



Chapitre d'actes

2018

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Caractéristiques et limites du droit disciplinaire

Tanquerel, Thierry

How to cite

TANQUEREL, Thierry. Caractéristiques et limites du droit disciplinaire. In: Le droit disciplinaire. Thierry Tanquerel, François Bellanger (Ed.). Genève/Zurich/Bâle : Schulthess éditions romandes, 2018. p. 9–38.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:117287>

Caractéristiques et limites du droit disciplinaire

THIERRY TANQUEREL*

Professeur à l'Université de Genève

I. Introduction

Le droit disciplinaire, en tant que cadre normatif des sanctions disciplinaires, est un élément à la fois traditionnel et typique du droit administratif suisse. On le retrouve presque toujours, et depuis longtemps, dans la palette des instruments de gestion du personnel de l'Etat, de l'armée, des prisons, de l'école et de l'enseignement supérieur, ainsi que parmi les moyens de la surveillance des magistrats communaux, des juges ou encore des membres des professions réglementées. Il est systématiquement évoqué dans les ouvrages de droit administratif général¹.

Si sa présence dans la vie administrative est ainsi familière, ses contours ne sont cependant pas toujours faciles à déterminer. Il n'est donc pas inutile de clarifier la portée et de reprendre les éléments essentiels de sa définition (II, A), puis de préciser les critères qui permettent de distinguer les sanctions disciplinaires d'autres mécanismes juridiques visant aussi à la mise en œuvre du droit administratif, comme les sanctions pénales, les mesures administratives ou les sanctions administratives non disciplinaires (II, B).

Pour mieux comprendre sa fonction et son utilité, il y aura aussi lieu d'analyser un peu plus en détail les traits caractéristiques qui, pris ensemble, font l'originalité du droit disciplinaire (III).

* L'auteur remercie M^{me} Margaux Terradas, assistante à la Faculté de droit de Genève, pour son aide précieuse à la mise au point de ce texte.

¹ Ainsi, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016) n° 1505 ss; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 2244 ss; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 32 n° 46 ss; ZEN-RUFFINEN (2013) n° 832 ss; MOOR/POLTIER (2011) p. 142 ss; TANQUEREL (2011) n° 1223 ss; GRISEL (1984) p. 511 ss.

On remarque enfin que, si le droit disciplinaire se développe, notamment, à l'égard des magistrats judiciaires² et en ce qui concerne les professions surveillées³, son utilité même est remise en cause dans d'autres domaines, comme la fonction publique⁴. Un regard critique sur ses atouts et ses handicaps s'impose donc (IV) avant de conclure brièvement sur la place qui peut lui revenir dans un droit administratif moderne (V).

II. Le droit disciplinaire

A. Définition

1. Portée

Il faut observer d'emblée que le concept de sanction disciplinaire et, partant, celui de droit disciplinaire, a une fonction essentiellement descriptive ou analytique. Il ne s'agit pas d'une notion juridique inscrite en tant que telle dans la Constitution ou la loi, dont découleraient des conséquences de droit. Il s'agit plutôt d'une création jurisprudentielle et, surtout, doctrinale, en d'autres termes d'une convention, qui permet d'identifier une catégorie de sanctions présentant des traits communs. L'usage de ce concept ne consiste donc pas à qualifier des actions étatiques aux fins d'application d'une norme, mais à faciliter, par une opération de classement, l'analyse des différentes mesures que le droit administratif peut prévoir pour assurer son respect par les destinataires de ses prescriptions matérielles. Il en résulte que la définition du droit disciplinaire peut refléter des divergences doctrinales dont l'application concrète du droit peut parfaitement s'accommoder. Ainsi, par exemple, la question de savoir si une sanction donnée est soumise aux exigences de l'article 6 CEDH ne dépend pas de sa qualification ou non comme sanction disciplinaire, mais de l'application *in concreto* des critères d'applicabilité de cette disposition développés par la jurisprudence⁵.

2 Voir PELLATON (2016) et la contribution du même auteur dans cet ouvrage.

3 Voir les contributions de DÉFAGO GAUDIN et de SPRUMONT/CHRISTINAT dans cet ouvrage.

4 Voir la contribution d'EMERY/GRUND dans cet ouvrage.

5 Cf. *infra* III, E.

2. *Les éléments essentiels de la définition*

Les sanctions disciplinaires sont définies en substance par la doctrine comme celles dont dispose l'administration à l'égard des personnes qui se trouvent dans un rapport de droit spécial avec l'Etat ou qui exercent une profession soumise à une surveillance spéciale de l'Etat⁶. Le droit disciplinaire est dès lors constitué des normes qui déterminent les comportements susceptibles de sanctions disciplinaires, fixent la nature et l'ampleur admissible de ces sanctions et définissent les éventuelles règles spécifiques de procédure qui leur sont applicables.

