le cadre de la perception des droits de douane.

Le Tribunal fédéral l'a relevé à propos du remboursement partiel de droits de douane: Des marchandises avaient été employées d'une façon qui aurait justifié le prélèvement de droits

¹⁸⁸ Cf. ATF 97 I 334 consid. 5.

¹⁸⁹ Cf. ATF 99 Ia 598; 98 Ia 171; 97 I 806; 95 I 507; IMBODEN/RHINOW, no 58 Vf.

¹⁹⁰ Cf. ATF 98 Ia 171 consid. 2 concernant une contribution de plus-value dans le cadre de l'élargissement d'une route communale; 94 I 276 au sujet d'une contribution aux frais d'épuration des eaux, exigée par une commune.

¹⁹¹ Cf. ATF 94 I 278.

moins élevés. Il a jugé que si même, en l'absence des preuves prescrites, il était établi de façon certaine qu'une quantité déterminée de marchandises à taitement douanier différentiel avait été affectée à un usage justifiant l'allègement des droits d'entrée, il n'y avait pas de motif légitime de refuser celui-ci; le seul souci d'épargner à l'administration l'examen de preuves inhabituelles ne suffisait pas à justifier une sanction aussi lourde que le refus du remboursement¹⁹².

Dans un cas de séquestre de publications et d'objets immoraux découverts à l'occasion d'une vérification douanière¹⁹³, le Tribunal fédéral a déclaré que les autorités douanières doivent choisir la mesure adéquate en se conformant au principe de la proportionnalité, même si elles doivent s'inspirer du but préventif que le législateur s'est fixé lorsqu'il a prévu le séquestre douanier. In casu, le Tribunal fédéral a jugé que le séquestre – bien qu'il ait été en lui-même apte au vu des buts visés par la législation douanière¹⁹⁴ – était inadéquat et disproportionné, d'autres mesures moins graves s'avérant suffisantes¹⁹⁵.

V. Statut des fonctionnaires

Le principe de la proportionnalité joue un rôle considérable dans le droit des fonctionnaires. Il interdit par exemple que les conditions de nomination posent des exigences générales ou spéciales limitant exagérément l'admission à certains emplois¹⁹⁶, si elles ne sont pas objectivement adéquates et subjectivement appropriées¹⁹⁷; il en va de même des obligations imposées aux fonctionnaires¹⁹⁸.

Le principe de la proportionnalité trouve son champ d'application principal dans l'examen des mesures administratives tendant à modifier les rapports de service et dans la fixation des mesures disciplinaires.

¹⁹² Cf. ATF 99 Ib 465 consid. 3.

¹⁹³ L'autorité douanière fonctionne dans ce cas pratiquement comme autorité de police de la Confédération.

¹⁹⁴ Art. 36 al. 4 de la loi fédérale du 1^{er} octobre 1925 sur les douanes (RS 631.0).

¹⁹⁵ Cf. ATF 100 Ib 389.

¹⁹⁶ Cf. par exemple l'art. 4 al. 1 et 2 de la loi fédérale du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires (RS 172.221.10).

¹⁹⁷ Cf. BVerwGE 47, p. 342 et 368; 41, p. 326; SGGVP 1974, no 37.

¹⁹⁸ Cf. GRISEL, Droit administratif, p. 245ss.; DREYFUSS, p. 703s.

1. Mesures administratives touchant les rapports de service

Dans le cas d'une télégraphiste congédiée sans avertissement préalable, parce que son activité politique faisait craindre qu'elle ne viole le secret de fonction, le Tribunal fédéral a reconnu que l'administration décide librement, dans les limites de son pouvoir d'appréciation, si la résiliation (non disciplinaire) des rapports de service est justifiée¹⁹⁹. Il a implicitement fait appel au principe de la proportionnalité lorsqu'il a examiné si l'autorité était obligée de substituer à la mesure de résiliation le transfert de l'employée à une autre place et si le congé aurait dû nécessairement être précédé d'un avertissement ou d'un blâme. Il a cependant considéré que de telles mesures préalables n'étaient ni nécessaires ni appropriées.

Dans un autre cas de modification (non disciplinaire) des rapports de service pour justes motifs²⁰⁰, le Tribunal fédéral a qualifié comme tels des motifs tirés de la sécurité d'exploitation; il a dès lors admis que la modification était adéquate²⁰¹. Le principe de la proportionnalité contribue ainsi à concrétiser la notion légale indéterminée de «justes motifs».

2. Mesures disciplinaires

Le fonctionnaire qui enfreint ses obligations est passible de mesures disciplinaires; celles-ci doivent être objectivement justifiées et subjectivement appropriées²⁰².

Le Tribunal fédéral a notamment estimé que la mesure la plus grave, la révocation, doit en principe être précédée d'une mise en garde consistant en une mesure moins grave accompagnée d'une menace de révocation; toutefois, il admet que la révocation puisse – exceptionnellement – être prononcée même sans avertissement préalable, lorsque l'infraction commise est si grave

¹⁹⁹ Cf. ATF 99 Ib 136 consid. 5 à 7; ATF Krapf du 1^{er} octobre 1976; E. M. JUD, Besonderheiten öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse nach schweizerischem Recht, insbesondere bei der Beendigung aus nichtdisziplinarischen Gründen, St. Gallen 1975, p. 188 ss.

²⁰⁰ Art. 55 statut des fonctionnaires.

²⁰¹ Cf. ATF 100 Ib 21; ATF Schaub du 11 octobre 1976.

²⁰² Cf. ATF 101 Ia 176 consid. 3, 308; 100 Ia 360 consid. 3 b; 96 I 242 consid. 5; FLEINER, p. 265; GRISEL, Droit administratif, p. 270; IMBODEN/RHINOW, no 56 IIa.

qu'elle révèle, chez son auteur, une mentalité absolument inconciliable avec la qualité de fonctionnaire²⁰³.

Statuant sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fédéral a estimé qu'on peut mettre fin aux rapports de service d'un instituteur pour le terme du délai de résiliation (le droit au traitement subsistant pendant cette période), tout en lui ordonnant en même temps de cesser immédiatement son enseignement dans la commune, pour le motif que toute relation de confiance est rompue. Il a jugé cette mesure objectivement nécessaire et subjectivement adéquate; en effet, elle ménage au mieux les intérêts tant pécuniaires que professionnels de l'intéressé et représente la mesure la moins sévère qui permette d'assurer en même temps la sauvegarde et les intérêts généraux de la commune et des élèves, d'une part, et ceux du maître, d'autre part²⁰⁴.

Le Tribunal fédéral a cependant par la suite – et cela ouvre de nouvelles perspectives – estimé que s'agissant d'une mesure disciplinaire cantonale particulièrement préjudiciable pour le fonctionnaire, le contrôle ne pouvait intervenir sous l'angle restreint de l'arbitraire seulement, notamment lorsque la liberté de l'intéressé dans l'exercice de sa profession est en jeu. Il se justifie dans ces cas de ne limiter le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral que par une certaine retenue dans le contrôle de l'appréciation²⁰⁵.

C'est le principe de la proportionnalité qui permet de fixer l'importance de l'intérêt public à ce qu'une mesure rigoureuse soit prise. La gravité du manquement du fonctionnaire doit être appréciée notamment à la lumière des exigences particulières qui sont liées à la fonction²⁰⁶. Quant au fonctionnaire, il peut exiger

²⁰³ Cf. ATF 98 Ia 473; 81 I 249 consid. 4; 74 I 91; BVerwGE du 13 et du 15 septembre 1977 (Dokumentarische Berichte 26, 1978 B, p. 51 ss., 55 ss. et 65 ss.), les deux premiers ont trait à des infractions commises en dehors du service, le dernier à des manquements aux obligations de service.

²⁰⁴ Cf. ATF 98 Ia 473 consid. 5.

