



HAL
open science

UN ESSAI SUR LA CLARIFICATION DE L'INFERENCE : ETAT DE DROIT -PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

Christina Koumpli

► To cite this version:

Christina Koumpli. UN ESSAI SUR LA CLARIFICATION DE L'INFERENCE : ETAT DE DROIT -PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE. CONSTITUTION ET DES PRINCIPES, VIIIe Congrès Mondial de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel, Dec 2010, Mexico, Mexique. ⟨hal-02971400⟩

HAL Id: hal-02971400

<https://hal.science/hal-02971400v1>

Submitted on 19 Oct 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Copyright - All rights reserved



VIIIe Congrès Mondial
de l'Association Internationale de
Droit Constitutionnel

CONSTITUTION ET DES PRINCIPES
Mexico, 6–10 décembre 2010

Christina KOUMPLI

**UN ESSAI SUR LA CLARIFICATION DE L'INFERENCE :
ETAT DE DROIT - PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE**

UNE ETUDE ILLUSTRÉE PAR DES EXEMPLES
DU DROIT DE LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

Atelier No 9 : Proportionnalité en tant que principe

P R É S I D E N C E

Rodrigo UPRIMNY

Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombie

Bertrand MATHIEU

Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, Paris, France

Mercredi 8 décembre 2010

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité**Sommaire**

Introduction

I. Le principe de proportionnalité et son contrôle : un instrument de légitimation de l'arbitraire

- A. L'arbitraire : conséquence *sine qua non* du principe de proportionnalité
- B. L'arbitraire : conséquence *sine qua non* du contrôle de proportionnalité
 - i. L'absence de méthode universelle de contrôle
 - ii. Les ambiguïtés inhérentes aux étapes classiques du contrôle
 - 1. *Légitimité de l'objectif de l'acte normatif*
 - 2. *Légitimité des moyens utilisés pour atteindre cet objectif*
 - 3. *Adéquation des moyens par rapport à l'objectif*
 - 4. *Nécessité de l'utilisation de ces moyens pour atteindre cet objectif*
 - 5. *Proportionnalité au sens strict du moyen au regard de l'objectif*

II. Les conditions de l'application de la proportionnalité en tant qu'élément de l'Etat de droit

- A. Les verrous indispensables de l'application du principe de proportionnalité
 - i. L'exigence de « délimitation du domaine » : le concept du *noyau essentiel*
 - ii. L'exigence de précision de l'objectif poursuivi par le créateur de l'acte normatif
- B. Les verrous indispensables du contrôle de proportionnalité
 - i. L'indépendance du contrôleur
 - ii. L'exigence de rigueur dans l'usage des étapes du contrôle
 - iii. L'augmentation du coefficient du « droit faible », contreponds à la finalité prépondérante : une proposition

Conclusion

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

*Mais les camps d'esclaves sous la bannière de liberté,
les massacres justifiés par l'amour de l'homme ou
le goût de la surhumanité,
déseparent, en un sens, le jugement.
Camus A., L'homme révolté, 1951*

Si l'on considère que le principe de proportionnalité est une composante de l'État de droit, alors la « disproportionnalité » lui serait contraire. C'est une question de logique pure. Dès lors, qu'en est-il d'un jugement déclarant une « disproportionnalité non manifeste » ? Celle-ci équivaut-elle à une proportionnalité ou bien à une disproportionnalité ? A-t-elle sa place dans un État de droit ou lui est-elle nuisible ? Il nous semble que les réponses apportées à ces questionnements seraient, en tout état de cause, erronées si la véracité de l'hypothèse initiale (le principe de proportionnalité est une composante de l'État de droit) n'était pas vérifiée et clarifiée.

Tout d'abord, relevons que l'extension des catalogues de droits fondamentaux¹ est un phénomène observable au sein d'un nombre important d'ordres juridiques, à tout le moins européens. Or, « *plus il y a de droits garantis, plus fortes sont les chances que plusieurs d'entre eux ne sont pas simultanément réalisables* »². La multiplication des droits fondamentaux conduit inévitablement à un accroissement des conflits de normes ; une tendance qui n'est pas, en soi, une mauvaise chose mais un élément de la dynamique et de l'évolution du droit.

Par « conflit de normes », on entend la configuration juridique dans laquelle l'exercice d'une norme (obligation, permission, interdiction) est conditionné par l'exercice d'au moins une autre norme de même niveau hiérarchique.

Tout ordre juridique, en principe caractérisé par une unité logique, impose par la voie de l'interprétation de matériaux normatifs afin de résoudre ces conflits³. Le développement des droits fondamentaux n'est naturellement pas aménagé au seul moyen de la proportionnalité⁴, cependant le contrôle de proportionnalité est l'un

¹ Les expressions « droits fondamentaux », « libertés et droits fondamentaux » et « libertés fondamentales » seront employées indifféremment tout au long de l'étude en se référant au même objet juridique.

² PFERSMANN Otto, in FAVOREU Louis (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 4^e édition, p. 90.

³ KELSEN Hans, *Théorie pure du droit* (trad. Ch. Eisenmann), Belgique-Paris, Bruylant-LGDJ, 1999, p. 206.

⁴ Un autre principe de résolution des conflits de normes de même degré est *lex posterior derogat priori*. Pour une analyse de plusieurs hypothèses de conflits de normes, voir : KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 206-208.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

des instruments d'interprétation employés en vue d'une articulation viable des normes qui requièrent d'être simultanément « valides ».

Bien que la présente étude ne vise pas à retracer la généalogie du concept de proportionnalité⁵, il nous semble néanmoins intéressant de préciser que ses origines au sein de la science du droit sont jurisprudentielles. En effet, les juges ont très vite rattaché la proportionnalité à un « devoir » du législateur et de l'administration au moment d'imputer des limitations aux droits des individus ou dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Les Constitutions modernes prévoient ce devoir de manière explicite ou implicite. Ainsi, la proportionnalité a acquis le caractère de « principe », c'est-à-dire d'instrument - de limitation -, dont le juge contrôle l'application. On voit donc que proportionnalité et contrôle sont apparus simultanément ; pour autant, ils ne peuvent être confondus⁶.

D'instrument interprétatif, le principe de proportionnalité a été érigé - dans certains ordres juridiques - en « principe général du droit »⁷ tandis que dans d'autres, il a été inscrit explicitement dans le texte constitutionnel [par ex. les Constitutions suisse (article 5), grecque (article 25), portugaise (article 18)] à l'occasion d'une révision constitutionnelle. Certains textes conventionnels l'ont également consacré⁸. Cette reconnaissance a fait naître une question autour de la normativité du principe et de sa nature au sein des ordres juridiques ; une interrogation qui alimente les recherches doctrinales jusqu'à aujourd'hui. En tout état de cause, tous les ordres juridiques ne consacrent pas ce principe à un niveau constitutionnel. Ce constat n'est pas sans importance comme on l'analysera ultérieurement.

Par ailleurs, les études doctrinales portant sur le principe de proportionnalité ainsi que son contrôle sont devenues foisonnantes⁹. Toutefois, principe de proportionnalité n'équivaut pas à contrôle de proportionnalité.

⁵ Voir SAKELLARIDOU Maria, « La généalogie de la proportionnalité », Rapport présenté au 15^e atelier (Équilibre et proportionnalité dans l'interprétation des Constitutions) du *VII^e Congrès Mondial de l'AIDC*, Athènes, 11-15 juin 2007 ; voir aussi d'autres travaux sur le principe de proportionnalité, cf. note 8.

⁶ Certains auteurs parlent de « contrôle de la proportionnalité » et d'autres de « contrôle de proportionnalité » (par ex. PHILIPPE Xavier, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du Conseil constitutionnel », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009, p. 6.

⁷ CJCE, 11 juillet 1989, *Schrader*, aff. n° 265/87, *Rec. CJCE*, p. 2237.

⁸ Voir : Traité sur l'Union européenne, article 3 ter, protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, *JOUE*, 2007/C306/01 du 17 décembre 2007 ; Traité de Lisbonne ; article II-112, par.1 « Principe de proportionnalité » de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

⁹ En particulier : BRAIBANT Guy, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, Paris, LGDJ, 1974, p. 297 ; MOOR P., « Systématique et illustration du principe de la proportionnalité », in *Mélanges offerts à Michel Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 319 ; MUZNY P., *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, t. 2, PUAM, 2005 ; PHILIPPE Xavier, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica-PUAM, 1990 ; VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis-Bruyant, Bruxelles, 2001 ; XYNOPOULOS Georges, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité (comparative entre France, Angleterre, Allemagne)*, Paris, LGDJ, 1995 ; BOUSTA Rhita, « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, n°4, 1^{er} décembre 2007, pp. 859-877 ; FROMONT Michel, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, numéro spécial, 20 juin 1995 ; KATROUGALOS G., « La portée

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

Le contrôle de proportionnalité, tel qu'il est habituellement pratiqué de nos jours, suivant trois étapes (vérification de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict) n'est que le résultat d'une systématisation doctrinale de l'appréciation, par le pouvoir judiciaire (essentiellement les Cours suprêmes), de l'application du principe de proportionnalité par les deux autres pouvoirs.

En effet, la « réserve de loi », cette expression de l'État légal qui se réfère à la permission - encadrée - accordée au législateur d'aménager un droit fondamental tout en respectant son « noyau essentiel »¹⁰, contient en son sein l'idée d'« équilibrage » à laquelle renvoie aussi la proportionnalité. Or, durant la seconde moitié du XIX^e siècle, on a réalisé que la conformité des normes d'application aux normes de rang supérieur était mieux assurée - et l'arbitraire davantage exclu - au moyen d'un contrôle de l'office du législateur par un organe supérieur. C'est dans le cadre de ce contrôle du respect des limites posées au législateur que la notion de proportionnalité s'est développée. Pour cette raison, celle-ci est souvent qualifiée de « limite de limites ».

La proportionnalité, allant de pair avec les idéaux d'équilibre, de justesse, de pondération et de balance, renvoie au concept d'État de droit qui a succédé à l'État légal. C'est ainsi que dans une grande majorité d'ordres juridiques, la jurisprudence, mais aussi la doctrine, rapprochent la proportionnalité et l'État de droit¹¹ sans toutefois préciser si la proportionnalité est le produit ou la condition

politique et juridique de la révision de l'article 25 de la Constitution », *Revue Hellénique de Droits de l'Homme*, 2001, p. 470 ; GAY L., BENESSIANO W., « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 76, 2008/4, pp. 839-881 ; GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2000, pp. 141 et s. ; GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1997, pp. 227 et s. ; GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 2001, pp. 62-69 ; GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, n°70, 2007, pp. 269-295 ; GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel. Présentation générale », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009, pp. 62-69 ; MAMIA Hector, « Les techniques du contrôle constitutionnel », *Rev. Adm.*, n° 349, 1^{er} janvier 2006, pp. 35-38 ; MAMIA Hector, « Les techniques du contrôle constitutionnel », *Rev. Adm.*, n° 352 1^{er} juillet 2006 ; MATHIEU Bertrand, « Les décisions créatrices du Conseil Constitutionnel », Communication pour le *Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel* du 3 novembre 2008 ; MULLER P., « Le principe de proportionnalité », *Revue de droit suisse*, 1978, p. 209 ; PHILIPPE Xavier, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du Conseil constitutionnel », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009, pp. 6-16 ; RYNGIELEWICZ Klaudiusz, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la CEDH*, 6^e réunion du Conseil mixte sur la justice constitutionnelle, Mini-conférence sur « Le principe de proportionnalité », Venise, 30 mai 2007 ; SERMET Laurent, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme. Présentation générale », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009, pp. 26 s., SIMON Denys, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des Communautés Européennes », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009, pp. 17-25 ; FRAISSE Regis, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009, pp. 74 et s. ; entres autres auteurs.

¹⁰ PFERSMANN Otto, in FAVOREU Louis (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 98.

¹¹ MANITAKIS Antonis, *État de droit et contrôle de constitutionnalité* (traduit du grec), vol. I, Athènes-Thessalonique, Sakkoulas, 1994, p. 204-209 qui explique que le principe de proportionnalité est une prolongation de l'État de droit. Cette idée est reprise de la doctrine allemande.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

de ce dernier, ou inversement, si l'État de droit est le produit ou la condition de celle-ci.