Il ressort en premier lieu de cette définition que le droit disciplinaire représente un arsenal de mesures qui ciblent un cercle déterminé de personnes. Ces personnes peuvent appartenir à une catégorie spécifique soumise à un statut – soit un ensemble de droits et d'obligations – particulier: c'est le rapport de droit spécial, parfois aussi qualifié de rapport de puissance publique spécial⁷. Sa constitution peut résulter d'un choix de l'administré: ainsi pour les usagers d'établissements publics⁸, comme les élèves et étudiants de l'enseignement public ou les patients d'hôpitaux publics, ou encore les membres du personnel de l'Etat. Elle peut aussi être imposée unilatéralement par l'Etat: tel est le cas pour les détenus ou les soldats⁹. Dans une perspective plus sectorielle, la cible du droit disciplinaire peut aussi être définie par l'exercice d'une profession soumise à une surveillance spéciale de l'Etat. Les exemples les plus évidents en sont les professions juridiques libérales (avocats, notaires) et les médecins. Lorsque qu'une surveillance étatique générale se concentre, dans une de ses composantes, sur un cercle déterminé de personnes, on

6 MARTI/PETRY (2007) p. 227; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016) n° 1505; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 32 n° 46; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 238; TANQUEREL (2011) n° 1223 ss et (2004) p. 97 ss; WALDMANN (2010) p. 97 s.; ROHR (2010) p. 51. LOCHER (2013) n° 177 reprend d'abord la même définition, mais considère, n° 238 s. et (2017) p. 45, contrairement à la doctrine majoritaire à laquelle nous adhérons, que les personnes soumises à une surveillance spéciale sont également dans un rapport de droit spécial avec l'Etat.

7 Sur ce concept, voir MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 719 ss; MÜLLER (2003).

8 La question de la délimitation des usages d'un service public qui donnent naissance à un rapport de droit spécial est toutefois discutée, cf. arrêt TAF C-6123/2009 du 20 juin 2011, c. 3.2.3; MÜLLER (2003) p. 134 ss et 165 ss.

9 *Ibid.*

peut rattacher les sanctions y relatives au droit disciplinaire: le Tribunal fédéral l'a fait à propos des sanctions que l'autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) peut prononcer à l'encontre des personnes dirigeantes d'entités surveillées dans le domaine des marchés financiers¹⁰.

Le deuxième élément essentiel de la définition du droit disciplinaire est que les sanctions qu'il prévoit tendent à assurer le respect de devoirs particuliers des personnes visées¹¹. Dans cette perspective, la mesure disciplinaire devrait avoir un effet préventif spécial à l'égard de la personne qui la subit, incitée ainsi à mieux respecter les règles spécifiques du rapport spécial dans lequel elle s'inscrit ou de la profession surveillée qu'elle exerce. Les sanctions disciplinaires, par une combinaison de leur spécificité et de leur exemplarité, devraient en outre produire un effet préventif général sur l'ensemble des personnes susceptibles d'y être soumises¹².

Un troisième élément fondamental de la définition de la sanction disciplinaire est la nature administrative de celle-ci: la mesure disciplinaire est prononcée par une autorité administrative selon les règles de la procédure administrative. Ainsi, le fait qu'une sanction soit, en vertu de la loi qui l'institue, de la compétence d'une autorité administrative est un élément – nécessaire mais pas suffisant – permettant de qualifier cette sanction de disciplinaire. A l'inverse, le fait que la loi qualifie expressément une sanction de disciplinaire pourrait, en cas de doute sur la compétence, faire pencher l'interprétation en faveur de la compétence de l'autorité administrative.

Il n'en reste pas moins, et c'est le dernier élément essentiel de la définition, que le droit disciplinaire prévoit des sanctions, au sens usuel français de ce terme: le contenu des mesures disciplinaires comporte toujours un aspect punitif¹³. Nonobstant la rhétorique relative au caractère « correcteur » du droit disciplinaire, les mesures qu'il prévoit consistent à infliger un désavantage à la personne qui a commis l'infraction disciplinaire. Quels que soient les efforts de la jurisprudence et de la doctrine

¹⁰ ATF 142/2016 II 243, 253 s.

¹¹ TANQUEREL (2011) n° 1224; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 238.

¹² Cf. WALDMANN (2010) p. 104; LOCHER (2013) n° 178.

¹³ NGUYEN (2012) p. 172.

pour le distinguer du droit pénal au sens strict¹⁴, le droit disciplinaire reste fondamentalement un droit répressif.

B. Délimitations

1. *Sanctions disciplinaires et sanctions pénales*

Le droit disciplinaire s'inscrit dans le contexte large de l'exécution des obligations de droit administratif, qui englobe à la fois les mesures d'exécution forcée au sens strict (contrainte directe, exécution par équivalent, poursuite pour dette), les mesures administratives, qui visent au rétablissement d'une situation conforme au droit, et les sanctions proprement dites¹⁵.

Pour une partie de la doctrine alémanique, il y a lieu de distinguer entre sanctions pénales au sens strict (« *strafrechtliche Sanktionen* ») et autres sanctions pénales dans un sens plus faible (« *pönale*¹⁶ *Sanktionen* »)¹⁷, simplement « répressives »¹⁸; la doctrine francophone parle plus volontiers dans le deuxième cas de sanctions administratives en parlant de l'idée que le terme « sanction » inclut nécessairement l'élément répressif¹⁹.