²⁰⁵ Cf. ATF 101 Ia 176 consid. 3. Il est intéressant de constater que le Conseil d'Etat français ne pousse pas aussi loin le contrôle des mesures disciplinaires. Il vérifie si l'acte reproché au fonctionnaire pouvait légalement justifier une sanction, mais se refuse en revanche à revoir l'adéquation de la peine à la gravité de la faute (cf. WALINE II, p. 66 et la jurisprudence citée; DE LAUBARDÈRE, Droit administratif II, p. 106 et la jurisprudence citée).

²⁰⁶ Cf. ATF 101 Ia 308 consid. 6: attentat à la pudeur commis par un psychologue scolaire sur la personne des élèves confiés à ses soins. Le Tribunal fédéral a estimé que l'intérêt public exigeait la révocation immédiate, bien que le juge pénal n'ait pas qualifié l'infraction de grave au sens de l'art. 191 ch. 2 Code pénal. Cf. item arrêt du TA Zurich, ZBl 78, 1977, p. 319; BVerwGE 43, p. 97; IMBODEN/RHINOW, no 54 I et II.

que l'autorité ménage le plus possible sa sphère privée dans la procédure disciplinaire²⁰⁷ et qu'elle mène celle-ci à chef dans des délais raisonnables²⁰⁸.

VI. Prestations accordées par l'Etat

Dans les domaines où l'Etat intervient avec des moyens multiples – autorisations, restrictions, interdictions – dans la vie des administrés (*Eingriffsverwaltung*), le principe de la proportionnalité est applicable intégralement, mais en tenant compte des différents aspects du cas concret, tels que la situation particulière de fait et de droit, les libertés individuelles en cause et les intérêts publics en jeu. Ce principe constitue donc une protection à l'égard d'interventions de l'Etat qui restreignent d'une manière inadéquate et disproportionnée le libre développement de l'individu. On ne peut nier cependant que l'évolution de ce dernier dans la communauté et les possibilités qui lui sont offertes de s'épanouir dépendent de plus en plus de prestations, c'est-à-dire d'interventions positives de l'Etat à son égard (*Leistungsverwaltung*).

Le principe de la proportionnalité apparaît dans ce contexte comme un critère utile pour juger les mesures qui tendent à favoriser les administrés individuellement ou dans leur ensemble, soit que l'intéressé doive, pour obtenir une prestation, remplir des conditions qui le chargent, soit que l'autorité décide de suspendre ou de retirer des prestations qu'elle avait promises ou accordées²⁰⁹.

Ainsi le principe de la proportionnalité exige du législateur, qui détermine lui-même tant le droit à une prestation que les conditions pour l'obtenir, de ne fixer que des conditions qui soient en relation directe et raisonnable avec la prestation et les bénéficiaires. Les conditions doivent dès lors être objectivement fondées et ne pas imposer de charges démesurées aux bénéficiaires, et cela dans une mesure d'autant plus grande que le législa-

²⁰⁷ Cf. BVerfGE 27, p. 344, concernant la communication du dossier de divorce à l'autorité disciplinaire sans le consentement des époux; GRABITZ, Freiheit, p. 89; FORSTHOFF, p. 104.

²⁰⁸ Cf. BVerwGE du 28 octobre 1977 (Dokumentarische Berichte 26, 1978 B, p. 68).

²⁰⁹ Cf. DAHLINGER, p. 818ss.; FLEINER, p. 266s.; HUBER, Verhältnismäßigkeit, p. 14ss.; P. MOOR, Aménagement du territoire et propriété privée, RDS 117, 1976, p. 402; WICK, p. 41; WOLFF/BACHOF, p. 20.

teur laisse à l'administration une plus grande liberté de fixer elle-même les conditions permettant d'obtenir la prestation.

Il en sera ainsi dans le domaine des assurances sociales lorsqu'une prestation est refusée ou réduite en cas de sinistre à la suite du comportement fautif de l'assuré²¹⁰, ou lorsque celui-ci ne s'est pas conformé à des directives dont on pouvait raisonnablement exiger qu'il les suive²¹¹. De même lorsqu'il s'agit de décider si une subvention²¹², dont il se révèle que les conditions ou les charges liées à son octroi n'ont pas été remplies, doit être restituée.

C'est toujours enfin à la lumière du principe de la proportionnalité que l'autorité devra fixer les conséquences de l'inobservation totale ou partielle de prescriptions d'ordre ou de procédure²¹³.

En revanche, il apparaît douteux que l'autorité puisse faire appel à ce principe pour refuser d'accorder des prestations parce qu'elles apparaissent comme démesurées au regard de l'intérêt public²¹⁴. Elle ne devrait pas non plus pouvoir refuser une prestation due en elle-même pour le seul motif qu'elle ne la considérerait plus comme justifiée au regard du critère de la relation «prestation – profit». La question de savoir si une prestation est justifiée ne relève pas de la proportionnalité au sens que lui donne la jurisprudence²¹⁵. Il n'appartient en tout cas pas à l'autorité appelée à accorder les prestations prévues par le législateur de comparer le profit qu'en tirerait le bénéficiaire aux coûts qui en résulteraient pour la collectivité, à moins que le législateur ne l'ait lui-même chargée de procéder à une telle évaluation. Mais alors, la prestation se justifie – ou ne se justifie pas – d'après des

²¹⁰ Cf. ATF 97 V 70; dans ce cas le comportement fautif, en plus de fautes de procédure (annonce tardive de l'accident), consistait dans le fait d'avoir pris place dans un véhicule dont le conducteur présentait un taux d'alcoolémie de l'ordre de 1‰.

²¹¹ Par exemple, le refus de l'assuré d'accepter un travail adéquat dans le cadre de l'assurance chômage (cf. Wick, p. 77) ou le refus de l'assuré de se prêter à des mesures d'enquête, à l'occasion du premier examen de la demande de prestations ou en cas de révision (cf. ATF 97 V 173; Wick, p. 69).

²¹² Par exemple: les subventions en matière d'aide fédérale destinées à encourager la construction de logements; les crédits agricoles; les contributions en matière d'assistance etc.

²¹³ Cf. infra sous ch. IX.

²¹⁴ En ce sens que le principe de la proportionnalité est applicable aussi dans ces cas: DAHLINGER, p. 819; LOHMANN, p. 29.

²¹⁵ Cf. HUBER, *Verhältnismäßigkeit*, p. 15 s.; J. VON MÜNCH, *Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei Gewährung von Subventionen*, AÖR 85, 1960, p. 297 ss.

critères relevant de l'économie et de l'efficacité de l'activité de l'Etat.

Il va de soi que dans ce domaine il interviendra bien une règle de proportionnalité – celle du bilan coûts-avantages – mais cette règle a une tout autre portée que dans le cadre de l'administration de police, notamment lors du contrôle judiciaire. Le juge est certes à même de mesurer les conséquences qu'entraînent pour un requérant l'octroi ou le refus d'une prestation de l'Etat. Il lui sera cependant beaucoup plus difficile, si ce n'est impossible, de déterminer si la prestation en cause s'intègre dans le système général des prestations, si l'intérêt du requérant est suffisant pour modifier l'aménagement de celui-ci et s'il n'y a pas un intérêt public à refuser un tel changement qui est susceptible d'en entraîner d'autres²¹⁶.

VII. Rétablissement de l'ordre légal et moyens de contrainte

L'autorité qui constate un état non conforme au droit est tenue de rétablir l'ordre légal. Les mesures qu'elle prend à cet effet doivent cependant être non seulement nécessaires mais encore appropriées aux circonstances, c'est-à-dire conformes au principe de la proportionnalité. Le problème se pose en premier lieu dans le cadre des mesures de police proprement dites²¹⁷, mais il existe aussi dans les cas où l'administré a outrepassé les droits qui lui ont été conférés par autorisation²¹⁸ ou lorsqu'il ne se conforme pas aux conditions et charges liées à la prestation²¹⁹.