En dépit de cette imprécision, il est certain que l'État de droit a une connotation protectrice des droits et libertés des individus, la proportionnalité également. Toute ingérence dans un droit fondamental considérée par le juge comme « proportionnelle » équivaut à une intervention légitime qui devient *in fine* valide au sein de l'ordre juridique.

Or, si l'*État de droit* se prétend défenseur des droits et des libertés, c'est pour la simple raison qu'il s'agit d'un ordre juridique au sein duquel le *pouvoir* est censé être soumis au *droit* et où l'arbitraire est censé être exclu¹². Par *arbitraire*, on entend la production de normes au sein d'un ordre juridique quelconque ne respectant pas les normes de production normative de cet ordre, d'un point de vue institutionnel (séparation des pouvoirs) comme substantiel (respect des droits fondamentaux). En d'autres termes, l'État de droit suppose que l'application des règles de droit en son sein se fasse suivant ce que l'ordre juridique a déterminé et non de façon parfaitement imprévisible¹³. Il en résulte, en principe, une *sécurité juridique*, qui permet un « *système juridique présentant (...) des formulations de normes suffisamment précises (...) pour que leur application (...) permette une orientation claire aux destinataires [et] ne laisse que la plus faible place à l'arbitraire...* »¹⁴.

Or, nous ne pouvons ignorer que la proportionnalité, dans la science linguistique mais aussi mathématique, est une notion relative, c'est-à-dire une notion qui « *agit dans les deux sens* »¹⁵ comme on l'analysera plus tard. Nous pourrions donc d'ores et déjà supposer l'existence de risques importants d'arbitraire en cas de conflits de normes. En effet, le législateur et l'administration, qui sont censés appliquer originairement le principe de proportionnalité en édictant leurs actes, sont « condamnés » à la relativité de l'instrument et à la subjectivité qu'il peut autoriser ; il en est de même du juge qui contrôle ces actes et dispose de « *compétences d'ajustement (...) naturellement (...) plus importantes que celles du législateur ou de tout autre organe impliqué (...)* »¹⁶. Dans ce dernier cas, il existe un risque de produire des décisions d'une forte imprévisibilité d'autant plus important que, très souvent, le juge réalise son contrôle au moyen de notions aussi relatives que celle de proportionnalité telles que, par exemple, « l'intérêt général » ou « l'ordre public ». Un même danger existe lorsque le contrôle du juge n'est pas encadré par des paramètres prédéterminés et stables.

Cela étant, nous sommes d'avis que l'opération logique qui relie le principe de proportionnalité à celui d'État de droit ne va pas de soi : le principe de proportionnalité, ainsi que son contrôle, ne peuvent prétendre être des « garanties automatiques » des libertés et droits fondamentaux. Par conséquent, notre objectif est d'apporter quelques précisions à l'égard de l'inférence de ces deux principes

¹² PFERSMANN Otto, in FAVOREU Louis (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 11^e édition, 2008, p. 86.

¹³ PFERSMANN Otto, « Contre le néo-réalisme juridique, Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, n° 50, 2002/2, p. 282.

¹⁴ PFERSMANN Otto, in FAVOREU Louis (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 86.

¹⁵ DE SALVIA Michel, « La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978/3, p. 493.

¹⁶ PFERSMANN Otto, in FAVOREU Louis (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 101.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

afin de démontrer scientifiquement leur vérité ou les circonstances juridiques dans lesquelles cette vérité est réalisable.

Pour y parvenir, il importe à titre liminaire de définir de manière stipulative les termes qui constitueront les principaux axes de notre étude afin d'éviter toute contradiction dans le cheminement de notre démonstration.

En premier lieu, la définition retenue pour le principe de proportionnalité est celle d'un *instrument interprétatif à la disposition de celui qui est habilité à vérifier l'admissibilité conventionnelle, constitutionnelle ou légale d'un acte normatif poursuivant un objectif par le biais d'un moyen qui cause une ingérence dans l'exercice d'un ou plusieurs droits fondamentaux*.

Le **contrôle de proportionnalité** est quant à lui entendu comme une *technique, créée par la doctrine, permettant de vérifier le respect du principe de proportionnalité par le créateur d'un acte normatif portant une ingérence dans l'exercice d'un ou plusieurs droits fondamentaux afin de valider ou non cet acte dans l'ordre juridique concerné. Il peut se décomposer en cinq étapes permettant de vérifier successivement :*

1. *la légitimité de l'objectif de l'acte normatif ;*
2. *la légitimité des moyens utilisés pour atteindre cet objectif ;*
3. *l'adéquation des moyens par rapport à l'objectif ;*
4. *la nécessité de l'utilisation de ce moyen pour atteindre cet objectif ;*
5. *la proportionnalité au sens strict du moyen au regard de l'objectif.*

Enfin, précisons que nous choisissons de traiter en particulier le droit à la protection des données à caractère personnel en tant qu'illustration de ces considérations. Ce choix repose sur deux raisons précises.

D'une part, il nous semble que la proportionnalité constitue un principe essentiel de la réglementation du droit à la protection des données à caractère personnel. Précisément, la mise en place de tout traitement de données personnelles, qu'il se fasse au format papier ou numérique, doit respecter ce principe. Comme le prescrit effectivement la directive européenne 95/46/CE, toutes les données personnelles enregistrées dans un fichier doivent être « *adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement* »¹⁷. Cette disposition a été transposée identiquement au sein de tous les ordres juridiques nationaux des États membres. Pour autant, il importe de souligner que le terme « proportionnalité » ne figure, en tant que tel, ni dans le texte normatif européen ni, par exemple, dans les textes grec ou français ayant transposé ladite directive. Cette remarque est-elle sans importance ?

D'autre part, les besoins sécuritaires qui se sont renforcés ces dix dernières années ont fortement fragilisé la protection du droit à la protection des données à caractère personnel.

¹⁷ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, article 6 par. 1c ; France : loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, article 6, par. 1-3 ; Grèce : loi 9472/1997, article 4, par. 1b.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

La sécurité de l'État, prévue dans tout texte relatif à la protection des données personnelles en tant que dérogation légitime au système général de protection des données, devient finalement peu à peu la règle puisque de plus en plus de traitements de données sont mis en place à des fins sécuritaires. Le fait que les terroristes utilisent des identités multiples a conduit à l'introduction de la biométrie dans les passeports et pièces d'identité, un dispositif considéré comme un moyen fiable d'identification des personnes. De plus, le fichage des données à caractère personnel s'est banalisé à tel point que l'on s'interroge sur le pré carré qui reste aujourd'hui à la liberté individuelle et la vie privée. Aujourd'hui, des banques jusqu'aux cantines scolaires, la biométrie est employée pour améliorer la reconnaissance des personnes. Ce procédé nous paraît excessif si l'on pense à la quantité et à la qualité des informations que l'on peut obtenir sur une personne à travers l'enregistrement de son iris ou de la structure de son ADN.

Or, le juge de la proportionnalité (qu'il soit constitutionnel, ordinaire ou européen) ne procède qu'à un contrôle restreint de proportionnalité de tous ces actes normatifs introduisant des traitements de données personnelles. Par ce « laxisme », il contribue à une apparence de conformité au droit qui « ménage la raison d'État »¹⁸. En recourant, explicitement ou implicitement, à la proportionnalité, les juges cèdent aux faits qui les ont convoqués et valident l'enregistrement de données présentant une « sensibilité » excessive (par ex. toute donnée biométrique) dans un nombre de plus en plus important de fichiers. Or, ces phénomènes manifestent un contournement de l'État de droit¹⁹. Dès lors, le principe de proportionnalité ne se présente pas comme un rempart suffisant pour que l'équilibre entre sécurité et libertés des personnes soit effectivement assuré. L'exemple du droit à la protection des données personnelles nous offre des pistes de réflexion fructueuses à l'égard de cette problématique générale.

Précisément, il s'agira de se demander si et dans quelle mesure le principe de proportionnalité ainsi que son contrôle sont effectivement des éléments de l'État de droit ? Il semblerait davantage qu'ils constituent un instrument pouvant s'adapter à toute circonstance tel un « caméléon juridique »²⁰. En ce sens, ils peuvent légitimer l'arbitraire (I). Cependant, la prise en considération d'autres paramètres au moment de l'application du principe (par l'auteur de l'acte) et de son contrôle (par le juge) peut amoindrir ce risque d'arbitraire qui leur est inhérent (II).

¹⁸ DELMAS-MARTY Mireille, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2010, p. 129.

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ MUZNY Petr, « Proportionnalité (principe de- et contrôle de-) », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 810-814.

I. Le principe de proportionnalité et son contrôle : un instrument de légitimation de l'arbitraire

Les trois étapes classiques du contrôle de proportionnalité (adéquation-nécessité-proportionnalité stricte) s'avèrent inaptes à assurer l'objectivité de ce processus (B) dans la mesure où la *finalité* de l'acte normatif, telle qu'elle est définie par son créateur, constitue l'« axe » autour duquel va « tourner » le raisonnement de la proportionnalité (A). Cet élément intrinsèque au principe de proportionnalité conduit à des interprétations téléologiques qui, la plupart du temps, justifient les mesures en question. Dès lors, est contourné le contrôle sur le fondement des normes encadrant la production normative prévues par l'ordre juridique concerné.

A. L'arbitraire : conséquence *sine qua non* du principe de proportionnalité

Le concept de « proportion » - substantif du terme proportionnalité - implique une *relativité* qui permet de dire, par exemple, que 10, 100, 1000, 10000 sont proportionnels mais aussi que 10, 10000, 10000000 sont proportionnels, sachant que le coefficient dans le premier cas est 10 et dans le second 1000. Il s'agit d'une notion relative puisqu'elle ne permet ni un résultat unique ni une prévisibilité des résultats de son application. Une détermination d'autres paramètres de la relation de manière suffisamment précise et préalable est nécessaire²¹.

Par ailleurs, la proportionnalité n'est autre chose qu'une « relation ». Deux (par ex. A et B) ou *n* éléments qui se trouvent dans une « relation proportionnelle » sont des éléments constitutifs de la proportionnalité ; peu importe si ceux-ci coexistent dans une relation paisible ou conflictuelle. En ce qui concerne le cas des relations conflictuelles, qui va nous occuper ici, le A de la relation peut *proportionnellement* « revendiquer une place » plus importante que le B jusqu'à ce que potentiellement le B n'existe plus. Dès lors, si l'interdiction de l'extinction de B n'est pas préalablement interdite, la relation sera toujours caractérisée de « proportionnelle » et sera valable. Ainsi, en soi, le qualificatif « proportionnel » a un caractère neutre. Mais il a aussi un caractère libéral, généreux voire trop tolérant puisqu'il contient le substantif « proportion » qui est - comme on l'a dit - relatif.

Ces propos sont transposables en science du droit. Comme nous l'avons mentionné, la multiplication des droits fondamentaux rend impossible la réalisation simultanée de tous ces droits. Ainsi, des conflits de normes se produisent chaque fois que l'exercice d'un droit fondamental conduit à la limitation de la validité d'un autre droit de même degré. C'est dans une telle configuration que la proportionnalité intervient. Le but de son application est

²¹ voir *infra* II partie.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

d'examiner si une telle limitation est équilibrée, condition de sa validité dans l'ordre juridique. C'est à travers cet idéal d'équilibre ainsi que sa relation avec l'État de droit tel que précédemment définie que la proportionnalité tire tout son attrait en tant qu'instrument de résolution des conflits de normes.

Pourtant, si l'équilibre suppose une stabilité, un rétablissement de l'égalité d'un rapport injuste entre des éléments opposés, **la proportionnalité est en soi un concept vide de sens ; il s'agit d'un simple instrument-calculateur dont le résultat dépend des données que l'on considère.** La seule assurance - qui explique peut-être inconsciemment tout ce respect vis-à-vis du principe de proportionnalité - semble être le fait que celle-ci, d'un point de vue mathématique, est *a priori* caractérisée par une cohérence intérieure : l'évolution de tous les résultats est *obligatoirement liée à un élément déterminé dès le départ (par ex. 2,4,6,8 sont proportionnels ; le coefficient est 2)*.

En droit, les éléments de cette « relation » ne sont cependant pas traduisibles en chiffres. La proportionnalité juridique au sens strict renvoie, le plus souvent et dans la majorité des ordres juridiques, à l'idée de balance sur laquelle on pèse, d'un côté, les charges qu'une mesure crée et, de l'autre côté, les bénéfices que l'on obtient par son biais ; une relation que la doctrine qualifie de « *balance des intérêts* »²². Une considération de l'ensemble de ces éléments permettrait, à notre sens, une meilleure appréhension et compréhension de l'application de cet instrument autant par le juge, l'administration que le législateur.