Les sanctions disciplinaires sont en général classées dans la seconde catégorie, donc exclues des sanctions pénales au sens strict, en raison

¹⁴ Cf. *infra* B,1.

¹⁵ TANQUEREL (2011) n° 1137 ss; MOOR/POLTIER (2011) p. 112 ss; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 32. A noter qu'une partie de la doctrine inclut l'ensemble des mesures d'exécution dans le concept de sanctions, distinguant alors, avec diverses nuances, entre sanctions d'exécution (ou sanctions « restitutoires ») et sanctions répressives, voir p. ex. LOCHER (2017) p. 37 et 39 et (2013) n° 47 ss et 220 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016) n° 1440 ss; JAAG (2010) p. 3 ss.

¹⁶ Si l'on voulait traduire cet adjectif avec malice, dans le contexte où il est employé, on pourrait peut-être tenter « pénaloïde ».

¹⁷ LOCHER (2017) p. 43 ss et (2013) nos 141 ss, 237 ss et 250 ss; JAAG (2010) p. 15.

¹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016) nos 1444 et 1450.

¹⁹ TANQUEREL (2011) n° 1202 ss; DUBEY/ZUFERREY (2014) n° 227 ss, qui parlent de sanctions « de droit administratif »; MOOR/POLTIER (2011) p. 114, mais qui incluent finalement dans le concept, p. 115, des mesures prises dans l'intérêt public sans égard à la faute. Certains auteurs utilisent l'expression « mesure répressive » ou « *repressive Zwangsmassnahme* » comme synonyme ou à la place du terme de sanction administrative, cf. ZEN-RUFFINEN (2013) n° 828 ss; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 32 n° 8.

du but qui leur est assigné. C'est ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral considère que « les mesures disciplinaires infligées à un membre d'une profession libérale soumise à la surveillance de l'Etat ont principalement pour but de maintenir l'ordre dans la profession, d'en assurer le fonctionnement correct, d'en sauvegarder le bon renom et la confiance des citoyens envers cette profession, ainsi que de protéger le public contre ceux de ses représentants qui pourraient manquer des qualités nécessaires. Les mesures disciplinaires ne visent pas, au premier plan, à punir le destinataire, mais à l'amener à adopter à l'avenir un comportement conforme aux exigences de la profession et à rétablir le fonctionnement correct de celle-ci »²⁰. Le Tribunal fédéral a émis, *mutatis mutandis*, des considérations analogues en ce qui concerne les sanctions disciplinaires dans la fonction publique²¹. La doctrine est largement sur la même ligne²².

Cette façon d'opposer la sanction disciplinaire et la sanction pénale ne convainc pas entièrement²³. Certes, elle permet de souligner la spécificité des comportements réprimés par le droit disciplinaire et des effets qu'il vise. Mais elle néglige le fait que l'effet préventif associé à la sanction disciplinaire, à savoir inciter la personne concernée à ne pas récidiver et les autres membres du public-cible à ne pas commettre la même infraction, relève fondamentalement de la logique pénale²⁴ : l'incitation passe par la peur de la sanction. A cela s'ajoute que l'aspect purement rétributif de la sanction (« *Vergeltung* ») n'est pas non plus totalement absent de la sanction disciplinaire²⁵, comme on l'a relevé plus haut : la personne sanctionnée subit une mesure qui l'affecte négativement. S'il y a au premier plan une volonté « éducative », celle-ci passe néanmoins ici, comme en droit pénal, par la punition²⁶.

²⁰ ATF 143/2017 I 352, 356 et les références citées.

²¹ ATF 142/2016 II 259, 263.

²² DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 238; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 32 n° 48 s.; WALDMANN (2010) p. 104 s.; ROHR (2010) p. 52; BOINAY (1998) n° 10 ss.

²³ Voir la critique pertinente de cette approche dans PELLATON (2016) n° 151 ss.

²⁴ Cf. PELLATON (2016) n° 155.

²⁵ *Contra*: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 32 n° 47.

²⁶ Certains arrêts, certes un peu anciens, du Tribunal fédéral, le reconnaissaient clairement, cf. ATF 106/1980 Ia 100, 121; 102/1970 Ia 28, 29 s.; 80/1954 I 129, 135.

S'il l'on veut distinguer la sanction disciplinaire de la sanction pénale, seuls deux critères apparaissent donc opérationnels²⁷. Le premier est celui de l'autorité qui prononce la sanction : dans le cas du droit disciplinaire, c'est une autorité administrative qui est compétente et non un tribunal pénal, lequel sera compétent d'emblée pour les sanctions pénales ou du moins sur recours pour les sanctions qui relèvent du droit pénal administratif²⁸. Le deuxième est celui de la nature de la sanction : à côté de l'amende, classique en droit pénal et que l'on peut trouver en droit disciplinaire, ce dernier offre une palette de sanctions typiquement administratives²⁹, affectant spécifiquement l'exercice de l'activité soumise à la surveillance disciplinaire. A l'aune de ces deux critères, la sanction disciplinaire appartient à l'ensemble plus large des sanctions administratives.