²¹⁶ Cf. W. LEISNER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen 1971, et P. HÄBERLE, *AöR* 98, 1973, p. 625 ss.; trop absolu selon nous HOFFMANN-BECKING, p. 448. Cf. item ATF 100 Ia 287 où le Tribunal fédéral admet qu'il n'est pas contraire à la constitution de limiter de façon raisonnable le cercle des utilisateurs d'une piscine communale en refusant notamment l'accès aux personnes de l'extérieur, dès lors que la capacité des installations a été déterminée en fonction des seuls besoins de la population locale; ATF 92 I 509 consid. 2 concernant le refus du raccordement à un réseau de canalisation dont la capacité est limitée.

²¹⁷ Cf. JOST, p. 86 ss.; VOIGT, p. 86 ss.; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS I, p. 154 ss.

²¹⁸ Cf. ATF 103 Ib (9 décembre 1977, X. c. EBK, consid. 2). Un champ d'application très vaste est ouvert au principe de la proportionnalité dans le domaine des constructions (cf. à ce sujet le rapport de M. ZIMMERLI, p. 105 ss.; et par exemple ATF 100 Ia 347; 99 Ia 124; 98 Ia 280; ATF dans ZBl 75, 1974, p. 257; arrêts du TA Zurich, ZBl 77, 1976, p. 200; 76, 1975, p. 118; 73, 1972, p. 482; 69, 1968, p. 364; arrêt du TA Berne, ZBl 73, 1972, p. 329; arrêt du Conseil d'Etat de Zoug, ZBl 71, 1970, p. 495; BayVGHE 19, 1966, no 3.

²¹⁹ Ainsi dans un cas de subventions fédérales destinées à encourager la construction de logements, où les dispositions applicables prévoyaient la restitution de

Le rétablissement de l'ordre légal peut exiger la mise en œuvre de mesures immédiates pour des raisons de péril en la demeure ; il peut également donner lieu à l'intervention immédiate de l'autorité en lieu et place de l'auteur d'un trouble²²⁰. Il va de soi que dans ces cas d'urgence le contrôle de la proportionnalité de l'intervention administrative portera essentiellement sur l'existence d'un intérêt à intervenir le plus rapidement possible²²¹. L'auteur du trouble pourra néanmoins exiger que les frais de l'intervention ne soient mis que partiellement à sa charge si les dispositions prises par l'autorité ont manifestement dépassé ce qui était nécessaire et approprié aux circonstances²²².

Une obligation fondée sur le droit n'est efficace que dans la mesure où l'autorité peut exiger, le cas échéant par des moyens de contrainte, qu'elle soit respectée. L'autorité est cependant tenue d'observer le principe de la proportionnalité dans le choix des mesures de contrainte et dans la manière de les mettre en œuvre²²³.

La procédure administrative fédérale²²⁴ interdit dans cet esprit l'usage de moyens de contrainte plus rigoureux que ne l'exigent les circonstances²²⁵; dans la mesure du possible, le recours à un moyen de contrainte devra être précédé d'une commi-

la subvention si le bénéficiaire violait les conditions de l'octroi (loyers modérés pour une durée limitée), le Tribunal fédéral a estimé qu'il serait disproportionné d'exiger la restitution intégrale de la subvention; en l'absence d'une disposition légale contraire expresse, le moyen approprié devait consister dans la restitution d'un montant correspondant à la durée pendant laquelle la condition n'avait pas été observée (arrêt Hofer du 13 septembre 1974).

²²⁰ Cf. par exemple, en matière de protection des eaux, ATF 94 I 403; 91 I 295; item BVerwGE du 7 novembre 1977 (Dokumentarische Berichte 26, 1978 A, p. 49) au sujet de l'enlèvement par la police, aux frais du conducteur, d'un véhicule stationné à un endroit interdit.

²²¹ Cf. DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS II, p. 210 ss.

²²² Cf. WENGER, p. 221; item W.R. PFUND, Verwaltungsrecht – Strafrecht (Verwaltungsstrafrecht), RDS 112, 1971 II, p. 238 ss.; J. GAUTHIER, Droit administratif et droit pénal, RDS 112, 1971 II, p. 342. Le dernier auteur estime que dans un cas de ce genre il ne s'agit pas de l'exécution, aux frais du débiteur, d'une obligation que celui-ci n'est pas à même d'exécuter et qui ne saurait dès lors lui être imposée, mais bien de la réparation du dommage causé par un acte illicite. Cf. item pour la répartition, en cas de pluralité de perturbateurs, des frais occasionnés par les mesures d'exécution anticipée prises par substitution, ATF 101 Ib 410.

²²³ Cf. HEER, p. 129 ss.; H.A. MÜLLER, p. 125 ss.; WALTHER, p. 203; STERN, p. 672.

²²⁴ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021). Pour le droit cantonal voir par exemple les art. 36 ss. de la loi valaisanne du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives, qui est inspirée par les dispositions de la procédure administrative fédérale.

²²⁵ Art. 42 PA.

nation assortie d'un délai suffisant pour permettre à l'administré de s'exécuter²²⁶; l'autorité ne peut en règle générale renoncer à cette procédure que s'il y a péril en la demeure²²⁷.

Ces règles qui découlent du principe de la proportionnalité²²⁸ s'appliqueraient même si elles ne trouvaient pas leur expression dans une disposition de la loi sur la procédure administrative.

Mais le principe de la proportionnalité exige en outre que les moyens de contrainte choisis par l'autorité parmi ceux qui s'opposent à elle dans les dispositions légales spéciales ou générales²²⁹, soient objectivement et subjectivement appropriés aux circonstances de fait et de droit²³⁰; ils ne doivent donc ni aller trop loin, dans la mesure où ils touchent l'administré, ni demeurer insuffisants dans la mesure où ils sauvegardent l'intérêt public. Il en va de même des moyens de contrainte auxquels l'autorité fait appel pour vaincre la résistance de l'administré²³¹.

VIII. Droit pénal et droit pénal administratif

Dans la mesure où le droit pénal est régi par le principe de la culpabilité, le principe de la proportionnalité exige que la peine soit, dans chaque cas concret, adaptée à la gravité du délit et de la faute de l'auteur²³². C'est pourquoi le principe de la proportionnalité n'a jusqu'ici pas joué un grand rôle dans la jurisprudence suisse en ce qui concerne la fixation de la peine.

²²⁶ Art. 41 al. 2 PA.

²²⁷ Art. 41 al. 3 PA.

²²⁸ Cf. GRISEL, *Droit administratif*, p. 339; IMBODEN/RHINOW, no 56 I; PFUND (supra note 222) les critique pour leur vétusté.

²²⁹ Comme ceux de la PA ou ceux des lois spéciales donnant à l'autorité la compétence de prendre les mesures nécessaires; par exemple les art. 6 et 7 de la loi fédérale du 8 octobre 1971 sur la protection des eaux contre la pollution (RS 814.20). Pour le droit allemand cf. notamment FRIAUF, dans: VON MÜNCH, p. 166ss. et 205ss.

²³⁰ Cf. GAUTHIER (supra note 222), p. 344ss.

²³¹ Par exemple, la menace de retrait ou le retrait d'une subvention à laquelle la loi ne confère pas un droit. Cf. item ATF 96 I 347; IMBODEN/RHINOW, no 56 IIIa. Au sujet du problème de l'emploi des armes lors de la fuite d'un prévenu ou d'un détenu, cf. ATF 99 IV 256; 94 IV 9; BayVerfGHE 21, 1968, no 6; IMBODEN/RHINOW, no 56 IV; CLERC, RPS 93, 1977, p. 90 et 92; 1976, p. 396. N. LANGE, *Der neue Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes – Fragwürdiges Schußwaffengebrauchsrecht*, MDR 1977, p. 10ss.