En effet, le principe de proportionnalité engage, dans un premier temps, tout organe étatique ou habilité par l'État à limiter et donc à concilier des droits. Ainsi en est-il du législateur dans le cadre de son œuvre législative, du juge lorsqu'il statue sur un litige, de l'administration dès lors que le législateur ou la Constitution lui attribue ce pouvoir de décision ; tel est aussi le cas, plus spécifiquement, de tout responsable d'un traitement de données à caractère personnel qui met en place une base de données quelconque.

Or, comme on l'a précédemment relevé, le principe de proportionnalité ne garantit en rien que les deux normes juridiques qui se trouvent en conflit à la suite de l'édiction d'un acte juridique soient limitées de manière égale après cette conciliation, ni que l'une ne va pas faire disparaître l'autre (ou presque). Il s'agit toujours de l'application d'un outil interprétatif qui implique un processus intellectuel d'appréciation.

Durant ce processus, dans le cadre duquel l'outil utilisé est la proportionnalité - et le résultat recherché la détermination de la validité ou non de l'acte normatif en question au sein de l'ordre juridique -, deux éléments conduisent à une situation conflictuelle deux (ou plusieurs) normes :

- a) un objectif (présumé ici légitime) visant à protéger ou renforcer l'exercice de certains droits et/ou libertés et/ou objectifs à valeur constitutionnelle ;
- b) un moyen (présumé ici légitime), introduit par un acte normatif, pour atteindre cet objectif tout en mettant en cause l'exercice d'un autre droit.

Prenons un cas concret pour illustrer cette hypothèse :

²² GUESEL LE HIBAN, op.cit.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

- ***Acte normatif*** : loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

- ***Objectif*** : article 1^{er} : « *La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives.*

L'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens ».

Moyen : article 10 : « *La transmission et l'enregistrement d'images prises sur la voie publique, par le moyen de la vidéosurveillance, peuvent être mis en œuvre par les autorités publiques compétentes aux fins d'assurer la protection des bâtiments et installations publics et de leurs abords, la sauvegarde des installations utiles à la défense nationale, la régulation du trafic routier, la constatation des infractions aux règles de la circulation ou la prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol ».*

Les deux (ou plusieurs) normes en conflit (relevant d'un même niveau dans la hiérarchie des normes) se trouvent ainsi en interdépendance puisque l'ampleur de l'exercice de l'une a inévitablement des conséquences sur l'exercice de l'autre. En l'occurrence, la prévention des atteintes à l'ordre public porte atteinte à l'exercice de la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir et au droit au respect de la vie privée²³.

Ainsi, l'acte normatif introduit un moyen favorable à la réalisation de son objectif (prévention des atteintes à l'ordre public) mais attentatoire à un droit ou à une liberté fondamentale. Il s'agit de l'élément inchangeable et stable au regard duquel la personne habilitée à apprécier la proportionnalité de l'ingérence formule sa décision.

La finalité ou objectif de l'acte normatif paraît alors jouer un rôle de « variable indépendante » qui oriente le résultat du contrôle de proportionnalité : la permission ou non de l'ingérence permise dans l'exercice d'un droit et, par conséquent, la confirmation de la validité ou non de l'acte normatif en question au sein de l'ordre juridique.

En d'autres termes, la proportionnalité au sens strict considère une relation entre une ou deux/plusieurs norme(s) selon laquelle toute variation de la première (recherchée par le créateur de l'acte en tant que « variable indépendante ») entraîne une variation correspondante de la/les seconde(s) (« variable(s) dépendante(s) »). Ainsi, la

²³ Conseil constitutionnel, décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 : « 2. *Considérant que les auteurs des saisines font grief à cet article, qui fixe un régime d'autorisation et d'utilisation des installations de systèmes de vidéosurveillance, de méconnaître l'exercice de plusieurs libertés et droits fondamentaux constitutionnellement protégés ; qu'au nombre de ceux-ci figureraient, selon eux, la liberté individuelle dont l'autorité judiciaire doit assurer la garantie en vertu de l'article 66 de la Constitution, la liberté d'aller et venir sans surveillance arbitraire et généralisée et le droit au respect de la vie privée qui impliquerait un droit à l'anonymat... ».*

« 3. *Considérant que la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions, sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits à valeur constitutionnelle... ».*

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

proportionnalité est similaire à une *fonction* (mathématique), c'est pourquoi elle a, en tant que telle, une nature objective, neutre. C'est d'ailleurs ce rôle instrumental²⁴, normalement dénué de contenu normatif préétabli, qui permet de lui conférer le qualificatif de « principe »²⁵.

Dès lors, à défaut d'autres paramètres limitatifs du « champ de la proportionnalité »²⁶, le résultat de l'acte en question - l'ingérence dans le(s) droit(s) - peut être considéré comme proportionnel ou, à tout le moins, « non manifestement disproportionné », donc *a priori* valide au sein de l'ordre juridique. C'est ainsi que le législateur, l'administration ou encore un responsable de traitement de données raisonne lorsqu'il propose un acte normatif.

Tel est le sens strict de la proportionnalité appliquée par tout pouvoir décideur à un moment ou un autre. La place primordiale accordée à l'objectif dans l'application de la proportionnalité *stricto sensu* conduit à une interprétation téléologique²⁷ ; une posture qui ne facilite pas la prise en compte de normes encadrant la production normative, **voire encouragement - pour ne pas dire justifie - le contournement de ces normes.**

Celui qui propose la mise en œuvre d'un traitement de données personnelles va certainement prendre en considération la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés mais la cause de l'ingérence, c'est-à-dire la finalité du traitement en l'espèce, sera présentée comme prépondérante au regard des circonstances. Par conséquent, l'atteinte - même grave - sera considérée comme justifiée si elle est proportionnelle.

On retrouve ici l'idée de « balance des intérêts »²⁸. En effet, pour introduire dans un ordre juridique un acte, son créateur ne prend pas seulement en compte l'ingérence de cet acte dans certains droits mais aussi les avantages - **le plus souvent hypothétiques** - obtenus si la finalité de ce dernier est atteinte. Ainsi, **tout est calculé par rapport à l'objectif de l'acte en question** : un objectif peu important ne peut justifier une limitation importante de l'exercice d'un droit ; à l'inverse, un objectif présentant une extrême importance peut justifier une atteinte grave à un droit. **Or, le créateur d'un acte proposera-t-il l'adoption d'une mesure en la présentant comme peu importante ? On ne peut répondre que par la négative. En ce sens, la proportionnalité paraît être un prétexte de légitimité.**

Ainsi, l'application de la proportionnalité *stricto sensu* peut servir de justification à des mesures limitant l'exercice de droits, c'est pourquoi, en dépit de son attrait, plusieurs ordres juridiques restent hésitants devant l'introduction - surtout dans leur texte constitutionnel - d'un principe si ambigu au regard de la production de normes. Même dans les ordres juridiques où ce principe a trouvé une place explicite au sein de la Constitution, relevons que les travaux parlementaires

²⁴ Comme on l'a précédemment relevé, « la proportionnalité est en soi un concept vide de sens, un simple instrument-calculateur dont le résultat dépend des données que l'on considère », *supra*.

²⁵ MORVAN Patrick, « Principes », in *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 1202.

²⁶ Par ex. que le « noyau essentiel » de la norme dont l'exercice se voit limité ne disparaisse pas.

²⁷ *τέλος* « *télos* » en grec : fin ; finalité, but.

²⁸ SIMON Denys, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des Communautés Européennes », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009, p. 21.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

préalables à cette consécration révèlent généralement certaines voix en défaveur de la consécration de ce principe²⁹.

Cependant, les risques inhérents au principe de proportionnalité pourraient être écartés par l'ajout et la délimitation de paramètres à prendre en compte avant ou lors de l'application du principe de proportionnalité³⁰ ou par le biais d'un contrôle/test du principe de proportionnalité - c'est-à-dire un contrôle de « *l'application* » du principe de proportionnalité, comme on le verra ci-après. Afin qu'il puisse se différencier de l'application du principe, ce contrôle doit reposer sur des critères pertinents et peu aléatoires. Or, cela est-il possible dès lors que la proportionnalité est un instrument juridique interprétatif qui évalue une ingérence par rapport à une finalité ? Autrement dit, est-il possible que le juge de la proportionnalité ignore cette finalité prédéterminée lors de son contrôle ? Comment garantir que celui qui exercera ce contrôle ne sera pas influencé par les raisons ayant inspiré l'organe créateur, qui a appliqué sa propre conception de la proportionnalité, et donc ne sera pas aussi conduit à une interprétation téléologique ?

B. L'arbitraire : conséquence *sine qua non* du contrôle du principe de proportionnalité

Il va de soi que celui qui applique le principe de proportionnalité ne peut être celui qui contrôle l'application de celui-ci. Ainsi, si l'on parle de *contrôle* de proportionnalité, nous nous référons à un organe supérieur ou, à tout le moins, distinct de l'organe qui a produit l'acte normatif introduisant la mesure ayant porté atteinte à l'exercice d'un droit (juge de la proportionnalité).

Toutefois, nous pouvons observer que les juges de la proportionnalité non seulement ne suivent aucune méthode universelle de contrôle, y compris au sein d'une même juridiction (au sens large) (i), mais également que les étapes du contrôle que la doctrine a conceptualisées ne garantissent pas, à elles seules, l'État de droit tel que défini en introduction (ii).

i. L'absence de méthode universelle de contrôle

Même si « *tout contribue à faire de la proportionnalité un principe largement partagé qui aspire à une certaine forme d'universalité* »³¹, la méthode suivie par celui qui emploie cet outil n'est pas universelle ; une situation qui, à notre sens, n'est pas accidentelle.

²⁹ Actes de la Z' Assemblée nationale de la Grèce pour la révision de la Constitution, Période I', Commission A', Rapport de la Commission sur la révision de la Constitution, p. 132. Le rapporteur général du parti communiste considérait, par exemple, que l'introduction de la proportionnalité dans la Constitution avait été avancée afin d'officialiser les limitations aux droits qui sont de toute façon permises.

³⁰ Ceci sera démontré dans la seconde partie de la présente étude.

³¹ PHILIPPE Xavier, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du conseil constitutionnel », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009, p.15.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

Lors du contrôle de proportionnalité, qui est un processus interprétatif (une interprétation de l'interprétation) l'organe qui juge l'application de la proportionnalité (telle que conçue par le créateur de l'acte en question) est libre de définir ou non ses propres critères. Aucun texte normatif ne prescrit des critères prédéfinis ou bien une méthode formelle particulière qui doit être respectée par le juge de la proportionnalité lors de son appréciation du caractère proportionnel ou non d'une ingérence. Le seul élément donné dans ce contrôle est la proportionnalité elle-même qui n'est pourtant pas l'objectif mais l'objet même du contrôle.

Le juge constitutionnel allemand³² a produit les efforts les plus remarquables en la matière afin de rendre son contrôle transparent et prévisible³³. Ainsi, il a été à l'origine d'un « *mimétisme conduisant à une harmonisation des jurisprudences* »³⁴ de certains juges constitutionnels (par ex. en Belgique, Espagne, Grèce, Portugal). Le juge allemand examine³⁵ - avec une constance rare en comparaison de ses homologues étrangers - les éléments suivants :

- 1) *aptitude des moyens au regard de l'objectif (Geeignetheit) ;*
- 2) *nécessité de l'utilisation de ce moyen pour atteindre cet objectif (Erforderlichkeit) ;*
- 3) *proportionnalité au sens strict du moyen par rapport à l'objectif (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne)*³⁶.

Nous analyserons en détail ces étapes ultérieurement³⁷, il convient seulement ici de remarquer que cette clarté du raisonnement en étapes suivi par le juge constitutionnel allemand a été si éloquente et prometteuse en termes de sécurité juridique que la doctrine de plusieurs ordres juridiques l'a repris et systématisé afin de pouvoir repérer ces étapes dans toute décision réalisant un contrôle de proportionnalité de manière explicite ou implicite³⁸. Dès lors, la transparence qui caractérise le raisonnement du juge allemand est probablement l'un des éléments à l'origine de l'inférence « État de droit - principe de proportionnalité ». Néanmoins, deux objections peuvent à cet égard être avancées.