Quoi qu'il en soit, une qualification dans l'abstrait des sanctions disciplinaires comme pénales ou non n'a qu'un intérêt académique. C'est en fonction d'un enjeu juridique déterminé – par exemple l'application de l'article 6 CEDH ou celle du principe *ne bis in idem* – et *in concreto* que cette qualification doit intervenir. On rappellera à cet égard que, selon la jurisprudence, la question de savoir si une procédure de sanction relève de l'accusation en matière pénale au sens de l'article 6 CEDH s'examine en fonction de trois critères : la qualification en droit interne, la nature de l'infraction et la sévérité de la sanction encourue³⁰.

2. *Sanctions disciplinaires et mesures administratives*

Dans l'absolu, il convient de distinguer clairement les mesures administratives, qui visent à rétablir une situation conforme au droit ou à maintenir l'ordre public face à une perturbation objective, et les sanctions disciplinaires, qui répriment une violation fautive de devoirs légaux³¹.

²⁷ TANQUEREL (2011) n^{os} 1204 et 1210.

²⁸ Cf. art. 21, 71, 72 et 73 ss de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (DPA – RS 313.0).

²⁹ Cf. *infra* III, D.

³⁰ ATF 142/2016 II 243, 252 et les références citées ; 135/2009 I 313, 317 ; ACEDH *Engel c. Pays-Bas*, du 8 juin 1976, n^o 5100/71, § 82.

³¹ *Contra* : MOOR/POLTIER (2013) p. 142 ss, qui tout en admettant que les sanctions disciplinaires sanctionnent des comportements fautifs, les classent parmi les mesures administratives.

Pour qu'une mesure administrative puisse être prise, il suffit que l'ordre légal soit objectivement menacé, que l'intérêt public justifie la mesure en cause et que celle-ci respecte le principe de proportionnalité. Il n'est pas nécessaire que la personne destinataire de la mesure ait commis une faute, ni même d'ailleurs qu'elle ait violé ses devoirs spécifiques. Il suffit par exemple, pour que son droit à exercer une activité soumise à surveillance soit retiré, qu'elle ne remplisse plus les conditions légales posées à cet exercice.

Il existe des cas où la distinction est claire. Ainsi, selon l'article 21 de la loi genevoise d'organisation judiciaire du 26 septembre 2010³², le conseil supérieur de la magistrature relève de sa charge tout magistrat (judiciaire) qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'éligibilité, est frappé d'un motif d'incompatibilité ou est incapable de l'exercer, notamment en raison de son état de santé. Il apparaît d'emblée que cette mesure ne dépend nullement du fait que la personne en cause ait violé les devoirs de sa charge. A l'inverse, l'article 20 LOJ/GE permet au conseil supérieur de la magistrature de prononcer diverses sanctions, qui vont du simple avertissement à la destitution, contre le magistrat qui, intentionnellement ou par négligence, viole les devoirs de sa charge, adopte un comportement portant atteinte à la dignité de la magistrature ou ne respecte pas les décisions du conseil. Dans ce cas, la sanction résulte d'un comportement contraire au droit et fautif de son destinataire.

Toutefois, la frontière entre mesure administrative et sanction disciplinaire est souvent beaucoup plus floue. C'est ainsi qu'une interdiction de pratiquer prononcée contre une personne exerçant une activité soumise à surveillance disciplinaire peut à la fois sanctionner un comportement contraire au droit et assainir la profession, dans l'intérêt de la protection du public, en écartant un de ses membres indigne de la pratiquer. On peut estimer que tel est par exemple le cas d'une interdiction de pratique prononcée par la FINMA sur la base de l'article 33 de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007³³

³² LOJ/GE – RS/GE E 2 05.

³³ LFINMA – RS 956.1. Pour un exemple, ATF 142/2016 II 243, 252 ss.

ou du retrait définitif de l'autorisation de pratiquer pour un avocat³⁴. D'une manière générale, des mesures administratives qui sont prises essentiellement dans l'intérêt public peuvent avoir pour les intéressés l'effet d'une sanction³⁵. A l'inverse, des violations fautives des devoirs sanctionnées peuvent démontrer que la personne concernée ne remplit pas ou plus les conditions légales pour être autorisée à pratiquer l'activité en cause, comme par exemple celle de présenter « toutes garanties d'une activité irréprochable »³⁶.

Il se peut même que vouloir à tout prix opposer mesure administrative et sanction disciplinaire s'avère inopportun. Un exemple frappant en est donné lorsque le droit du personnel de l'Etat, comme c'est le cas pour le canton de Genève³⁷, prévoit séparément la possibilité de mettre fin aux rapports de travail pour insuffisance des prestations ou inaptitude et la révocation pour violation fautive des devoirs de service. Il est en effet souvent très difficile de faire le tri, en cas d'accomplissement insatisfaisant du travail d'un membre du personnel, entre la mauvaise volonté ou la négligence, d'une part, et l'incompétence, d'autre part. Lorsque la loi prévoit des garanties supplémentaires en faveur des personnes visées par une révocation³⁸, on se trouve en outre dans la situation paradoxale où la faute est mieux protégée que l'incompétence. On peut rencontrer une situation analogue, dans le domaine scolaire en cas de plagiat. Un tel comportement constitue à l'évidence une infraction disciplinaire. Mais il justifie aussi une évaluation à la baisse de la qualité du travail présenté, dès lors que les parties plagiées ne sauraient contribuer à une bonne appréciation dudit travail. Lorsqu'une évaluation insuffisante entraîne, par simple application du règlement d'études, l'élimination de

34 Le Tribunal fédéral a cependant, à notre avis de manière trop tranchée, qualifié cette mesure de mesure administrative et non de peine, ATF 106/1980 Ia 100, 121; 102/1976 Ia 28, 30.