²³² Cf. KAUFMANN, p. 32; GRABITZ, *Verhältnismäßigkeit*, p. 614 et les arrêts du BVerfG cités; STERN, p. 672. – Ce principe a notamment été posé par la jurisprudence constitutionnelle allemande (cf. BVerfGE 37, p. 212; 29, p. 312; 28, p. 36, 51 et 264; 23, p. 127). HUBER, *Verhältnismäßigkeit*, p. 24, se

Mais si l'idée que la peine doit correspondre autant qu'il se peut à la personnalité et à la culpabilité du délinquant est depuis longtemps à la base même du droit pénal²³³, le principe de la proportionnalité peut apporter des critères utiles en ce qui concerne les peines accessoires et les mesures²³⁴. Ainsi, l'art. 204 ch. 3 CP, selon lequel les objets obscènes doivent être confisqués et détruits, ne doit-il être appliqué que dans la mesure nécessaire pour atteindre le but visé, c'est-à-dire la protection de la morale publique²³⁵.

Il va de soi que le principe de la proportionnalité trouve également application dans le cadre des mesures prises par l'autorité pénale à l'encontre des personnes impliquées dans une procédure pénale²³⁶.

En tant que le droit pénal administratif n'est pas encore considéré unanimement comme une partie intégrante du droit pénal commun, le principe de la proportionnalité a permis de faire triompher l'idée que dans ce domaine également la sanction doit être progressive et différenciée en fonction de la culpabilité. En effet, alors même que selon différentes lois administratives les sanctions, notamment les amendes d'ordre, étaient – et sont encore parfois – fixées d'après la gravité objective de l'infraction et sans égard à la culpabilité de l'auteur²³⁷, le nouveau droit pénal

demande, avec raison nous semble-t-il, si l'application du principe de la proportionnalité dans le cadre de la fixation de la peine n'est pas superflue, les principes immanents du droit pénal fondé sur le principe de la culpabilité tendant par eux-mêmes à fixer des peines correspondant à la culpabilité. Cf. aussi ELLSCHEID/HASSEMER, Strafe ohne Vorwurf, dans: Civitas, Jahrbuch für Sozialwissenschaften, vol. 9, 1970, p. 27, qui voudraient remplacer le principe de la culpabilité par celui de la proportionnalité. Comme le démontre KAUFMANN, p. 31 ss., cela n'est guère réalisable, le principe de la proportionnalité n'étant que l'un des aspects seulement du principe de la culpabilité. Cf. également FURTNER (supra note 13) et les conséquences quelques peu singulières qu'il tire du principe de la proportionnalité, en proposant de sortir dans certains cas du cadre légal des peines.

²³³ Art. 63 CP; cf. ATF 96 IV 177. Pour le droit allemand cf. FURTNER et BVerf GE 20, p. 45; 19, p. 166 et 342; 18, p. 85; 17, p. 306; 16, p. 194.

²³⁴ Art. 42 ss. et 51 ss. CP; cf. ATF 102 IV 14 consid. 1c au sujet de l'internement en application de l'art. 42 CP; 94 IV 104 consid. 3 concernant l'expulsion en application de l'art. 55 CP.

²³⁵ Cf. ATF 89 IV 135 consid. 5. Dans ce cas, le Tribunal fédéral a admis que lorsqu'une œuvre en elle-même obscène, présente un véritable intérêt culturel, il suffit, pour en assurer la destruction au sens de l'art. 204 ch. 3 CP, de prendre les mesures indispensables pour la soustraire au public en général, tout en la laissant accessible à un cercle bien déterminé de spécialistes sérieux.

²³⁶ Cf. infra ch. IX.

²³⁷ Dans le cadre d'une amende pour violation des dispositions sur l'imposition du

administratif fédéral est essentiellement fondé sur le principe de la culpabilité²³⁸. Il autorise cependant à faire abstraction d'autres éléments d'appréciation que l'importance de l'infraction et la gravité objective de la faute, mais seulement si l'amende n'excède pas 5000 francs²³⁹; de plus, lorsqu'une infraction passible d'une amende n'excédant pas 5000 francs a été commise dans le cadre de la gestion d'une entreprise, il permet que cette dernière soit condamnée à la place des personnes physiques punissables au paiement de l'amende, dans les cas où l'enquête rendrait nécessaires des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue²⁴⁰.

IX. Procédure

La procédure sert à la réalisation du droit matériel. Le droit régissant la procédure, notamment lorsqu'il n'était que rudimentairement codifié, a toujours subi fortement l'influence des principes généraux tirés de la constitution; il n'est d'ailleurs pas téméraire de considérer que le droit de procédure est, en réalité, la concrétisation des droits constitutionnels par la pratique²⁴¹.

tabac, infligée conformément aux dispositions applicables avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA; RS 313.0), le Tribunal fédéral a néanmoins estimé que s'il n'était pas absolument nécessaire de prendre en considération la faute pour fixer le montant d'une amende d'ordre, le principe de la proportionnalité exigeait néanmoins que cette amende soit proportionnée à la gravité objective de la faute commise (ATF 94 I 94 consid. 3 c).

Cf. aussi ATF 100 Ia 36 concernant une amende d'ordre pour infraction à une loi sur la police des constructions. Dans un arrêt récent (ATF 103 Ia 225), le Tribunal fédéral a jugé que l'interprétation conforme à son texte de l'art. 22 de la loi tessinoise sur les droits de timbre est contraire à l'art. 4 Const. féd., dès lors qu'elle conduit à infliger une amende égale à dix fois le droit de timbre éludé, sans tenir aucun compte de l'élément subjectif de l'infraction et sans qu'il existe une possibilité d'en réduire le montant; l'interprétation littérale rend en effet impossible une application progressive et différenciée de la sanction pénale,

²³⁸ Cf. GAUTHIER et PFUND cités supra sous note 222.

²³⁹ Art. 8 DPA prévoit ainsi une exception aux art. 48 ch. 2 et 63 CP. Cf. item W. R. PFUND, *Der Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht*, ZBl 74, 1973, p. 58s.

²⁴⁰ Art. 7 DPA. Cette manière d'appliquer «le principe de la proportionnalité» pour justifier l'économie de procédure en matière pénale, n'apparaît guère satisfaisante. Cf. item GAUTHIER (supra note 222), p. 352.

²⁴¹ Cf. BVerfGE 32, p. 373; GRABITZ, *Verhältnismäßigkeit*, p. 614; GRISEL, *Droit public*, p. 145s.; P. HÄBERLE, *Verfassungsprinzipien «im» Verwaltungsverfahren*

De l'art. 4 Const. féd. la jurisprudence a tiré des principes généraux concernant le droit d'être entendu, le droit à la consultation du dossier, ainsi que l'interdiction du formalisme excessif, du refus de statuer et du retard injustifié mis à statuer etc.; ces principes ont été en partie codifiés par la suite dans la procédure moderne. Parmi eux, l'interdiction du formalisme excessif n'est autre qu'une application propre à la procédure du principe de la proportionnalité.

En effet, si la nécessité d'un certain formalisme est reconnue pour assurer le déroulement régulier du procès et pour garantir la sécurité du droit matériel, la procédure ne peut être une fin en soi; n'ayant d'autre but que de permettre l'application du droit matériel, elle ne saurait aboutir, par le jeu de ses propres règles, à rendre cette application difficile, voire impossible.