³² Voir PHILIPPE Xavier, *ibidem*, p. 6 ; TSILIOTIS Charalampos, « Le principe de proportionnalité dans le droit constitutionnel allemand », *Δικαιώματα του ανθρώπου (Droits de l'Homme)*, vol. IV, volume hors-série, 2004.

³³ PHILIPPE Xavier, *op. cit.*, p. 7.

³⁴ *Ibidem*, p. 14.

³⁵ BVerfGE, 7, 377 Apotheken-Urteil, 94, 372, 390 Werbeverbote für Apotheker, 95, 173, 183 Tabakverordnung, 99, 341, 353, Testierfreiheit für sprach- und schreibunfähige Personen.

³⁶ XYNOPOULOS Georges, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité (comparative entre France, Angleterre, Allemagne)*, Paris, LGDJ, 1995, p. 188-189 ; PHILIPPE Xavier, *op. cit.*, p. 11.

³⁷ Le concept théorique du contrôle de l'application du principe de proportionnalité a été défini en introduction avec 5 étapes puisque la connaissance que nous apporte le droit comparé en la matière montrent que deux étapes précèdent les trois classiquement considérées, de manière le plus souvent tacite. Il s'agit, premièrement, du contrôle de la légitimité de l'objectif et, ensuite, de la légitimité du moyen proposé pour l'atteindre.

³⁸ D'ailleurs ce travail de la doctrine est tellement important ces dernières années que nous ne pouvons pas nous empêcher de soupçonner que certains juges constitutionnels qui résistaient à une systématisation de leur contrôle se sont finalement pliés devant la force de cette méthode intelligible. Un exemple très éloquent à ce sujet est la seule et unique, jusqu'à présent, « décision triadique » (utilisant le raisonnement en trois étapes) du Conseil constitutionnel français n° 2008-562 DC du 21 février 2008, « Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ».

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

i) Premièrement, il convient de rappeler et souligner que même si nombre d'ordres juridiques européens³⁹- et surtout les nouvelles démocraties - ont repris les principales caractéristiques du système de justice constitutionnelle allemande, ce contrôle de proportionnalité romano-germanique n'y est pas observable sous cette « forme triadique » et de manière tout à fait fidèle au raisonnement du juge allemand dans aucun de ces ordres. Il nous semble plutôt que c'est la doctrine qui a cherché à rapprocher les différents raisonnements suivis par les juges nationaux européens des étapes classiques du contrôle allemand. En outre, il ne semble pas pertinent de s'attarder sur le contrôle de proportionnalité français dont la spécificité a été relevée à plusieurs reprises⁴⁰, ni sur le contrôle anglais de *reasonableness* (caractère raisonnable) repris dans toutes les ex-colonies britanniques⁴¹. Une remarque semblable peut être faite s'agissant de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui applique sa propre méthode, proche mais non identique à celle du juge allemand, avec toutefois moins de rigueur que celui-ci⁴². Ainsi, nous relevons non seulement que le contrôle en trois étapes est de fait souvent partiel mais également qu'au sein d'un même organe, du même ordre juridique, le contrôle semble « flairant », son application intuitive, dépendante du contexte et, finalement, instable⁴³.

ii) Deuxièmement, la recherche abondante de la doctrine sur la politique jurisprudentielle du contrôle de proportionnalité démontre une absence d'universalité.

Or, ce manque d'universalité et de cohérence au sein d'un même ordre juridique attire notre attention dans la mesure où, probablement, la rareté de « *cette série d'étapes liturgiquement réglées* »⁴⁴ n'est pas accidentelle mais, au contraire, « intentionnelle ». En effet, on peut considérer que le juge - peu importe son niveau dans la hiérarchie de l'ordre juridique - hésite à suivre les « étapes classiques », car le contenu de chacune d'elles implique, peut-être, un certain risque d'arbitraire ; un danger que le juge ressent et essaye d'esquiver. Certes, un tel contrôle exhaustif, suivant des étapes précises, peut alimenter une apparence de sécurité juridique mais cette dernière n'est assurée qu'à la condition que les étapes du test de proportionnalité garantissent, en elles-mêmes et de manière cumulative, une exclusion de l'arbitraire⁴⁵. Cette hypothèse mérite d'être analysée de plus près.

³⁹ Voir la classification de PHILIPPE Xavier concernant le « groupe de pays romano-germaniques » ; PHILIPPE Xavier, *op. cit.*

⁴⁰ À titre d'exemple : BOUSTA Rhita, « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, n° 4, 1^{er} décembre 2007, pp. 859-877 et aussi l'œuvre riche de GOESEL-LE BIHAN Valérie, voir note 9.

⁴¹ XYNOPOULOS Georges, *op. cit.*, p. 194-242 ; PHILIPPE Xavier, *op. cit.*, p. 7.

⁴² VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis-Bruylant, 2001, pp.249-272.

⁴³ *Ibidem*, p. 277.

⁴⁴ SIMON Denys, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des Communautés Européennes », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009, p. 18.

⁴⁵ Voir *infra*, p. 3.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

ii. Les ambiguïtés inhérentes aux étapes classiques du contrôle

Comme on l'a précédemment mentionné en introduction du présent travail, le concept théorique de contrôle de proportionnalité implique en principe cinq étapes ; quand bien même tous les juges de la proportionnalité ne les appliquent pas toutes rigoureusement (à tout le moins explicitement). L'accomplissement cumulatif de celles-ci est cependant nécessaire afin que l'application de la proportionnalité par le créateur d'un acte soit pleinement contrôlée. Nous nous pencherons sur chacune de ces étapes en examinant leur contenu et aptitude à permettre un contrôle le plus objectif possible et, par conséquent, davantage prévisible.

Ces étapes sont les suivantes :

1. *Légitimité de l'objectif de l'acte normatif*

Il s'agit d'un critère qui paraît souvent absent dans les décisions des juges de la proportionnalité. En général, il est cependant considéré tacitement puisque qu'il n'est pas possible d'examiner la proportionnalité d'une ingérence, si l'objectif - pour lequel l'ingérence est survenue - est contraire aux normes hiérarchiquement supérieures de l'ordre juridique en question (légitimité). Par exemple, un fichier national qui listerait les homosexuels afin de contraindre leur recrutement par le Ministère de l'Éducation nationale ne pourrait être facilement examiné quant à sa proportionnalité étant donné que l'objectif poursuivi est contraire au principe d'égalité et, par conséquent, se révèle inconstitutionnel.

Par ailleurs, le fait qu'il s'agisse, le plus souvent, d'un examen tacite ne signifie en aucun cas que le juge ne doit pas procéder à cette vérification. Dans le cas contraire, cela reviendrait à considérer que la légitimité de l'objectif va de soi. Au contraire, comme on l'a expliqué plus haut et ainsi qu'on le démontrera de nouveau par la suite, l'objectif de l'acte en question est la pierre angulaire du contrôle de proportionnalité, l'axe autour duquel tout le procédé fonctionne. Si cet objectif n'est pas légitime, la légitimité des résultats du contrôle ne pourra, en aucun cas, être affirmée.

Or, l'examen de la légitimité de l'objectif que s'est assigné le créateur de l'acte normatif ne présente pas le même risque d'arbitraire que les trois étapes classiques pour la simple et bonne raison qu'il ne s'agit pas d'un examen « par rapport » à un objectif mais « par rapport » à une norme de droit de l'ordre juridique, en principe non-influencée par le contexte de la norme proposée et, en l'occurrence, contrôlée. Ainsi, la Convention internationale X, la Constitution Y et/ou la loi Z constituent les sources normatives par rapport auxquelles l'examen de la légitimité de l'objectif de l'acte en question est réalisé.

Cette démarche peut permettre de contourner l'arbitraire sans que l'on ignore, bien évidemment, qu'il s'agit encore une fois d'un processus interprétatif. Par conséquent, la légitimité de l'objectif de l'acte normatif, c'est-à-dire la non-contradiction de l'objectif avec une disposition conventionnelle, constitutionnelle, et/ou législative, est l'étape préalable à tout contrôle de proportionnalité. Elle

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

n'implique pas un risque élevé que le juge de la proportionnalité se substitue à l'appréciation du créateur de la norme concernée.

2. *Légitimité des moyens utilisés pour atteindre cet objectif*

L'analyse de cette deuxième étape du test de proportionnalité est assez semblable à la précédente.

Il s'agit également d'un examen de non-contradiction de la mesure proposée avec une disposition conventionnelle, constitutionnelle ou législative. La base du contrôle n'est toujours pas l'objectif visé par le créateur de l'acte mais des dispositions normatives supérieures. Par exemple, serait inconstitutionnelle une mesure qui enjoindrait d'introduire sous la peau des délinquants acquittés un « badge électronique » afin de les surveiller pour X années après leur acquittement au motif de prévenir la délinquance.

Une fois encore, le fait que ce ne soit pas l'objectif de l'acte qui fonde le contrôle lors de cette étape mais un texte de droit positif nous permet de considérer que le processus interprétatif auquel le juge de la proportionnalité soumet la mesure contient moins de risque de voir ce dernier dans un rôle qui n'est pas le sien ou qu'il devienne co-auteur de l'acte en question.

3. *Adéquation des moyens par rapport à l'objectif*

Par adéquation, on entendra la qualité substantielle d'un moyen d'être apte techniquement à réaliser l'objectif poursuivi par le créateur de l'acte normatif qui introduit la mesure attentatoire. Cette étape présuppose, naturellement, que les deux conditions précédentes soient accomplies mais elle se différencie de celles-ci car, en l'occurrence, le juge de la proportionnalité est censé vérifier - en plus des deux conditions précédentes - si cette mesure est appropriée pour atteindre l'objectif poursuivi. Dans l'hypothèse d'une mesure qui se révèle inadéquate, le contrôle s'arrête là dès lors que la disproportion est prouvée.

Néanmoins, comment est-ce possible que le créateur de l'acte propose un acte inadéquat et qu'entend-t-on précisément ici par adéquation ?

Celui qui a proposé la mesure dispose d'un pouvoir légitime de le faire et, à titre général, il n'a pas intérêt à proposer des mesures inaptes à réaliser l'objectif souhaité. Ainsi, quand le législateur propose la création d'un fichier d'enregistrement de l'ADN des mineurs, sans délai de conservation de ces données⁴⁶, il s'agit certainement d'un moyen légitime et susceptible d'améliorer la détection des infractions, ce qui est un objectif légitime.

Par conséquent, l'étape du contrôle de l'adéquation ne permet pas au juge de la proportionnalité de « se détacher » facilement de la volonté du créateur de l'acte et donc de juger de manière objective. Or, en principe, il est attendu du juge de la proportionnalité qu'il conserve une neutralité à l'égard des appréciations socio-économico-politiques, mais aussi axiologiques, du créateur de l'acte normatif

⁴⁶ CEDH, 4 décembre 2008, *S and Marper c/ Royaume-Uni*.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

contrôlé. C'est plutôt la prochaine étape, l'examen de la nécessité de la mesure, qui pourrait lui permettre de procéder à un jugement plus objectif.

Par ailleurs, lors de l'examen de l'adéquation des moyens avec l'objectif, le juge ne peut intervenir de manière objective que lorsque la mesure s'avère inadéquate d'un point de vue technique. Or, il convient de préciser ce que l'on entend exactement par inadéquation technique et au regard de quel critère on peut l'apprécier. La doctrine soit n'approfondit pas ce terme ou se limite à des définitions circulaires, soit elle considère que l'inadéquation peut être estimée en fonction d'une bonne connaissance de l'état actuel du domaine concerné par la mesure et surtout en fonction de prévisions quant à la situation future du domaine⁴⁷.

Toutefois, nous ne voyons pas comment ces éléments circonstanciels peuvent assurer une appréciation prévisible et relevant de l'État de droit, surtout si l'on considère qu'une mesure législative met en œuvre un certain programme politique. En quoi une telle appréciation se distingue-t-elle de celle de l'organe compétent ? De surcroît, comment peut-il procéder à des contrôles objectifs si le juge de la proportionnalité ne remplit pas les exigences d'indépendance requises. Il s'agit d'autorités judiciaires tel le Conseil constitutionnel français mais aussi d'autorités administratives dites « indépendantes » dont les membres ne sont cependant pas soustraits de toute influence extérieure susceptible d'orienter leurs décisions. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 9 mars 2010, *Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne*, a condamné pour cette raison des autorités allemandes compétentes en matière de protection des données dans le secteur privé⁴⁸.