35 ATF 102/1976 Ia 28, 30.

36 Cf. art. 3, al. 2, let. c, de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne 8 novembre 1934 (LB – RS 952.0) et art. 10, al. 2, let. d, de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (LBVM – RS 954.1).

37 Art. 16, al. 1, let. c, ch. 5 et art. 21, al. 3 et 22 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 4 décembre 1997 (LPAC/GE – RS/GE B 5 05).

38 P. ex. art. 27, en particulier al. 2, LPAC/GE.

l'étudiant concerné, et que la procédure disciplinaire est procéduralement complexe, l'incitation est forte à renoncer à cette dernière.

On notera enfin que la distinction entre mesure administrative et sanction peut être déterminante lorsque le droit applicable prévoit une prescription relativement courte pour les sanctions disciplinaires³⁹ : une fois le délai de prescription échu une sanction ne pourra plus être prononcée, en revanche une mesure dans l'intérêt public pourra toujours être prise, sauf si l'écoulement du temps la rend contraire au principe de proportionnalité.

3. *Sanctions disciplinaires et autres sanctions administratives*

Au vu de la définition du droit disciplinaire exposée plus haut, le seul critère permettant de distinguer les sanctions disciplinaires des autres sanctions administratives est celui de l'existence d'un cercle limité de destinataires, qui caractérise uniquement les premières.

Parmi les secondes, on peut mentionner, par exemple, l'avertissement ou le retrait de permis de conduire selon la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958⁴⁰, les sanctions que la Commission fédérale de la concurrence peut prononcer en vertu des articles 49a à 53 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995⁴¹ ou les sanctions administrative prévues par le droit cantonal de la construction⁴². Dans tous ces cas, c'est le public en général qui est susceptible de commettre les infractions réprimées par les sanctions administratives en cause⁴³.

En revanche, dans le cas des sanctions disciplinaires, le fait de sortir du cercle des personnes soumises à un rapport de droit spécial ou à

³⁹ P. ex. art. 27, al. 7, LPAC/GE.

⁴⁰ LCR – RS 741.01.

⁴¹ LCart – RS 251.

⁴² P. ex. art. 137 de la loi genevoise sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI/GE – RS/GE L 5 05).

⁴³ En matière de LCR, il est vrai que seuls les titulaires de permis de conduire peuvent se le voir retirer; mais les personnes conduisant sans être titulaires d'un permis sont aussi susceptibles de sanctions administratives (art. 15e LCR). L'arsenal des sanctions administratives de la LCR est donc bien dirigé vers le public en général.

une surveillance spécifique implique la fin de la soumission – potentielle ou effective – à la poursuite disciplinaire. Ce principe peut cependant s'appliquer de façon nuancée. Si un membre du personnel de l'Etat démissionne, il ne pourra plus faire l'objet d'une poursuite disciplinaire⁴⁴. Toutefois, dans d'autres cas, une telle poursuite peut encore avoir un sens, mais uniquement pour des faits intervenus alors que le coupable appartenait au cercle des personnes soumises au droit disciplinaire: une personne ayant commis une infraction disciplinaire alors qu'elle exerçait une profession surveillée peut se voir infliger une interdiction de pratiquer de longue durée ou définitive même si, au moment où la sanction est prononcée, elle a cessé l'exercice de la profession en cause, car elle est susceptible de le reprendre ultérieurement.

Pour le reste, le régime des sanctions disciplinaires est le même que celui des autres sanctions administratives, sous réserve des particularités résultant de l'existence d'un rapport de droit spécial, dont on a vu qu'elle ne concernait qu'une partie des sanctions disciplinaires.

En tant que telle, la qualification d'une sanction comme disciplinaire ou « simplement » administrative n'a donc pas de conséquence juridique. Comme déjà exposé plus haut, la distinction n'a d'utilité que descriptive, permettant de délimiter un champ d'analyse⁴⁵.

III. Traits caractéristiques

A. Une application différenciée du principe de la légalité

1. *La légalité de l'infraction*

Lorsque le droit disciplinaire intervient dans le cadre d'un rapport de droit spécial, les exigences de base légale, tant en ce qui concerne le niveau de celle-ci qu'en ce qui concerne sa densité, sont moins sévères que dans une situation ordinaire, et cela même lorsque une restriction aux droits fondamentaux est en cause, dans la mesure où ladite restriction

⁴⁴ Pour le droit fédéral, voir l'art. 98, al. 3, de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 (OPers – RS 172.220.111.3); HÄNNI (2017) n° 266; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016) n° 1505; LOCHER (2017) p. 45.