Le Tribunal fédéral a toujours considéré qu'en matière de procédure, un formalisme excessif que ne justifie aucun intérêt et qui entrave d'une manière insoutenable l'application du droit matériel, équivaut à un déni de justice formel, violant l'art. 4 Const. féd.²⁴². C'est en fonction du principe de la proportionnalité qu'il convient de décider si l'application d'une règle de procédure relève d'un formalisme excessif. La première question qui se pose dès lors est de savoir si la règle incriminée est nécessaire et si les effets en sont adéquats au regard de la sécurité du droit et de l'intérêt du justiciable à faire valoir ses droits sur le fond²⁴³.

rensesetz, dans: Festschrift Boorberg Verlag, Stuttgart 1977, p. 52 ss.; H. HUBER, Über die Konkretisierung der Grundrechte, dans: Gedenkschrift Max Imboden, Basel 1972, p. 191 ss., 206; OSSENBUHL, dans: ERICHSEN/MARTENS, p. 100 s.; SAX, dans: BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHUENER, Die Grundrechte III/2, Berlin 1959, p. 967.

Un exemple de cette concrétisation se trouve dans plusieurs articles du code de procédure pénal allemand: cf. les §§ 81, 81 a, 102 ss., 112 et 230; BVerfGE 32, p. 87; 21, p. 184, 220 et 223; 20, p. 45, 144 et 162; 19, p. 342; 16, p. 194; 10, p. 271; 2, p. 121.

²⁴² Cf. ATF 102 Ia 35; 99 Ia 360 consid. 1; 96 I 318, 523; 95 I 4 consid. 2; 94 I 524; 93 I 213 consid. 2; 92 I 11 et 15; 87 I 9; 86 I 7 consid. 3; 85 I 209; 81 I 118; 46 I 304.

²⁴³ Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il qualifié de formalisme excessif la décision d'une autorité cantonale, qui, ayant reçu dans le délai un acte rédigé dans une langue autre que celle qui est reconnue officiellement dans le canton, l'a déclaré sans autre irrecevable au lieu de le renvoyer à l'intéressé avec un délai supplémentaire pour en présenter la traduction (ATF 102 Ia 35); il a jugé que la règle de procédure civile cantonale, qui exclut que l'on puisse faire valoir une prétention en justice, par une nouvelle action, pour le seul motif qu'il y a eu défaut de versement de l'avance de frais, est contraire au principe de la force dérogatoire du droit fédéral, et que, violant le principe de la proportion-

Le principe de la proportionnalité joue d'ailleurs d'une manière générale un rôle particulièrement important quant aux conséquences sur le droit matériel de l'inobservation de prescriptions d'ordre formel.

Dans le domaine des assurances sociales par exemple, le Tribunal fédéral des assurances se réfère à ce principe pour juger si la sanction de l'inobservation d'une règle de procédure ou de forme est adéquate. Il a notamment jugé que le refus de toute prestation du fait que l'assuré avait annoncé tardivement un accident, qu'il avait conclu une transaction sans l'accord de la caisse maladie ou qu'il s'était comporté d'une manière fautive lors du sinistre, violait le principe de la proportionnalité²⁴⁴. Dans un cas de retard fautif dans le cadre de l'assurance maladie cependant, il a considéré que celui qui, en toute connaissance de cause, a négligé de donner à temps l'avis requis, alors que cela pouvait être raisonnablement exigé de lui, devait en supporter toutes les conséquences (y compris le refus des prestations) et qu'il ne saurait se prévaloir du principe de la proportionnalité²⁴⁵.

Dans *la procédure pénale*, le principe de la proportionnalité sert avant tout à tempérer les mesures de contrainte, notamment celles prises contre le prévenu. Ces mesures, qui ont un impact considérable sur la liberté du prévenu, le Tribunal fédéral les a

nalité et portant le sceau d'un formalisme excessif, elle n'est pas non plus compatible avec l'art. 4 Const. féd. (ATF 104 Ia – 8 mars 1978 Eckert c. Iselin consid. 4 et 5). Cf. item ATF 101 Ia 433 concernant la mise hors procédure d'un plaideur qui avait omis de faire certaines déclarations à sa partie adverse; 101 Ia 323 relatif à un recours déposé en temps utile auprès de l'autorité compétente mais portant l'adresse d'une autorité incompétente pour statuer; 101 Ia 112 concernant une avance de frais effectuée en temps utile auprès de l'autorité saisie en première instance de l'affaire, alors que l'avance aurait dû être effectuée auprès du greffe de l'autorité de recours; 99 Ia 360 consid. 1 portant sur les exigences quant à la formulation des conclusions prises en première instance; 92 I 84 concernant l'application des règles cantonales qui prescrivent sous quelle forme et à quel moment doivent intervenir les offres de preuves; 94 I 523 et 92 I 12 et 16 concernant les défauts de procédure faciles à corriger; 96 I 112 portant sur les exigences quant à la motivation d'un recours; 104 Ia 4 au sujet de l'application stricte d'une règle de procédure cantonale selon laquelle l'acte de recours doit être remis en temps utile à un bureau de poste *suisse*; 101 Ia 17 et 98 Ia 10 concernant la consultation des dossiers. Cf. item IMBODEN/RHINOW, no 58 Ve.

²⁴⁴ Cf. ATF 97 V 70; aussi 96 V 1; ATFA 1968, p. 160; 1967, p. 57 et 139.

²⁴⁵ Cf. ATF 99 V 132; IMBODEN/RHINOW, no 58 Ve. Cette formule est certes trop absolue, et le Tribunal fédéral des assurances en a lui-même restreint la portée. En effet, il précise, dans l'arrêt même, qu'il a indirectement tenu compte du principe de la proportionnalité dans une certaine mesure, car l'importance

examinées à la lumière des libertés constitutionnelles, en appliquant le principe de la proportionnalité, pour les ramener à de justes proportions²⁴⁶. Il a mis à cet effet en balance l'intérêt public au bon déroulement de la procédure pénale et au maintien de l'ordre au sein des établissements pénitenciers d'une part et l'intérêt du prévenu à jouir dans toute la mesure raisonnable des libertés que lui garantit la constitution d'autre part.

Les mêmes critères valent en ce qui concerne la protection du secret professionnel dans le cadre d'une procédure pénale²⁴⁷.

des prestations dont le versement est refusé varie en fonction de l'importance du retard apporté à l'avis du sinistre ou de l'échéance du délai de péremption (ATF 96 V 11 consid. 2 in fine). D'ailleurs, l'élément de la faute est pris en considération en ce sens au moins qu'une annonce tardive non fautive ne sera en général pas sanctionnée et que la sanction sera d'autant plus légère que le retard sera moindre.

²⁴⁶ Cf. par exemple ATF 98 Ia 418 où le Tribunal fédéral, au regard de la liberté d'expression (art. 55 Const. féd.) et de la liberté personnelle, a examiné la question de savoir dans quelle mesure le fait de menacer des arrêts coercitifs un journaliste qui refuse d'indiquer la source de ses informations, alors qu'il est entendu comme témoin dans le cadre d'une procédure pénale, viole le principe de la proportionnalité et partant la constitution; il a cependant admis, dans ce cas, que la menace des peines prévues à l'art. 292 CP pour réprimer l'insoumission était une mesure adéquate.

Dans l'arrêt 100 Ia 454 concernant la censure du courrier des prévenus en détention, le Tribunal fédéral a jugé que, si la limitation du droit de correspondre ne viole pas en soi la constitution (ATF 99 Ia 288), il n'en allait pas de même de l'interdiction de s'adresser – dans la mesure où le courrier serait admissible quant à son contenu – à certaines catégories de personnes et notamment aux moyens de communication de masse.