Étant donné les faiblesses inhérentes à l'examen de l'adéquation quant à l'objectivité du contrôle, on peut se demander si l'étape suivante de l'examen, la nécessité du moyen pour atteindre l'objectif, est plus efficace.

4. Nécessité de l'utilisation de ce moyen pour atteindre cet objectif

L'examen de la *nécessité* est considéré comme l'étape la plus susceptible de conduire aux « *spectres de l'opportunité et du gouvernement de juges* »⁴⁹.

En effet, la vérification de la nécessité ne présente pas, en elle-même, une capacité de déterminer la validité d'un acte normatif introduisant une mesure attentatoire à une liberté. Au moment de son édicton, la mesure en question était certainement proposée comme nécessaire, c'est-à-dire qu'il a été considéré que l'objectif poursuivi par l'acte normatif correspondant ou le pouvoir décisionnel ne pouvait se réaliser qu'au moyen de cette mesure. Ainsi, tout instrument apte à réaliser un objectif peut être considéré, du simple fait de cette capacité, comme nécessaire à la réalisation de cet objectif si la nécessité n'est pas strictement et préalablement définie⁵⁰. L'objectif peut alors devenir la base du contrôle et orienter les résultats,

⁴⁷ TSILIOTIS Charalampos, « Le principe de proportionnalité dans le droit constitutionnel allemand », p. 174.

⁴⁸ CJUE (Gr. Ch.), 9 mars 2010, *Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne*, affaire C-518/07.

⁴⁹ VAN DROOGHENBROECK Sébastien., *op. cit.*, p. 190-191.

⁵⁰ GUESEL-LE BIHAN V., *op. cit.*, p. 65 affirme aussi que « *La mesure choisie, éminemment politique, n'est pas contrôlée des lors d'elle permet a priori d'atteindre l'objectif poursuivi* ».

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

comme lors de l'application de la proportionnalité au sens strict, comme on l'a vu précédemment.

Or, on l'a vu, l'application de la proportionnalité est autre chose que son contrôle. Pour bien les différencier, en vue notamment que le juge de la proportionnalité ne « dépasse pas » son rôle, il convient de déterminer ce que l'on entend par nécessité mais aussi qu'une même définition s'applique, avec fidélité et cohérence, par tous les juges de la proportionnalité. De surcroît, étant donné le « *phénomène de perméabilité des systèmes juridiques* »⁵¹, qui est de plus en plus affirmé de nos jours, le juge ne saurait « emprunter » les raisonnements de ses homologues étrangers en cas d'affaire semblable si, par le même concept, les deux juridictions n'entendent en réalité pas la même chose.

La jurisprudence allemande nous a enseigné que par instrument nécessaire, on devait envisager l'instrument le moins attentatoire possible aux droits et libertés pour parvenir à l'objectif souhaité. Il s'agit de « *l'ensemble des mesures qui auraient dû être prises pour que la mesure soit proportionnée à [cette] exigence de protection* »⁵², comme le juge allemand l'a indiqué, par exemple, dans l'affaire dite des « *surveillances acoustiques des locaux domiciliaires* »⁵³. Cette définition a été reprise par d'autres juges de la proportionnalité mais jamais par le juge constitutionnel français qui, à force de ne pas vouloir substituer sa propre appréciation à celle du législateur, refuse de fait « *de chercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies* ». Le juge constitutionnel français « *vérifie si le champ de la prolongation décidée ne dépasse pas ce qui est nécessaire à l'objectif poursuivi* »⁵⁴. Par conséquent, ces deux approches de la « nécessité » ne correspondent pas à un même contrôle.

De surcroît, nous sommes d'avis que ni l'une ni l'autre position ne garantit que le juge de la proportionnalité ne se transforme pas en une autorité de décision. Le juge allemand, en faisant une liste des mesures qui *devraient* être prises, empiète sur le pouvoir discrétionnaire du législateur ou des autorités publiques. La preuve de discernement du juge français constitue, à son tour, un prétexte d'apaisement de la conscience qui ne garantit en rien que le juge limite son contrôle à ce que les normes juridiques lui imposent, si par la suite sa motivation se limite à la référence lapidaire du « strict nécessaire », « validatrice » de la mesure proposée.

Le contrôle de « ce qui excède le nécessaire », propre au juge constitutionnel français, n'est pas identique au contrôle allemand « du moyen le moins attentatoire » et laisse ouverte la possibilité d'une ingérence importante étant donné que - aux yeux du juge - elle sera nécessaire. Cette posture est bien illustrée par l'extrait suivant d'une décision du Conseil constitutionnel « (...) *qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement*

⁵¹ PHILIPPE Xavier, *op. cit.*, p. 8.

⁵² *Ibidem*, p. 11.

⁵³ BVerfG, 1 BvR 2378/98, 1BvR 1084/99.

⁵⁴ GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel. Présentation générale », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009, p. 65.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

garanties, au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle... »⁵⁵. D'une part, le juge de la proportionnalité se dispense de procéder à une conciliation afin de ne pas empiéter sur le pouvoir du législateur mais, d'autre part, il se permet de soumettre à des « coefficients » les éléments de la « balance » envisagée par le législateur en considérant que la prévention des atteintes à l'ordre public est - à ses yeux et dans certaines circonstances - nécessaire. Toutefois, l'on peut se demander pour quelle raison la sauvegarde de la liberté d'aller et venir et du respect de la vie privée n'est pas nécessaire à la sauvegarde des droits et principes de valeur constitutionnelle ? Transparaît ici le caractère insidieux du fait de considérer que la « (...) conciliation (...) n'est pas manifestement déséquilibrée... ».

Or, « (...) il faut tout de suite se rappeler (...) que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, explicitement ou implicitement, au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, **partir de ce point de vue que la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception** »⁵⁶. De telles réflexions sont néanmoins désormais apparemment obsolètes.

5. Proportionnalité au sens strict du moyen au regard de l'objectif

Lors de cette dernière étape, qui n'intervient qu'à la suite de la constatation de l'accomplissement des étapes précédentes, le juge de la proportionnalité est conduit à examiner si les avantages recherchés par le biais du moyen proposé se révèlent supérieurs aux inconvénients survenus (aspect positif) ou si le bénéfice de la réalisation de l'objectif de l'acte normatif n'est pas inférieur à la « gravité » de l'application de la mesure pour l'individu lésé (aspect négatif).

Cette étape est également connue sous le nom de contrôle du « caractère raisonnable » ou « *principle of reasonableness* », une notion très répandue dans les pays de *common law* et qui est, dans son essence, très proche de la proportionnalité⁵⁷. Or, la doctrine du précédent judiciaire propre aux pays de droit anglo-saxon pourrait favoriser la sécurité juridique étant donné qu'elle apprécie le bien-fondé de l'application d'un acte normatif au regard de son contexte⁵⁸.

Toutefois, un exemple très marquant de l'impossibilité que le « *principle of reasonableness* » garantisse une certaine sécurité juridique est l'arrêt d'une Cour d'appel britannique⁵⁹, *Chief Constable of Humberside Police v. Information Commissioner*, rendu le 19 octobre 2009 au sujet d'une requête d'effacement de données sur les mineurs délinquants gardées dans le fichier informatique de la police nationale (*Police National Computer*, PNC). Pour rappeler très

⁵⁵ Cons. const., décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, « Loi pour la sécurité intérieure », cons. 20.

⁵⁶ Commissaire du Gouvernement Corneille sur CE., 10 août 1917, *Baldy* (Rec., p. 640).

⁵⁷ PHILIPPE Xavier, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁹ Court of Appeal, *Chief Constable of Humberside Police and others v Information Commissioner (Secretary of State for the Home Department intervening)*, 19 octobre 2009, [2009] EWCA Civ 1079.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

succinctement les faits de l'affaire, cinq majeurs s'étaient vu refuser des postes de travail au motif que sur leur casier judiciaire figuraient des condamnations commises lorsqu'ils étaient mineurs. Il importe de souligner que pour l'une de ces personnes, il s'agissait simplement d'une réprimande datant de plus de cinq ans.

La Cour d'appel leur a cependant refusé un droit à l'oubli et validé le pouvoir de la police de communiquer aux employeurs ce type de données sensibles⁶⁰. Or, le *Rehabilitation of Offenders Act de 1974*⁶¹, qui est *a priori* toujours valide dans l'ordre juridique britannique, dispose dans sa première section qu'« (...) *une personne qui est devenue une personne réhabilitée conformément aux buts de cet Act, pour ce qui est de la condamnation, devra être traitée pour tous les objectifs légaux comme une personne n'ayant jamais commis ou n'ayant jamais été suspectée, poursuivie, détenue ou condamnée pour un délit ou des délits qui auraient été sujet à ces condamnations...* ». Cet Act n'a donc pas été pris en compte par le juge dans cette affaire. Par ailleurs l'*Information Commissioner* a été destitué de sa compétence sur les fichiers en question étant donné que selon la Cour d'Appel, la police est la seule compétente pour interpréter les finalités des fichiers qu'elle met en place⁶².

Le raisonnement suivi dans cet arrêt, aboutit à considérer que ni la directive 95/46/CE, ni l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, ni la jurisprudence récente de la Cour EDH *S and Marper v. UK* du 4 décembre 2008 - qui avait condamné le Royaume-Uni pour « *le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation en vigueur en Angleterre et au pays de Galles. (...) les données en cause peuvent être conservées quelles que soient la nature et la gravité des infractions dont la personne était à l'origine soupçonnée et indépendamment de son âge* » -, ni même le *Data Protection Act 1998* ne s'appliquent en l'espèce ; comme s'il était présumé qu'ils n'ont pas été violés. Le « principe du raisonnable » règne tacitement dans cet arrêt de la Cour d'appel britannique.

Précisément, si cette dernière avait validé l'existence d'un droit à l'oubli et, par conséquent, d'un droit à l'effacement de ces données de la base de la police nationale, 11 millions de personnes auraient été concernées par cette décision et auraient eu la possibilité d'exercer ce droit auprès de la police britannique. Les juges de la Cour d'appel ont donc ici fait prévaloir l'intérêt de la police sur celui des individus.

Le contrôle de proportionnalité *stricto sensu* ne correspond ainsi pas à autre chose qu'à un jugement sur l'opportunité d'une mesure, ce qui *a priori* ne devrait pas faire partie des compétences du juge contrôlant l'application de la proportionnalité.

⁶⁰ Selon la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, article 8, par. 5.

⁶¹ *Rehabilitation of Offenders Act*, 1974.

⁶² Le juge Waller a considéré à l'égard de cette affaire que : « *If the police say rationally and reasonably that convictions, however old or minor, have a value in the work they do that should, in effect, be the end of the matter* », Opinion du juge Waller, § 43.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

Le juge français, dans une affaire semblable, a utilisé l'expression, plus répandue, de mesure « pas manifestement disproportionnée ». Il emploie aussi celle de mesure « pas manifestement déséquilibrée ».

Or, dire qu'une mesure n'est « pas manifestement disproportionnée » équivaut logiquement à accepter implicitement qu'il s'agit d'une mesure possiblement disproportionnée ; un élément qui devrait, à lui seul, faire obstacle à la validation de cette dernière. Dire qu'une mesure est « raisonnable » ne garantit en rien, non plus, que le droit « menacé » bénéficie d'un minimum de protection.

Par conséquent et en guise de première conclusion, nous avons pu constater que le principe de proportionnalité au sens strict, qui lie tout décideur d'une mesure, constitue une notion sans connotation *a priori* positive ou négative vis-à-vis des droits et libertés des individus. Quant au contrôle de l'application du principe, on a constaté que les étapes du test de proportionnalité ne garantissent en rien un jugement protecteur des droits et libertés. Outre l'examen de la légitimité de l'objectif de la mesure et du moyen, les trois étapes classiques contiennent la même tendance d'arbitraire que la proportionnalité elle-même.

Existe-t-il cependant des « soupapes de sûreté » à ce « mécanisme à haut risque » ?