⁴⁵ Cf. *supra* II, A, 1.

résulte de manière prévisible du but de ce rapport⁴⁶. Cette approche s'applique ainsi à la définition des devoirs des personnes soumises au rapport spécial, dont la violation pourrait entraîner une sanction disciplinaire. Ces devoirs sont souvent déterminés au niveau réglementaire, notamment pour le personnel de l'Etat⁴⁷. Toutefois, si l'obligation en cause constitue une violation grave des droits fondamentaux, comme par exemple la liberté de conscience et de croyance dans le cas de l'interdiction du port du foulard imposée aux élèves d'une école publique, une base légale formelle est nécessaire⁴⁸.

En ce qui concerne les professions surveillées, dans l'exercice desquelles les personnes soumises à surveillance peuvent invoquer la liberté économique, les devoirs professionnels doivent figurer, au moins quant à leur principe et à leurs grandes lignes, dans une loi formelle⁴⁹.

Dans les deux cas, c'est surtout en relation avec la question de la densité normative que l'application du principe de la légalité se trouve nuancée. Il est en effet largement admis qu'il est inévitable de devoir recourir à des formulations générales pour définir des devoirs des sujets disciplinaires⁵⁰, devoirs qui s'inscrivent soit dans un rapport de droit spécial, durable et englobant une variété presque infinie de situations, soit dans une relation de confiance étroite entre un praticien et son client⁵¹. C'est ainsi que la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000⁵² prévoit notamment que l'avocat « exerce sa profession avec soin et diligence » (art. 12, let. a) et que la loi fédérale sur les professions

46 ATF 139/2013 I 280, 286 s. Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 722; WALDMANN (2010) p. 101 ss.

47 Ainsi, si en droit fédéral, les devoirs des membres du personnel de la Confédération, sont évoqués aux art. 20 ss de la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers – RS 172.220.1) et précisés aux art. 89 ss OPers; en droit genevois, ceux des membres du personnel de l'administration cantonale, à l'exception du secret de fonction ancré à l'art. 9A LPAC/GE, ne sont évoqués qu'au niveau réglementaire (art. 20 ss du règlement d'application de la LPAC du 24 février 1999, RPAC/GE – RS/GE B 5 05.01).

48 ATF 139/2013 I 280, 284; 142/2015 I 49, 64.

49 WALDMANN (2010) p. 101.

50 Arrêt TF 2C_268/2010 du 18 juin 2010, c. 5.1; en matière scolaire, ATF 129/2002 I 12, 24. Voir aussi TANQUEREL (2011) n° 1227; MARTI/PETRY (2007) p. 235.

51 MOOR/POLTIER (2011) p. 143.

52 LLCA – RS 935.61.

médicales universitaires du 23 juin 2006⁵³ prévoit entre autres que les personnes exerçant une profession médicale universitaire à titre indépendant doivent « exercer leur activité avec soin et conscience professionnelle » (art. 40, let. a).

Il est parfois soutenu en doctrine que les infractions les plus graves devraient être précisément définies dans la base légale⁵⁴. En réalité, ce n'est pas la gravité de l'infraction en tant que telle, mais celle de la sanction encourue – laquelle devrait, certes, conformément au principe de proportionnalité, suivre celle de l'infraction – qui doit être déterminante pour justifier une exigence accrue de densité normative.

2. *La légalité de la sanction*

En ce qui concerne la sanction, l'exigence de base légale est en principe applicable strictement: seules les sanctions prévues par une loi formelle pourront être prononcées⁵⁵. Toutefois, dans le contexte d'un rapport de droit spécial, une norme de niveau réglementaire ou une prescription autonome édictée par une entité investie par la loi formelle d'un certain pouvoir normatif peut suffire pour prévoir des sanctions d'une gravité limitée ou pour préciser les modalités de sanctions dont seul le principe figure dans une loi formelle. On en trouvera des exemples notamment dans le droit de la fonction publique⁵⁶, dans celui de l'exécution des peines⁵⁷ ou encore dans celui de l'organisation des universités⁵⁸.

⁵³ LPMéd – RS 811.11.

⁵⁴ P. ex. ROHR (2010) p. 64.

⁵⁵ Arrêt TF 2C_268/2010 du 18 juin 2010, c. 5.1; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 32 n° 52; TANQUEREL (2011) n° 1227; MARTI/PETRY (2007) p. 235; FAVRE (1988) p. 334.

⁵⁶ Voir p. ex. art. 25, al. 2, LPers et 99 OPers.

⁵⁷ Voir, p. ex, l'art. 47 du règlement genevois sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées du 30 septembre 1985 (RRIP/GE – RS/GE F 1 50.04), pris sur la base de l'art. 91, al. 2 (pour le principe des diverses sanctions) et al. 3, (pour la compétence cantonale) CP. A noter que, pour WALDMANN (2010) p. 102, les grandes lignes de la réglementation disciplinaire cantonale au sens de l'art. 91, al. 3, CP devraient figurer dans une loi formelle. L'art. 91, al. 2, CP prévoyant déjà le principe des diverses sanctions disciplinaires, cette exigence est sans doute, en tout cas en ce qui concerne la définition plus précise des sanctions, trop stricte.