Cf. item ATF 102 Ia 279 au sujet de la proportionnalité de certaines prescriptions d'une ordonnance sur les établissements pénitenciers, relatives aux détenus en préventive, où le Tribunal fédéral admet que pour juger de la proportionnalité des restrictions apportées à la liberté des détenus, il faut tenir aussi compte, en plus des intérêts de la procédure pénale et des intérêts des détenus à n'être restreints dans leur liberté que dans la mesure nécessaire, des exigences d'une organisation adéquate et raisonnable de l'établissement pénitencier; cf. item ATF 102 Ia 301 consid. 3 et 379, ce dernier examinant du point de vue de la proportionnalité la durée d'une détention préventive; HUBER, *Verhältnismäßigkeit*, p. 23; MÜLLER, RSJB 114, 1978, p. 59 ss.; pour le droit allemand, les auteurs cités supra sous note 241 et aussi BVerfGE 37, p. 202; 36, p. 138 et 271; 35, p. 9 et 203; 34, p. 380 et 396; 33, p. 202; 32, p. 93; 28, p. 280; cf. item au sujet de la proportionnalité des mesures de contrainte, notamment du séquestre et de la perquisition (art. 45 DPA), G. ANTOGNAZZA, *Beschlagnahme und Hausdurchsuchung*, RPS 93, 1977, p. 65 ss.

²⁴⁷ Cf. ATF 102 Ia 516 concernant le secret professionnel du notaire, et 529 au sujet de la perquisition dans les dossiers d'une personne morale; BVerfGE 32, p. 373 concernant le secret professionnel du médecin et 38, p. 322 au sujet de l'obligation de témoigner pour un médecin-vétérinaire.

Troisième partie

Le contrôle de l'application du principe de la proportionnalité

I. Le contrôle par l'autorité administrative elle-même

Le principe de la proportionnalité – nous l'avons vu – régit toute l'activité de l'Etat. Toute autorité amenée à prendre des mesures restreignant la liberté de l'administré ou lui imposant des charges, doit apprécier d'office la proportionnalité de son intervention.

Lorsque l'administré, avant même de former un recours, propose des solutions qui selon lui sont suffisantes pour atteindre le but visé par la loi et respectent à la fois les intérêts publics et privés en jeu, l'autorité est tenue de les prendre en considération, pour autant qu'elles n'apparaissent pas d'emblée dénuées de tout sérieux.

L'autorité doit de surcroît motiver le choix de la solution pour laquelle elle se décide en définitive. Cette dernière obligation est d'autant plus importante que l'administration jouit d'un plus large pouvoir d'appréciation, car l'organe de contrôle, y compris le cas échéant le juge, n'est à même de vérifier si la solution choisie est nécessaire et adéquate que s'il connaît l'ensemble des motifs qui ont amené l'administration à la retenir²⁴⁸.

²⁴⁸ Le contrôle judiciaire des actes administratifs a pour corollaire l'obligation pour l'administration d'indiquer les motifs réels de sa décision, sous peine d'annulation. Seuls en effet, les motifs permettent la vérification de la légalité des actes: indépendamment des questions de procédure, le juge recherche si la décision qui lui est déférée est fondée sur des faits matériellement exacts et sur des motifs juridiquement corrects; il contrôle l'erreur de fait et l'erreur de droit. Cf. LETOURNEUR, p. 565; MEGRET, p. 590ss.; item E. EGGENSCHWILER, Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, RSJB 102, 1960, p. 189; P. MÜLLER, Ermessen als Schranke verwaltungsgerichtlicher Überprüfungsbefugnis, RVJ 10, 1976, p. 248; DRAGO, p. 471.

II. Le contrôle judiciaire en général

Le contrôle judiciaire de la proportionnalité des actes administratifs dépend essentiellement de l'étendue du pouvoir de contrôle du juge. Lorsque ce dernier peut revoir les questions de fait, de droit et d'opportunité, il intervient en lieu et place de l'autorité administrative, substituant son propre choix à celui de l'administration.

Un tel pouvoir de contrôle est toutefois exceptionnel sur le plan judiciaire. Généralement, en effet, le juge ne revoit que l'application du droit; cela suffit à lui permettre d'examiner si la condition de nécessité est réalisée, car il s'agit en principe d'une question de droit qu'il peut revoir librement. Néanmoins, le pouvoir de contrôle du juge sera limité là où l'administration dispose d'une certaine liberté d'appréciation des circonstances de fait, qu'elle connaît mieux, notamment lorsqu'elles sont d'ordre local ou techniques²⁴⁹.

La question est plus délicate en ce qui concerne le contrôle de l'adéquation d'un acte de l'administration au regard des effets qu'il a sur la situation de l'administré, car ce problème relève presque toujours de l'appréciation, voire de l'opportunité.

Si l'autorité administrative s'est arrêtée à une solution qui, pour des raisons objectives, s'avère manifestement inopérante ou excessive, elle tombe dans l'arbitraire. Si par contre elle a choisi une solution apte en soi mais qui, comparée à d'autres, paraît moins appropriée et ménage moins les intérêts de l'administré, le juge devra décider si le choix de l'administration constitue un abus du pouvoir d'appréciation. Dans cette éventualité, si son pouvoir est limité au contrôle de l'arbitraire, il ne pourra intervenir que si l'abus est manifeste. Si en revanche il est habilité à revoir l'appréciation de l'autorité administrative, pour excès ou abus du pouvoir, son contrôle ne devra s'arrêter que là où, dans une situation concrète, le choix portait sur différentes solutions, toutes aptes, nécessaires et appropriées aux circonstances de fait et aux intérêts en jeu²⁵⁰.

Le contrôle judiciaire est particulièrement difficile lorsqu'il concerne non pas une mesure individuelle mais une mesure touchant un grand nombre d'intéressés ou poursuivant des intérêts

²⁴⁹ Cf. ATF 100 Ia 51; 95 I 554; 94 I 59, 135, 340 et 349; HOTZ, p. 80s.

²⁵⁰ Cf. ATF 103 Ib 133 consid. 5 c; BVerfGE 35, p. 400; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, I, p. 197 ss.; HOTZ, p. 78; VON KRAUSS, p. 59s.

publics divergents, si ce n'est opposés. Comme dans le cadre du contrôle des actes législatifs²⁵¹, il est limité à l'examen de la question de savoir si la solution dans son ensemble est propre à atteindre les buts fixés par la loi et si le choix opéré n'est pas manifestement disproportionné. En revanche, le juge n'est guère en état de déterminer si la solution adoptée constitue bien le moyen le plus approprié, ce qui justifie de sa part une certaine retenue. Il est en effet douteux que les intérêts des administrés dans leur ensemble – et non seulement ceux des personnes qui se sont opposées à l'acte administratif – puissent être mieux sauvegardés par le juge que par l'autorité administrative.

On admet, en règle générale, qu'il appartient à l'administration d'établir la réalité des circonstances de fait qui justifient l'intervention par laquelle elle impose une charge à l'administré; ce dernier doit en revanche prouver qu'il remplit les conditions lui permettant d'obtenir une décision à son avantage. Autrement dit, il incombe en principe à l'autorité de prouver la nécessité d'une mesure restrictive, à moins que ce ne soit le législateur lui-même qui ait tranché expressément la question²⁵².

Dans le cadre d'un recours, c'est à l'administration de prouver que la solution pour laquelle elle a opté est nécessaire et appropriée, voire préférable à celle que propose l'administré²⁵³. Celui-ci, pour sa part, lorsqu'il entend se prévaloir d'une solution mieux appropriée selon lui, doit rendre au moins vraisemblable ce qu'il avance, pour autant qu'il ne soit pas tenu de par la loi à le prouver. Cela découle de son obligation de coopérer à la procédure et vaut notamment lorsqu'il est à même, ou mieux à même, de fournir au juge les éléments permettant d'apprécier la solution qu'il propose²⁵⁴.

²⁵¹ Cf. supra p. 215 s.

²⁵² Cf. EYERMANN/FRÖHLER, note 6 ad § 86; GRABITZ, *Verhältnismäßigkeit*, p. 606 ss.