II. Les conditions de l'application de la proportionnalité en tant qu'élément de l'État de droit

On a démontré que l'inférence habituelle « État de droit - principe de proportionnalité » ne peut être aussi facilement envisagée comme une relation logique et véridique. On a aussi tenté de prouver que la proportionnalité est une notion relative qui peut, en ce sens, « agir dans les deux sens »⁶³ ; les résultats dépendant des données que l'on a considérées dans cet instrument d'appréciation. Ainsi, nous considérons que la proportionnalité peut constituer autant un danger pour les droits et les libertés qu'un outil de protection de ceux-ci. Précisément, de notre point de vue, la proportionnalité se porte garante des droits et libertés lorsque le principe de proportionnalité, d'une part, (A) et le contrôle de proportionnalité, d'autre part (B), respectent certaines autres exigences.

A. Les verrous indispensables de l'application du principe de proportionnalité

Comme on l'a précédemment expliqué, la proportionnalité est une fonction qui existe entre deux éléments selon laquelle toute variation du premier (variable indépendante) entraîne une variation correspondante du second (variable dépendante). Ainsi, on a vu que la finalité d'un acte normatif introduisant un moyen favorable à la réalisation de cette finalité est la « variable indépendante » qui oriente le résultat recherché et cantonne l'interprétation à un raisonnement téléologique conduisant à l'utilisation du principe de proportionnalité comme justification de la mesure.

Ce risque est inhérent au principe de proportionnalité. Aussi est-il pertinent d'exposer ici plusieurs éléments qui permettraient d'encadrer ces résultats de manière qu'ils soient caractérisés par une certaine prévisibilité.

i. L'exigence de « délimitation du domaine » : le concept du *noyau essentiel*

Comme on l'a précédemment évoqué, nous estimons que, d'un point de vue théorique, le principe de proportionnalité ne prévient pas qu'une mesure attentatoire à l'exercice d'un droit le fasse disparaître. C'est pour cette raison, peut-être, que son inscription dans les textes constitutionnels est rare.

⁶³ DE SALVIA Michel, « La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978/3, p. 493.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

Or, si l'ordre juridique proclame que le « contenu essentiel » des droits est hors de portée⁶⁴ du créateur de l'acte normatif - qu'il s'agisse du législateur, de l'administration ou d'un tiers responsable d'un fichier de données personnelles -, ce risque, inhérent à la proportionnalité pourrait, en grande partie, être écarté.

Ainsi, la proportionnalité étant comparable à une fonction mathématique, comme on l'a expliqué antérieurement, une « délimitation du domaine » de la fonction est requise afin d'éviter les dérives auquel l'instrument peut conduire entendue en tant que *détermination de la limite jusqu'à laquelle une ingérence dans l'exercice d'un droit peut aller*. Dès lors, la question est celle de savoir quelles sont les frontières au sein desquelles l'application du principe de proportionnalité peut émettre des résultats conformes à l'égard de l'ordre juridique en question ?

À notre avis, le concept d'inviolabilité du « noyau ou contenu essentiel » d'un droit ou d'une liberté, que les ordres juridiques allemand, suisse et espagnol ont explicitement consacré⁶⁵, correspond à cette sphère qui ne peut être affectée par l'acte normatif dont la proportionnalité est en question.

Cela présuppose, naturellement, que l'on sache où « se place ce noyau essentiel », ce que l'on entend exactement par cette expression. Il est certain qu'il s'agit d'un concept caractérisé par une forte indétermination et dont le contenu est propre à chaque droit. Néanmoins, au-delà de ces variations, il s'agit d'un concept introduit par les constituants toujours dans une volonté de renforcer la protection des droits et libertés fondamentales.

Où l'on voit qu'il est important de déterminer un « minimum de noyau essentiel ». À cette fin, en tenant compte des deux aspects complémentaires proposés par le Tribunal constitutionnel espagnol en 1981⁶⁶, nous proposons les définitions suivantes :

Par « noyau essentiel » nous nous référons aux aspects i) substantiels et ii) procéduraux d'un droit ou liberté fondamentale, qui conditionnent l'exercice effectif d'un droit, tels que tracés par les concrétisations organiques⁶⁷ autorisées par l'ordre juridique.

Par « exercice effectif » on entend le fait que les destinataires d'un ordre juridique puissent bénéficier pleinement de leurs droits sans renvoi à la justice et quand cela devient inévitable, qu'existe la possibilité d'avoir accès à une justice simplifiée, rapide et transparente.

Ainsi, en ce qui concerne le « noyau essentiel » du droit à la protection des données personnelles, si l'analyse des aspects substantiels et procéduraux de chaque droit

⁶⁴ FAVOREU Louis (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 141.

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ Tribunal constitutionnel espagnol, décision 11/1981 du 8 avril 1981 :

- a) il y a atteinte au « contenu essentiel » du droit lorsque le créateur de l'acte méconnaît les caractéristiques propres à la nature juridique de chaque droit tel que la doctrine et les juges les ont définis.
- b) il y a dénaturation du droit lorsque « les intérêts juridiquement protégés en tant que noyau dur du droit » n'ont pas été pris en compte.

⁶⁷ PFERSMANN Otto, in FAVOREU Louis (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 98.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

ne peuvent pas être approfondies ici, il convient toutefois d'observer dans les raisonnements du juge constitutionnel français, que le « contenu essentiel » est pris en compte pour l'appréciation du caractère proportionnel ou non du traitement des données. À titre d'exemple, mentionnons que le juge constitutionnel a rappelé que « *le 3^o du nouvel article 9 de la loi du 6 janvier 1978 pourrait affecter, par ses conséquences, le droit au respect de la vie privée et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que la disposition critiquée doit dès lors comporter les garanties appropriées et spécifiques répondant aux exigences de l'article 34 de la Constitution...* »⁶⁸. Ainsi, le législateur ne peut émettre d'actes normatifs valides sans prévoir des garanties procédurales protectrices du « noyau dur » du droit à la protection des données personnelles⁶⁹.

Nonobstant, considérant que le « noyau essentiel » consiste à un niveau trop avancé dans la sphère de l'exercice d'un droit, nous souhaitons attirer l'attention sur le fait que la condition du respect d'un « noyau essentiel » par l'organe qui applique le principe de proportionnalité ne doit pas devenir une échappatoire à la « délimitation du domaine », ni une « légitimation » et une banalisation d'atteintes importantes aux droits.

On observe que la prévision de garanties conformes à la loi n°78-17 du **6 janvier 1978** relative à l'**informatique**, aux fichiers et aux **libertés** (loi informatique et libertés) par le législateur peut manifester le « double visage » du respect du « noyau dur » du droit à la protection des données personnelles. Précisément, le législateur met souvent en avant le fait qu'il prend en compte la loi informatique et libertés en mettant en place, par exemple, un droit à l'information, un droit d'accès direct ou indirect, etc. afin de montrer son respect du droit à la protection de la vie privée et de la liberté individuelle tout en consacrant une mesure attentatoire.

En effet, le législateur a beau l'affirmer, le respect du premier article de la loi informatique et libertés n'est en réalité pas toujours garanti (« *L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* »).

Et l'exercice effectif du droit, tel que défini plus haut, n'est pas toujours assuré non plus. À cet égard, citons un extrait d'une décision du Conseil constitutionnel particulièrement illustrative : « *19. Considérant qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu, d'une part, prévenir et réprimer le terrorisme (...)*

20. Considérant que les enregistrements seront effacés au bout de huit jours si les caractéristiques permettant l'identification des véhicules, (...); que les données n'ayant pas fait l'objet d'un "rapprochement positif" ne pourront être consultées pendant ce délai, sous réserve des besoins résultant d'une procédure pénale; que

⁶⁸ Cons. const., n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, cons. 11.

⁶⁹ Voir aussi GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel. Présentation générale », *op. cit.*, p. 64.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

seules les données ayant fait l'objet de ce rapprochement seront conservées ; que la durée de cette conservation ne pourra alors excéder un mois, sauf pour les besoins d'une procédure pénale ou douanière ; que seuls auront accès au dispositif, dans les limites ci-dessus décrites, des agents des services de la police et de la gendarmerie nationales individuellement désignés et dûment habilités ; que les traitements automatisés des données recueillies seront soumis aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978 susvisée. (...) 21. Considérant qu'eu égard aux finalités que s'est assignées le législateur et à l'ensemble des garanties qu'il a prévues, les dispositions contestées sont propres à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée »⁷⁰. Le « coefficient » envisagé par le législateur au regard de l'objectif poursuivi a influencé le juge constitutionnel qui met en avant toutes les garanties procédurales apparemment prises afin de justifier la validité de la mesure.

Pourtant, le rapport du groupe de travail sur les fichiers de police et de gendarmerie de 2006⁷¹ a constaté des délais excessifs dans la réponse du ministère de l'Intérieur à des demandes d'accès indirect à des fichiers relevant de sa compétence⁷². En effet, alors que le délai prévu par le décret du 20 octobre 2005⁷³ - entre la date de la demande de l'intéressé auprès de la CNIL et la date de notification de la CNIL à l'intéressé des résultats de ses investigations - est de quatre mois, le groupe de travail a découvert qu'en réalité la procédure de demande des personnes signalées, par exemple, dans le STIC (Système de Traitement des Infractions Constatées) dépassait les deux ans.

Ainsi, le concept de « noyau essentiel » peut garantir qu'un droit ne soit pas totalement « supprimé » par la « priorité proportionnelle » accordée à un autre droit ou objectif à valeur constitutionnelle, bien que certaines limites du concept existent comme nous l'avons évoqué ci-dessus.

ii. L'exigence de précision de l'objectif poursuivi par le créateur de l'acte normatif

L'objectif que s'est assigné le créateur de l'acte normatif constitue, à notre avis, une exigence substantielle de l'application du principe de proportionnalité. En effet, nous avons vu que la finalité est l'élément qui oriente les résultats de l'application du principe de proportionnalité. Ainsi, plus l'objectif est vague, plus le risque

⁷⁰ Cons. const. n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006, « Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers ».

⁷¹ Groupe de travail sur les fichiers de police et de gendarmerie, *Comment améliorer le contrôle et l'organisation des fichiers de police et de gendarmerie ?*, Rapport remis au ministre d'État, ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, novembre 2006, p. 81.

⁷² Le **droit d'accès indirect** est une procédure spécifique qui concerne la demande d'un individu auprès de la Commission Nationale Informatique et Libertés d'accès aux :

- fichiers intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique (fichiers de police judiciaire, fichiers des services de l'information générale - « ex-renseignements généraux » -, fichiers de renseignement de la direction générale de la sécurité extérieure, fichier Schengen) ;

- à certains fichiers du ministère de la Justice (fichier des détenus dans les prisons).

Source : <http://www.cnil.fr/vos-libertes/vos-droits/le-droit-dacces-indirect/>.

⁷³ Pris en application de la loi informatique et libertés

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

d'ingérence dans un droit fondamental est important. En effet, dans le cas où la finalité assignée par le créateur de l'acte normatif à ce dernier est « flottante », il en résultera logiquement des interprétations fluctuantes de la proportionnalité et des validations d'actes normatifs dans l'ordre juridique contraires à l'État de droit.

Un exemple d'une grande « sensibilité » à cet égard concerne l'utilisation des empreintes biométriques. Par leur biais, on peut procéder tant à la vérification (authentification) qu'à l'identification des personnes. Or, vérification et identification ne sont pas similaires⁷⁴ : la vérification porte une atteinte moins importante aux droits et libertés des individus que l'identification. Le choix entre les deux dépend de la finalité envisagée. Or, comme le Conseil de l'Europe l'a affirmé, « *les problèmes de vérification ne doivent pas être résolus par des solutions d'identification* »⁷⁵.

Le rapport d'information sur la contribution de l'État au développement de la vidéoprotection⁷⁶ de juillet 2010⁷⁷ constitue une illustration très éloquente de cette exigence de précision. Celui-ci précise, en effet, que « *le réseau de vidéosurveillance français se trouvait dépourvu d'une vision précise de ses objectifs stratégiques en matière de sécurité* ». De plus, le document mentionne qu'en 2005, un inspecteur général de l'administration a rendu compte au Président de la République Française les éléments suivants : « *L'orientation souhaitée par l'État est elle-même à ce jour indéchiffrable (...) S'agit-il de lutter effectivement contre la délinquance générale, en ajoutant un outil à une palette d'intervention des responsables de la sécurité publique ? Espère-t-on aussi améliorer les résultats de la lutte contre la criminalité organisée, en recueillant des éléments probants dans les affaires où la preuve est difficile ? Ou convient-il, par cet outil d'accentuer la lutte contre le terrorisme, qui n'est pas au nombre des objectifs explicites de la loi, en cherchant ou bien à faciliter le déroulement des enquêtes si des actes terroristes viennent à être commis ou bien aussi à prévenir les attentats ?* »⁷⁸.