⁵⁸ Voir les exemples mentionnés par WALDMANN (2010) p. 103. Voir aussi MARTIN (2007) p. 476 et 481.

En tout état de cause, si, en raison de sa sévérité, une sanction disciplinaire relève des articles 6 et 7 CEDH, elle devra figurer dans une base légale formelle⁵⁹.

B. L'exigence d'une faute

Il est unanimement admis qu'une sanction disciplinaire ne peut être prononcée que pour violation fautive des devoirs de la personne visée⁶⁰. La doctrine alémanique parle certes souvent de « *Disziplinarfehler* » plutôt que de « *Verschulden* », mais en précisant généralement que la violation doit avoir été commise volontairement ou par négligence (ce qui est la définition de la faute) ou encore fautivement⁶¹. Cette exigence est le corollaire du caractère fondamentalement répressif du droit disciplinaire qui a été souligné plus haut.

Une difficulté peut survenir lorsqu'une mesure, comme le retrait ou la suspension de l'autorisation de pratiquer une profession ou le licenciement d'un fonctionnaire, peut aussi bien avoir un caractère disciplinaire, lorsqu'elle vise à punir une violation des devoirs, et un objectif de pure protection de l'intérêt public, lorsqu'elle vise à protéger le public ou l'entité étatique concernée contre le comportement perturbateur d'une personne, que celle-ci ait commis ou non une faute. Lorsque la loi admet cette double fonction de la mesure, si les conditions d'intérêt public et de proportionnalité sont remplies, ladite mesure doit pouvoir être prononcée même en l'absence de faute de l'intéressé. Il ne faudrait pas qu'une focalisation sur le caractère disciplinaire d'une mesure, et partant sur l'évaluation de la faute commise, empêche d'assurer l'ordre public, notamment par l'exclusion ou la neutralisation d'éléments perturbateurs: on peut penser, par exemple, au cas d'élèves, d'étudiants ou d'employés de l'Etat souffrant de troubles mentaux qui, sans qu'une faute (ou du moins une faute grave) puisse subjectivement leur être re-

⁵⁹ WALDMANN (2010) p. 113.

⁶⁰ ATF 110/1984 Ia 95, 96; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 2249; MOOR/POLTIER (2011) p. 142; TANQUEREL (2011) n° 1228; MARTI/PETRY (2007) p. 236; BOINAY (1998) p. 27; FAVRE (1988) p. 335 ss.

⁶¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016) n° 1515; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 32 n° 50; WALDMANN (2010) p. 98; ROHR (2010) p. 58; MARTIN (2007) p. 476 s.

prochée vu leur état de santé, mettraient en danger l'intégrité d'autres élèves, étudiants ou collègues.

C. Un pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente

L'autorité compétente pour prononcer une sanction disciplinaire dispose toujours d'un pouvoir d'appréciation sous un double aspect.

Elle a d'abord le choix, lorsqu'une infraction disciplinaire est avérée, de prendre ou non une sanction. C'est ce que la doctrine appelle le principe de l'opportunité de la poursuite disciplinaire⁶². C'est aussi un élément qui distingue la sanction disciplinaire de la mesure administrative visant à rétablir une situation conforme au droit : alors que la loi prévoit systématiquement que l'autorité compétente en matière disciplinaire « peut » prendre une sanction (ou, ce qui revient au même, que le coupable est « passible » d'une sanction), le principe de la légalité implique qu'une autorisation soit retirée si les conditions d'octroi ne sont plus remplies ou qu'un administré qui viole la loi soit sommé de revenir au respect de celle-ci, et cela d'ailleurs même en l'absence de base légale spécifique pour une telle mesure.

L'autorité a ensuite, dans l'immense majorité des cas, le choix entre différentes sanctions ou du moins entre différentes quotités d'une même sanction.

Bien sûr, la liberté d'appréciation de l'autorité est encadrée par les principes constitutionnels qui régissent le droit administratif, en particulier ici les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement.

Il reste que, sauf s'il résulte de l'ensemble des circonstances qu'aucune sanction ne peut être prononcée sans violer l'un ou l'autre des principes susmentionnés, l'autorité conserve, après avoir éliminé toutes les possibilités qui ne seraient pas conformes au droit, un choix « en opportunité » : même si une sanction déterminée apparaît conforme à la loi, proportionnelle et respectant tous les autres principes constitutionnels, l'autorité compétente peut toujours y renoncer en faveur d'une sanction moins lourde ou d'une absence totale de sanction. Par définition, le motif d'une telle renonciation ne saurait être simplement la proportionnalité, car

⁶² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016) n° 1517; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 32 n° 51; MARTIN (2007) p. 477; BOINAY (1998) p. 16.

alors la sanction d'abord envisagée n'aurait pas été conforme au droit, mais des considérations de politique administrative⁶³, comme l'usage parcimonieux de moyens limités, la paix sociale dans une administration, l'ambiance dans une école, les éventuels effets collatéraux indésirables d'une sanction, etc.⁶⁴. Dans le cadre de la fonction publique, par exemple, le critère doit ainsi être la bonne marche du service⁶⁵ et non, comme on le lit parfois⁶⁶, celui de la gravité de l'infraction sanctionnée, qui relève de la proportionnalité.