²⁵³ Cf. EYERMANN/FRÖHLER, note 6 ad § 86; GYGI, *Verwaltungsrechtspflege*, p. 159 s.; GYGI, *RSJB* 114, 1978, p. 112; HOTZ, p. 84 s.; LANGHEINEKEN, p. 120 ss.; CH. PESTALOZZA, *Der Untersuchungsgrundsatz*, dans: *Festschrift Boorberg Verlag, Stuttgart 1977*, p. 185 ss., notamment p. 195 ss.; STELKENS/BONK/LEONHARDT, notes 15 et 16 ad § 24; ULE/LABINGER, p. 119 s.; WOLFFERS, p. 307, qui est plus stricte; en outre K.A. BETTERMANN, *Die Beweislast im Verwaltungsprozeß, Verhandlungen des 46. deutschen Juristentages, 19 II*, p. E. 26 ss.

²⁵⁴ Cf. ATF 100 Ia 15; 95 II 233; GYGI, *Verwaltungsrechtspflege*, p. 160; item J. LEMASURIER, *La preuve dans le détournement de pouvoir*, RDP 1959, p. 36 ss., spécialement p. 46 ss.; J.-P. FERRIER, *La participation des administrés*

La mise en balance des intérêts publics et privés qui s'affrontent ne constitue quant à elle pas au premier chef une question de fait et reste dès lors sans incidence sur la répartition du fardeau de la preuve ; il s'agit essentiellement d'une question d'appréciation, qui devra en définitive toujours être tranchée d'office par le juge, même si l'obligation de l'administré de coopérer à la procédure contentieuse joue ici également un rôle non négligeable.

III. Le pouvoir de contrôle du juge dans le cadre du recours de droit public

La question de la proportionnalité est soumise à l'examen du Tribunal fédéral dans la procédure du recours de droit public conjointement au droit constitutionnel dont la violation est invoquée.

En cas de recours contre une disposition générale et abstraite, l'application du principe de la proportionnalité est revue soit librement soit sous l'angle de l'arbitraire, selon que le recourant fait valoir la violation du principe de la proportionnalité en relation avec le grief d'arbitraire ou avec celui tiré de l'atteinte portée à un autre droit constitutionnel²⁵⁵.

En cas de recours contre une décision individuelle et concrète, le Tribunal fédéral examine librement si la mesure attaquée respecte le principe de la proportionnalité, pour autant que le moyen soulevé soit lié à la violation d'un droit constitutionnel autre que l'interdiction de l'arbitraire. Dans cette dernière hypothèse, le Tribunal fédéral se limite à vérifier que le principe de la proportionnalité n'a pas été appliqué de façon arbitraire²⁵⁶. Il n'examine enfin que sous l'angle restreint de l'arbitraire l'interprétation du droit cantonal sur lequel se fonde une telle mesure, à

aux décisions de l'administration, RDP 1974, p. 663 ss., notamment p. 668 ss.; EYERMANN/FRÖHLER, note 10 ad § 86; KNACK, note 4 ad § 24.

²⁵⁵ Cf. ATF 103 Ia (12 octobre 1977 Hofmann) consid. 1. – Ainsi, lorsque le recourant attaque une disposition cantonale ayant trait à la police du feu pour arbitraire et pour lésion du principe de la proportionnalité, le Tribunal fédéral tranchera les deux questions sous l'angle de l'arbitraire; si en revanche, au sujet de la même disposition, le recourant invoque le principe de la proportionnalité pour faire valoir la violation de la liberté économique, les griefs seront examinés librement. Cf. AUBERT, no 1790; GRISEL, Droit public, p. 152; GRISEL, Application, p. 245 s.; KNAPP, Abus de pouvoir, p. 308.

²⁵⁶ Cf. ATF 102 Ia 71; 100 Ia 347 consid. 4; 99 Ia 67 consid. 4; 98 Ia 369 consid. 6; 95 I 426; GRISEL, Droit public, p. 152; MOSER, p. 187; MÜLLER, RSJB 114, 1978, p. 69 s.

moins qu'il ne s'agisse d'une atteinte particulièrement grave portée aux droits du recourant²⁵⁷.

²⁵⁷ Cf. ATF 103 Ia 431; 101 Ia 177; 98 Ia 58 et 308; 95 I 19, 429 et 554; 94 I 134 et 340; GRISEL, *Droit public*, p. 152; MOSER, p. 187s.

Dans le cas où le recours est par exemple dirigé contre une décision refusant la patente pour exploiter un café parce que les locaux ne répondent pas aux exigences de la réglementation sur la police du feu, le recourant peut fonder ses griefs sur deux argumentations différentes. Il peut critiquer le défaut de conformité de la décision au regard des normes appliquées et/ou faire état cumulativement de l'inconstitutionnalité de ces normes et partant de la décision elle-même, c.-à-d. faire valoir que, dans la mesure où les normes appliquées font obstacle à la patente requise, elles sont contraires au principe de la proportionnalité et restreignent de ce fait outre mesure la liberté de l'activité économique. Dans la première éventualité, le Tribunal fédéral n'examinera librement l'application du droit cantonal que s'il s'agit d'une atteinte grave à la liberté économique; dans la deuxième hypothèse, il statuera librement sur la violation du principe de la proportionnalité dans le cadre du moyen tiré de l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie; il le fera toutefois avec une certaine retenue dans la mesure où il devra, pour procéder à la mise en balance des intérêts en jeu, résoudre de pures questions d'appréciation, dépendant le cas échéant de circonstances locales.

Index

Les chiffres renvoient aux pages; ceux *en italique* indiquent la note.

- Abus de pouvoir 248, 267
- Accès
 - à une profession 225 ss.
 - à l'université 221 ss.
- Affichage (sur le domaine public et privé) 242, 247
- Agents immobiliers 53
- Alcool 239
- Amendes 261 s.
 - d'ordre 237
- Annonces 247
- Appareils
 - distributeurs automatiques de boissons 233
 - de jeu 234
- Arbitraire 218, 229, 249, 251, 255, 267, 269 s.; 44, 125, 139
- Arrêts coercitifs 246
- Assistance 212
- Assurance(s)
 - chômage 211
 - privée 243 s.
 - scolaire obligatoire 241
 - sociales 257, 264
- Auberges 261 ss.; 257
- Ausbildungslenkung* 44
- Avance de frais 243
- Avertissement
 - (cf. mise en garde préalable)
- Aviation 249
- Avocats 229 s.
- Banques 243 s.
- Barreau
 - (cf. avocat)
- Bilan coût-avantages* 258; 8
- Bonne foi 218 s.
- Bowling 94
- Cafés-Restaurants
 - (cf. auberges)
- Caution 37
- Censure 236
- Centre collecteur de carcasse de véhicules à moteur 241
- Certificat de capacité 226 s.; 52 ss., 139
- Chargés 242, 256, 266; 37
- Charges de préférence 252
- Chauffeurs de taxis 230 s.; 53
- Chemins de fer 248
- Chiropraticiens 53, 56
- Cinéma 236 s.
- Circulation routière 245 ss.
 - interdiction de circuler 245 s.
 - mesures administratives 247 s.
 - restrictions (à la) 245 s.
 - retrait du permis 247 s.
- Clause de besoin 232
- Coiffeurs 53, 101
- Colporteurs 53
- Commination 259 s.
- Communications 245 ss.
- Concession 239, 242, 248
- Conditions 223, 227, 240, 242, 256 s., 268; 37, 219.
 - locales 245, 267; 257
 - de nomination 253
- Construction(s) 218
 - de logement 212
- Contingentement(s)
 - agricoles 240 s.
 - de films 236 s.
- Contribution(s)
 - de plus-value 190
 - mixte 252
 - publiques 250 ss.
- Contrôle judiciaire 216, 255, 266 ss.; 22, 49, 125, 132, 135, 205
- Crédit agricole 218
- Culpabilité 260 ss.