Il paraît ainsi essentiel de nous demander comment peut-on espérer une application du principe de proportionnalité respectant l'État de droit si l'objectif visé par l'introduction d'une mesure n'est pas même connu du créateur de l'acte ?

⁷⁴ Précisément, la *vérification* consiste à comparer un échantillon biométrique avec les données biométriques enregistrées appartenant à une seule personne. L'*identification* consiste à comparer un échantillon biométrique avec les données biométriques d'autres personnes concernées contenues dans la même base de données. Ceci exclut la possibilité de conserver les données enregistrées uniquement sur un support de stockage individuel. Par ailleurs, pour un meilleur fonctionnement, le processus d'identification requiert l'enregistrement d'un nombre de personnes très important. Voir *Rapport d'étape sur l'application des principes de la Convention 108 à la collecte et au traitement des données biométriques*, Conseil de l'Europe, T-PD, Direction générale des affaires juridiques, 2005, p. 25.

⁷⁵ Voir *Rapport d'étape sur l'application des principes de la Convention 108 à la collecte et au traitement des données biométriques*, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁶ Nouvelle terminologie proposée par la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI 2) ; disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/lopsi_performance.asp#PAC.

⁷⁷ GEOFFROY Guy (rapp.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la contribution de l'Etat au développement de la vidéoprotection*, Assemblée Nationale, 13 juillet 2010, p.12 ; disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2728.asp>.

⁷⁸ « La vidéosurveillance et la lutte contre le terrorisme », ote de synthèse, Philippe Melchior, président de la mission et Rémi Duchêne, rapporteur, octobre 2005.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

Il serait alors fort probable de nous retrouver devant une application arbitraire du principe de proportionnalité puisque la finalité qui constitue l'axe du processus interprétatif demeure, en l'occurrence, imprécise. Si la base du jugement est « bancale », tout jugement au regard de celle-ci le sera aussi.

Par ailleurs, il est tout à fait légitime que la CNIL ordonne la cessation de tout traitement de données personnelles si elle découvre que les données recueillies visent en réalité la réalisation de(s) finalité(s) différente(s) à celle(s) initialement déclarée(s) auprès d'elle et pour laquelle elle avait constaté la proportionnalité et donc attribué l'autorisation au responsable de traitement⁷⁹.

La détermination par l'ordre juridique des limites jusqu'auxquelles la proportionnalité peut conduire à l'atteinte d'un droit, démarche que l'on a qualifiée de « délimitation du domaine », ainsi que la précision de la finalité de l'acte constituent deux verrous destinées aux organes qui appliquent le principe.

Cependant, le contrôle de l'application du principe nécessite également, à notre avis, un encadrement afin qu'il soit effectif.

B. Les verrous indispensables du contrôle de proportionnalité

Nous avons précédemment constaté que le contrôle de l'application du principe de proportionnalité intervient afin de vérifier la légalité ou non d'un acte normatif au sein d'un ordre juridique dont l'un des droits se trouve menacé par un autre droit

⁷⁹ Délibération n° 2009-201 du 16 avril 2009 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société JEAN MARC PHILIPPE, 16 avril 2009 ;

« (...) *La Commission rappelle qu'aux termes du 1° de l'article 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, les données à caractère personnel doivent être collectées et traitées de manière loyale et licite. Le 2° du même article dispose que ces données sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités.*

Dans sa délibération n° 2008-155 du 29 mai 2008, la CNIL avait mis la société en demeure d'une part, de prendre toutes les mesures nécessaires afin que la mise en œuvre du système de vidéosurveillance soit strictement limitée à l'objectif de lutte contre le vol et ne conduise pas à placer les salariés sous une surveillance constante et d'autre part, de retirer les caméras dont la présence n'était pas justifiée par cet impératif de sécurité des lieux.

Or, la société n'avait pris aucune mesure afin de limiter la surveillance de ses employés. (...)

La Commission considère que la mise en œuvre d'un système de vidéosurveillance doit obligatoirement respecter le principe de proportionnalité et être strictement nécessaire à l'objectif poursuivi. Dès lors qu'un dispositif de vidéosurveillance est susceptible de viser des membres du personnel, le nombre, l'emplacement, l'orientation, les périodes de fonctionnement des caméras ou la nature des tâches accomplies par les personnes concernées, sont autant d'éléments à prendre en compte lors de l'installation du système.

Il ressort clairement des captures d'écran faites par la délégation de la CNIL que contrairement aux dires de la société, des bureaux et des postes de travail fixes situés au deuxième étage du siège social sont filmés en continu, de telle sorte que les salariés sont placés sous la surveillance constante de leur employeur. Une telle surveillance des employés apparaît dès lors excessive et le dispositif de vidéosurveillance n'est, dès lors, pas strictement limité à l'objectif de lutte contre le vol et conduit à placer les personnes visées sous une surveillance disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

En conséquence, la Commission conclut que la société ne s'est pas conformée à la mise en demeure de la CNIL et n'a pas respecté les dispositions des 1° et 2° de l'article 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée... ».

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

que l'objectif de l'acte en question priorise. Après avoir expliqué que la place accordée à l'objectif de l'acte est déterminante et conduit à des interprétations téléologiques faisant de la proportionnalité une justification d'une telle ingérence, nous essayerons ci-après de présenter certains éléments qui peuvent toutefois contribuer à ce que ce contrôle soit effectivement une composante de l'État de droit.

i. L'indépendance du contrôleur

Ces propos peuvent paraître banals, cependant il est important de rappeler que l'**indépendance** du « juge de la proportionnalité » - que celui-ci se nomme Conseil constitutionnel, Conseil d'État, CNIL ou Correspondant Informatique et Libertés - est déterminante pour que le contrôle puisse se soustraire aux risques inhérents à un instrument invoqué afin de trancher entre droit et politique.

Cette exigence d'indépendance est primordiale afin que le « juge de la proportionnalité » d'une mesure soit le moins influencé possible par la volonté du créateur de l'acte telle qu'elle s'exprime dans l'objectif poursuivi.

Nous ne nous attarderons pas sur un examen détaillé de la notion d'indépendance, qui dépasse l'objet de notre étude, toutefois il convient ici de rappeler qu'il s'agit de l'un des traits⁸⁰ de l'État de droit. En outre, comme le Conseil constitutionnel français le précise, elle est « indissociable de l'exercice des fonctions judiciaires »⁸¹.

L'indépendance porte sur la relation du « juge de la proportionnalité » à l'égard, simultanément, du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif⁸² ainsi que des parties concernées⁸³. Elle concerne tout organe qui exerce une fonction juridictionnelle - au sens large du terme - peu importe sa place dans la hiérarchie des juridictions de l'ordre juridique correspondant⁸⁴.

Cette exigence étant plus importante dans certains domaines que dans d'autres, il s'est avéré nécessaire pour ces champs de créer des autorités non soumises au pouvoir hiérarchique ou à la tutelle du pouvoir exécutif (autorités administratives

⁸⁰ Hans KELSEN, *op. cit.*, p. 304.

⁸¹ Cons. const., décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, cons. 62.

⁸² À titre d'exemple, le mode de désignation de juge qui ne doit pas être laissé à la discrétion des membres de l'exécutif, la durée du mandat des membres des juridictions et l'existence de garanties contre les pressions extérieures constituent un minimum de garanties d'un jugement objectif et axé sur le droit et non des intérêts extra juridiques.

⁸³ L'indépendance vis-à-vis des parties est mieux exprimée, d'après nous, par la notion d'impartialité. Or, bien évidemment, l'impartialité ne se limite pas aux relations du juge avec les parties.

⁸⁴ Par conséquent, elle concerne le Conseil constitutionnel aussi qui, malgré l'introduction en 2008 d'un contrôle parlementaire sur les nominations des membres au Conseil, n'a pas pour autant éradiqué la catégorie des membres de droit, les anciens Présidents de la République française. L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en 2008 a conduit à une juridictionnalisation du Conseil constitutionnel qui s'avère donc partielle. Par ailleurs, l'impartialité du Conseil, au sens où cette notion a été définie par la Cour Européenne des Droits de l'Homme à plusieurs reprises, ne semble pas suffisamment garantie, puisque la théorie des apparences à laquelle la CourEDH tient fermement n'est pas respectée. En effet, selon le règlement intérieur du Conseil constitutionnel tel que révisé en 2010, « *le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant objet de la question de constitutionnalité ne constitue en lui-même une cause de récusation* » (article 4, al. 4). Or, un contrôle de proportionnalité aura certainement lieu à l'occasion de cette nouvelle procédure (QPC).

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

indépendantes en France, AAI) afin d'assurer une plus grande objectivité de leur décision en affirmant ce faisant un cloisonnement entre ces autorités et les intérêts de l'État. En effet, le Conseil d'État a mis en avant, dans son rapport public de 2001 consacré aux autorités administratives indépendantes, le besoin d'« offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État », considéré comme la « raison la plus importante et en tout cas le motif transversal de la création des [AAI] »⁸⁵.

Rappelons que la première AAI en France a été mise en place afin d'apaiser l'opinion publique à la suite de la révélation, en mars 1974, dans le journal *Le Monde*, du projet « SAFARI » (Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus) ayant comme objectif de centraliser des bases de données possédées par les services de police (renseignements généraux, direction de la sécurité du territoire, police judiciaire). La création d'une commission (Commission Informatique et Libertés), qui a été qualifiée d'« indépendante », a alors été considérée comme une solution pertinente afin de garantir que, malgré son caractère « administratif », elle bénéficierait d'une pleine indépendance dans l'exercice de sa mission.

Vingt-six ans après, l'arrêt du 9 mars 2010 de la CJUE précité, *Commission c/ République Fédérale d'Allemagne*⁸⁶, a rappelé que l'« indépendance est un élément essentiel de la protection des données à caractère personnel » et redéfini, sans cependant trop s'éloigner de ses contours classiques, la notion d'indépendance des autorités de protection des données. Ainsi, selon les juges européens, une « (...) autorité de contrôle doit être soustraite à toute influence, que cette dernière soit exercée par d'autres autorités ou en dehors du cadre de l'administration » (pt. 15).

Cet arrêt établit ainsi un sage équilibre entre les principes démocratiques qui doivent régir l'action de ces autorités et les objectifs de l'Union européenne⁸⁷ en affirmant que ces derniers n'empêchent en rien l'existence d'autorités publiques « situées en dehors de l'administration hiérarchique classique et plus ou moins indépendantes du gouvernement » et qui « ont souvent des fonctions régulatrices ou exercent des missions qui doivent être soustraites à l'influence politique, tout en restant soumises au respect de la loi, sous le contrôle des juridictions compétentes » (pt. 42). De plus, pour la CJUE, aucune forme de tutelle n'est compatible avec l'exigence d'indépendance.

De notre point de vue, cette exigence conditionne la conformité du contrôle de proportionnalité et de ses résultats avec les règles de l'ordre juridique en question dans la mesure où, une fois satisfaite, elle permet la neutralité nécessaire à tout jugement.

⁸⁵ Voir Rapport du Conseil d'État, 2001, p. 262 et s.

⁸⁶ CJUE (Gr.Ch.), *Commission c/ République Fédérale d'Allemagne*, 9 mars 2010, aff. C-518/07, JOUE, 2010 C 113/04.

⁸⁷ Voir AUBERT Michel, BROUSSY Emmanuelle, DONNAT Francis, « Chronique de jurisprudence communautaire. Autorités administratives indépendantes et principes démocratiques », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2010, p. 938-939.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

ii. L'exigence de rigueur dans l'usage des étapes du contrôle

L'indépendance nous paraît, par ailleurs, déterminante en termes de cohérence des décisions au regard de la méthode de raisonnement, de l'interprétation, de l'application rigoureuse des étapes du test de proportionnalité ainsi que de la motivation juridique explicite et non laconique des décisions.

En effet, devant préserver des équilibres délicats, le juge de la proportionnalité, très souvent, se prononce sur la question de la nécessité en réitérant simplement que telle mesure est nécessaire ou proportionnelle sans même parfois l'examiner. La contrainte de ne pas empiéter sur les autres pouvoirs rend l'analyse du juge de la proportionnalité de moins en moins exégétique ; par conséquent, sa décision devient de moins en moins explicite. Il en résulte que les destinataires de ces normes ne peuvent bien percevoir le syllogisme du juge qui a conduit à leur validation et ne peuvent donc facilement les contester faute de pouvoir « percer » les arguments de son contrôle qui paraît alors intuitif, voire inexistant.