- Dancing 94
 Délai d'adaptation 227, 234; 96
 Délégation de compétence 28
 Denrées alimentaires 238s.
 Dentistes 62
 Dépôt légal 244s.
 Dépôt de médicaments
 (cf. pharmacie)
 Dérogations 246
 Détenus 220, 264s.; 231, 246
 Devoirs
 – de fonction 253s.
 – de profession 229
 Diplôme
 – E.T.S. 54
 – de maturité 38
 Domaine public
 – usage accru 230, 231; 70
 Domicile professionnel 231, 232
 Douane (droits de) 252s.
 Drogueries 237s.
 Droit à la formation 222; 39
 Droit pénal 260ss.
 Droit pénal administratif 260ss.
- Écoles de ski (directeurs de) 53
 Économie 223ss.
 Efficacité 222, 230, 258; 37, 216
 Égalité 218, 235, 250; 26, 29, 100,
 127, 215
Eingriffsverwaltung 256
 Émoluments 251
 Emploi des armes 231
 Équité 211, 217, 250; 25
 Esthéticiennes 53, 54
 Établissements
 – pénitenciers 265; 246
 – rapports avec les usagers 220
 – utilisation 221
 Étudiants
 (cf. instruction publique)
 Examen de capacité
 (cf. exercice d'une profession)
 Excès de pouvoir 248, 267
 Exécution
 – au frais du débiteur 259; 222
 – immédiate 244, 255
 Exercice d'une profession 225ss.
 Expulsion 234
- Films
 – censure préalable 236
 – contingentement 237
 – distribution 236
 – importation 236
 – projection 236
 Fixation de la peine 260ss.
 Fonctionnaires 253ss.
 Fonds de placement 243s.
 Formalisme excessif 263s.; 243
Funktionsfähigkeit 216
- Garantie de la propriété 244
 Guérisseurs 228s.; 62
 Guides de montagne 53, 54
- Heures d'ouverture et de
 fermeture 233s., 234ss.
 Honorabilité 64, 68
- Immatriculation
 (cf. université)
 Immissions 233s., 236; 102
 Impôts 250
 – imposition progressive 250
 – imposition du tabac 237
 Indication des prix 240; 126
 Inopportunité
 (cf. opportunité)
 Installations intérieures
 – électriques 242; 53
 – sanitaires 242s.
 Instruction publique 220ss.
 Interdiction
 – de circuler 245s.
 – de naviguer 249
 – de parquer 246
 – de stationner 246; 220
 – de vols de nuit 249
 Intérêt
 – culturel 236s.; 235
 – fiscal 231, 242, 250
 – de police 224, 225, 231, 236, 237,
 241; 54, 101
 – public 214, 224, 227, 235, 242, 245,
 249, 255, 258, 260, 265, 267ss.
 Internement 234
 Intervention immédiate 259; 220
- Journalistes 252
 Justes motifs 254
- Fardeau de la preuve
 – répartition 268

- Lavage de voitures 102
Légalité 212, 218, 222, 240, 267; 26, 28, 43s., 248
Leistungsverwaltung 214, 256
Liberté
– d’appréciation 215, 267
– du commerce et de l’industrie 210, 228 (cf. item économie)
– d’expression 34, 35, 246
– individuelle 214, 221, 256, 264; 23
– personnelle 264s.; 246
Liquidations (et opérations analogues) 239s.
Location de chambres 233

Maîtrise fédérale 243; 139
Masseurs 53
Mécaniciens-dentistes 53
Médecins 228s.
Médicaments 228, 237
Mesures
– administratives 247s., 254
– de contrainte
 (cf. moyens de contrainte)
– disciplinaires 221, 229s., 254ss.; 35
– d’exécution 227, 258ss.; 222
– immédiates 244, 259; 206
– d’instruction 262
– de police 224, 258; 49
Militaires 220; 54
Mise en garde préalable 230, 232, 244, 254, 255, 260; 63, 83
Monopole
– de l’alcool 239
– de l’avocat 229s.
– cantonal 241ss.
– communal 241ss.
– des installations intérieures 242s.
Motifs de police
 (cf. intérêt de police)
Motivation
 (cf. obligation de motiver)
Moyens de contrainte 259s., 264s.

Navigation 249
Ne quid nimis 211, 217
Notaires 247
Numerus clausus 222s.; 43s.

Obligation
– de coopérer à la procédure 268s.
– de motiver une décision 251, 266; 248
– de témoigner 247
Opportunité 212, 217, 245, 267; 26
Opticiens 56
Ouverture et fermeture de
 commerces 234ss.
– cafés-restaurants 233s.
– magasins 234s.
– pharmacies 101
– salons de coiffure 101

Patente 226, 229, 231ss.
Peine
 (cf. fixation de la)
Permis de conduire 247s.
Perquisition 246
Perturbateur 259; 222
Pharmacies 228s., 237s.; 101
Piscines 216
Politique
– économique 224s.
– sociale 224s.; 46, 98
Pouvoir d’appréciation 241, 244, 245, 248, 251, 267, 269; 26, 167
Pouvoir d’examen
 (cf. contrôle judiciaire)
Pouvoir discrétionnaire 210; 8
Prescriptions d’ordre 257, 264
Prestations accordées par l’Etat 256ss.
Preuve 253, 268
Prévenus 264s.; 231, 246
Principe(s)
– de la couverture des frais 251s.
– de la culpabilité 260s; 232
– de la généralité de l’imposition 250
– généraux du droit 210, 213, 262s.; 15, 241
Prix barrés 240
Procédure
– disciplinaire 254ss.; 35, 207
– pénale 264s.
– pénale administrative 261s.
Produits dangereux pour la santé 237ss.
Professeurs de ski 53
Professions libérales 225
Prostitution 231
Protection
– des eaux 220
– de la nature 249
– du public 225s., 229, 237, 243

Ramoneurs 242
Rapport de droit particulier 220; 33

- Rechtsstaatsprinzip* 17
 Réclames 247
 Recours
 – administratif 147
 – de droit administratif 147
 – de droit public 269s.
 Refus
 – d’une autorisation 232
 – d’une prestation 257s., 263
 – de témoigner
 (cf. obligation de témoigner)
 Restaurants
 (cf. auberges)
 Restitution
 – d’une subvention
 (cf. subventions)
 Rétablissement de l’ordre légal 258ss.
 Retrait
 (cf. item révocation)
 – d’un contingent 237, 241
 – d’une patente 230, 232; 68
 – du permis de conduire 247s.
 – d’une prestation 257
 – d’une subvention 257; 231
 Révocation
 – d’une autorisation 227, 232, 244
 – d’un fonctionnaire 254ss.
 – immédiate 244; 206

 Sages-femmes 53
 Sanctions
 – administratives
 (cf. mesures administratives)
 – disciplinaires
 (cf. mesures disciplinaires)
 – pénales 260ss.; 237
 Secret professionnel 265
 – du médecin 247
 – du notaire 247

Selbstdispensation 228
 Séquestre 246
 – douanier 253
 Situations acquises 227
 Skilifts
 (cf. téléphériques)
 Sommatton
 (cf. mise en garde préalable)
 Stationnement 246; 220
 (cf. item chauffeurs de taxis)
 Statut des fonctionnaires 252ss.
 Subventions
 – octroi 256
 – restitution 257; 219
 retrait 257; 231

 Tabac
 (cf. impôts)
 Taxes 251s.
 – administratives 251
 – cadastrales 251s.
 – régaliennes 251
 – d’utilisation 251
 Taxis 230s.; 53
 Téléphériques 248
 Toxiques 238
 Trafic 245ss.
 Transports 245ss.

 Université 221ss.
 Usage
 – du domaine public 230s.; 70
 – d’un établissement scolaire 221

 Ventes spéciales 239s.; 125
Verfassungskonforme Auslegung 216;
 24
 Vins (commerce des) 54