Par ailleurs, comme on l'a précédemment relevé, à l'exception du juge constitutionnel allemand, les autres juges constitutionnels ou suprêmes ne font pas preuve d'unicité au regard de la méthode suivie, même au sein d'une même juridiction (par ex. la Cour EDH)⁸⁸. Or, la sécurité juridique, attribut de l'État de droit, correspond à un ordre juridique qui obéit à une certaine cohérence dans la production des normes.

Une certaine universalité des définitions de l'adéquation, de la nécessité, et même de la proportionnalité *stricto sensu*, paraît plus que souhaitable de manière que les juges, dans des affaires similaires, puissent suivre le même raisonnement.

Par ailleurs, nous sommes d'avis que l'utilisation cumulative des trois étapes, une fois entreprise par le juge de la proportionnalité, devrait l'engager à ne plus revenir à un contrôle comportant une ou deux étapes. Certes, il a été démontré que chacune des étapes classiques du contrôle mène à une interprétation téléologique comme la proportionnalité *stricto sensu* elle-même et non à un jugement toujours neutre, objectif et basé sur des règles de droit mais plutôt des priorités politiques. Or, la rigueur dans le raisonnement offre, à tout le moins, une présomption de sécurité juridique et sa mise en œuvre par un juge indépendant permettrait une moindre impression de jugements intuitifs.

C'est d'ailleurs peut-être pour cette raison que dans la directive 95/46/CE relative à la protection des données personnelles, les trois critères du test de proportionnalité (transposés identiquement dans les ordres juridiques de tous les États membres) sont nominativement prescrits. Le juge de la proportionnalité d'un traitement de données personnelles est lié par cet article, il doit donc prendre en compte ces trois critères. On observe ainsi que dans le raisonnement des autorités de contrôle des différents pays européens, ces trois éléments sont considérés de manière assez semblable lors de l'appréciation des données traitées⁸⁹.

⁸⁸ Voir VAN DROOGHENBROECK S., *op. cit.*

⁸⁹ À titre d'exemple : « *Sur les données collectées : Les données collectées dans le cadre de la mise en œuvre d'un dispositif de géolocalisation des véhicules par les compagnies d'assurance et les constructeurs* »

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

iii. L'augmentation du coefficient du « droit faible », contrepoids à la finalité prépondérante : une proposition

Cette « fonction » qu'est la proportionnalité - comme on l'a relevé antérieurement - peut se transformer en un élément de prévisibilité du raisonnement du juge et une composante de l'État de droit de la même manière et avec la même intensité qu'elle peut être nuisible à ce dernier. Toutefois, nos précédents développements concernant les verrous indispensables du contrôle pourraient condamner notre raisonnement à une contradiction.

En effet, nous avons démontré que la proportionnalité était un concept dénué de sens *a priori* dans la mesure où elle peut servir à circonvenir le raisonnement du juge de la proportionnalité quant à la validité de l'acte normatif en question ; une situation qui se produit lorsque les étapes du test de proportionnalité se fondent sur la finalité de l'acte normatif attribuée par son créateur. Cependant, dans le même temps, l'on vient de relever que l'application cohérente et rigoureuse des trois étapes classiques du contrôle de proportionnalité peut constituer une précaution indispensable. Dans quelle mesure ces deux affirmations ne sont pas inconséquentes ?

Nous considérons qu'en appliquant les fondements juridiques sur lesquels l'office du juge est fondé et sur la base desquels il est saisi et habilité à décider, le contrôle de proportionnalité peut prétendre constituer un outil au service de l'État de droit.

Précisément, comme on l'a vu au début de la présente étude, dans tout jugement de proportionnalité, il y a deux (au moins) droits antinomiques : celui que le créateur de l'acte en question présente comme finalité poursuivie (on l'appellera « droit fort ») et celui qui voit son exercice réduit en fonction de l'ampleur souhaitée par le créateur de l'acte pour l'exercice du droit fort (on l'appellera « droit faible »).

Or, pour que le juge effectue un contrôle conforme aux normes d'habilitation relative à son office, il ne peut mesurer l'ingérence dans un droit en posant comme base de son contrôle la finalité de l'acte tel que précisée par son créateur ; d'une part, parce que - lors du stade du contrôle - l'objectif que vise le créateur par le biais de cet acte normatif fait partie de l'objet du jugement ; d'autre part, parce que si le juge contrôle l'acte sur le même fondement que le créateur de l'acte, il s'aligne sur la volonté de celui-ci et, par conséquent, son jugement devient la justification de cette dernière.

automobiles doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles le traitement est mis en œuvre. (...) Concernant les autres items collectés, la Commission recommande de ne pas les multiplier et de s'en tenir à des dispositifs simples : la multiplication des données contrôlées serait en effet de nature à engendrer pour les conducteurs un sentiment de pression et de surveillance constante aboutissant à l'inverse du but poursuivi. Elle relève notamment que si la collecte des données relatives à la façon de conduire (par exemple, le recueil des accélérations ou décélérations du véhicule, généralement utilisé pour d'autres finalités comme l'éco-conduite) est possible techniquement, leur traitement afin de les traduire en termes de conduite à risque soulève de difficiles problèmes d'interprétation et de proportionnalité » (Délibération 2010-096 du 8 avril 2010 portant recommandation relative à la mise en œuvre, par les compagnies d'assurance et les constructeurs automobiles, de dispositifs de géolocalisation embarqués dans les véhicules ; disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/>).

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

Afin d'éviter ce type d'écueils, il suffit que le juge de la proportionnalité reste le garant du « droit faible » en question. Étant donné que le « droit fort » s'établit dès le départ comme l'élément prédominant de la relation, ou, en d'autres termes, comme l'élément tendant à primer mais dont la prédominance doit toutefois rester mesurée, on pourrait considérer que le « droit fort » n'a pas besoin du « soutien » du juge de la proportionnalité. Nous pourrions ainsi proposer l'introduction d'un certain coefficient à l'égard du droit qui se trouve dans une situation défavorisée. Il pourrait découler de l'environnement normatif dans le cadre duquel ce contrôle est effectué et à l'égard duquel la légalité est examinée.

Autrement dit, le fait qu'une autorité soit mise en place afin de veiller au respect d'une certaine loi et que, par conséquent, cette autorité examine le caractère proportionnel de toute ingérence non pas par rapport à la finalité de l'acte qui provoque l'ingérence mais par rapport au respect de la loi qui prévoit la réglementation du droit qui subit l'ingérence, s'avère un élément du contrôle de proportionnalité qui influe sur la cohérence et la prévisibilité du contrôle et, *in fine*, la garantie effective de l'État de droit.

À titre d'exemple, les décisions ou délibérations des autorités administratives indépendantes créées pour contrôler le respect de la législation nationale protectrice des données personnelles (ex. CNIL ou l'ADPD) présentent des raisonnements plus cohérents et se servent de la proportionnalité comme un moyen idéal de condamnation des traitements arbitraires des données personnelles. À notre sens, cette loi et son fondement constitutionnel constituent de manière implicite la base du contrôle de proportionnalité effectué par ces autorités qui sont à l'origine d'un contrepois suffisant aux dérives auxquels la proportionnalité appliquée par le créateur de l'acte conduit potentiellement. Ce dernier élément constitue, d'après nous, l'élément le plus influent sur le réencadrèrent de l'application de l'outil qu'est la proportionnalité lors d'un conflit de normes.

Conclusion

Le principe de proportionnalité, on l'a vu, tend à être utilisé pour justifier des ingérences dans les droits et non pour les empêcher. En d'autres termes, il vise à donner raison au droit que le créateur de l'acte a voulu faire prévaloir ; non pas parce que le principe de proportionnalité contient *a priori* une certaine finalité vers ce résultat mais tout simplement parce qu'il ne contient aucun objectif prédéterminé. Il est neutre, car c'est un instrument. Les exemples de contrôle de proportionnalité susceptibles d'illustrer une orientation contraire concernent des cas dans lesquels le juge chargé de l'application de cet outil a donné la priorité à la protection du droit menacé. Un tel comportement confirme son indépendance et contribue à la cohérence de son raisonnement.

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

BIBLIOGRAPHIE**OUVRAGES**

- CHRISOOGONOS Kostas, *Libertés publiques et droit de l'Homme*, Athènes, Sakkoulas, 2^e édition, 2002
- FAVOREU Louis (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 4^e édition, 2007
- FAVOREU Louis (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 11^e édition, 2008
- HENNEBEL Ludovic, VANDERMEERSCH Damien (dir.), *Juger le terrorisme dans l'État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009
- GUTWIRTH Serge, POULLET Yves *et alii*, *Reinventing data protection?*, Springer, 2010
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, traduction de Charles EISENMANN, Belgique-Paris, Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999
- MANITAKIS Antonis, *État de droit et contrôle juridictionnel de constitutionnalité*, Athènes-Thessalonique, Sakkoulas, 1994
- MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel et des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. « Manuels », 2002
- DELMAS-MARTY Mireille, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2010
- MUZNY Petr, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005
- PHILIPPE Xavier, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Économica-PUAM, 1990
- VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis-Bruylant, 2001
- XYNOPOULOS Georges, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité (comparative entre France, Angleterre, Allemagne)*, Paris, LGDJ, 1995

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

- BOUSTA Rhita, « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, n°4, 1^{er} décembre 2007, pp. 859-877
- BRAIBANT Guy, « Le principe de proportionnalité », *in Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, Paris, LGDJ, 1974, p. 274
- DE SALVIA Michel, « La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n° 3, 1978, p. 493
- FRAISSE Régis, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *Petites Affiches*, n°46, numéro spécial, 5 mars 2009, pp. 74 et s.
- FROMONT Michel, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, numéro spécial, 20 juin 1995
- KATROUGALOS Georges, « La portée politique et juridique de la révision de l'article 25 de la Constitution », *Revue Hellénique de Droits de l'Homme*, 2001, p. 470
- GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2001, p. 141 et s.
- GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1997, p. 227et s.
- GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 2001, pp. 62-69
- GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, n° 70, 2007, pp. 269-295

Un essai sur la clarification de l'inférence : Etat de droit-principe de proportionnalité

- GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel : Présentation Générale », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009, pp. 62-69
- MAMIA Hector, « Les techniques du contrôle constitutionnel », *Rev. Adm.*, n° 349, 1^{er} janvier 2006, pp. 35-38.
- MAMIA Hector, « Les techniques du contrôle constitutionnel », *Rev. Adm.*, n° 352, 1^{er} juillet 2006
- MATHIEU Bertrand, « Les décisions créatrices du Conseil constitutionnel », Communication pour le Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel du 3 novembre 2008
- MOOR Pierre, « Systématique et illustration du principe de la proportionnalité », in *Mélanges offerts à Michel Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2002
- MORVAN Patrick, « Principes », in *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 1202
- MULLER Pierre, « Le principe de proportionnalité », *Revue de droit suisse*, 1978, p. 209
- MUZNY Petr, « Proportionnalité (principe de- et contrôle de-) », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, pp. 810-814
- PHILIPPE Xavier, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du conseil constitutionnel », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009, pp. 6-16
- RYNGIELEWICZ Klaudiusz, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la CEDH », 6^e réunion du Conseil mixte sur la justice constitutionnelle, Mini-conférence sur « Le principe de proportionnalité », Venise, 30 mai 2007
- SAKELLARIDOU Maria, « La généalogie de la proportionnalité », Rapport présenté au 15^e atelier (Équilibre et proportionnalité dans l'interprétation des Constitutions) du VII^e Congrès Mondial de l'AIDC, Athènes 11-15 juin 2007
- SCHONBERGER Christophe, « Le Conseil Constitutionnel vu de l'Allemagne : une marche difficile vers le sommet juridictionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°25, août 2009
- SERMET Laurent, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : Présentation générale », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009, pp. 26 et s.
- SIMON Denys, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des Communautés Européennes », *Petites Affiches*, n° 46, numéro spécial, 5 mars 2009 pp. 17-25
- TSILIOTIS Charalampos, « Le principe de proportionnalité dans le droit constitutionnel allemand », *Δικαιώματα του ανθρώπου (Droits de l'Homme)*, vol. IV, vol. hors-série, 2004