Le contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir d'appréciation devrait se limiter à un contrôle, qui peut être strict, de la conformité au droit, comprenant l'examen du respect des principes constitutionnels et en particulier de la proportionnalité. Ce n'est fondamentalement pas le rôle des tribunaux de revoir la politique administrative des autorités compétentes en matière disciplinaire. Même lorsque l'article 6 CEDH est applicable, un contrôle de l'opportunité n'est pas exigé⁶⁷. D'ailleurs, lorsque, de manière malheureuse, la loi prévoit qu'un tribunal peut revoir l'opportunité d'une sanction disciplinaire, comme c'est par exemple le cas du Tribunal administratif fédéral pour les sanctions prononcées contre des membres du personnel de la Confédération, ce qui est présenté comme un tel contrôle n'est bien souvent qu'un examen particulièrement serré de la proportionnalité⁶⁸.

⁶³ Sur la politique administrative comme fondement des choix en opportunité, TANQUEREL (2013) p. 214.

⁶⁴ Adoptant un point de vue différent, ROHR (2010) p. 69 ss, pour qui le principe de l'opportunité de la poursuite disciplinaire a surtout pour but d'adapter la sanction disciplinaire à chaque cas particulier, ce qui tend, à notre sens, à le confondre en pratique avec le principe de proportionnalité.

⁶⁵ BOINAY (1998) p. 17.

⁶⁶ P. ex. HELBLING (2013) n° 47.

⁶⁷ ATF 139/2013 I 72, 82-83; TANQUEREL (2013) p. 226 s. et les références citées; à noter que l'avis contraire de MARTENET/CORBAZ (2013) p. 38 ss, pour qui le contrôle judiciaire ne saurait se limiter à l'abus et à l'excès du pouvoir d'appréciation, ne porte que sur les sanctions pécuniaires, ce qui ne couvre qu'une part des sanctions disciplinaires usuelles.

⁶⁸ P. ex. arrêt TAF A-1779/2006 du 15 mars 2007, c. 4.2 et 4.5, commenté in TANQUEREL (2013) p. 211 s., arrêt qui concernait, il est vrai, un licenciement, mais dans un contexte qui, globalement, pouvait être qualifié de disciplinaire.

D. L'existence de sanctions « typiquement disciplinaires »

Comme le droit disciplinaire s'inscrit dans le contexte d'un rapport de droit spécial ou d'une surveillance étatique spécifique, il n'est pas étonnant qu'une large partie des sanctions qu'il prévoit soient intimement liées à cette relation particulière entre l'Etat et la personne soumise à discipline. Ainsi, le retrait d'une autorisation de pratiquer n'est concevable que parce que l'activité en cause est soumise à autorisation, le licenciement ou l'exclusion d'un établissement d'enseignement parce que l'intéressé a été engagé préalablement par une entité publique ou admis dans une filière de formation publique. La sanction peut être moins radicale, dans une modulation de la limitation d'une activité surveillée ou de la mise en œuvre du rapport de droit spécial. C'est ainsi que l'on peut imaginer une suspension temporaire du droit d'exercer une activité⁶⁹ ou une restriction du champ de cette activité⁷⁰. Dans le cas des rapports de droit spéciaux, en particulier dans la fonction publique, la gamme des sanctions peut être encore plus fine, taillée sur mesure pour le type de fonction en cause; un exemple frappant en est donné par l'article 36 de la loi genevoise sur la police du 9 septembre 2014⁷¹ qui prévoit notamment comme sanctions les services hors tour (al. 1, let. b) ou la dégradation pour une durée déterminée (al. 1, let. d).

Sont aussi typiques du droit disciplinaire l'avertissement⁷² et le blâme⁷³, comme le Tribunal fédéral l'a expressément relevé pour le second en ce qui concerne la fonction publique⁷⁴. Ces sanctions ont un caractère symbolique, en ce sens qu'elles sont dénuées d'effet concret immédiat, financier ou relatif à l'exercice de l'activité en cause. Toutefois, prononcées par voie de décision, elles ont, outre leur fonction que l'on pourrait qualifier de « stigmatisation officielle », un effet juridique sur le « dossier » des intéressés: en cas de nouvelle infraction disciplinaire, ils seront formellement en état de récidive.

⁶⁹ Voir p. ex. art. 17, al. 1, let. d, LLCA et art. 43, al. 1, let. d, LPMéd.

⁷⁰ Voir p. ex. art. 43, al. 1, let. e, LPMéd.

⁷¹ LPol/GE – RS/GE F 1 05.

⁷² Voir p. ex. art. 25, al. 2, let. b, LPers, 99, al. 2, let. a, OPers, 17, al. 1, let. a, LLCA, 43, al. 1, let. a, LPMéd, 20 al. 1, let. a, LOJ/GE.

⁷³ Voir p. ex. art. 17, al. 1, let. b, LLCA, 43, al. 1, let. b, LPMéd, 16, al. 1, let. a, ch. 1, LPAC/GE, 20, al. 1, let. b, LOJ/GE, 36, al. 1, let. a, LPol/GE.

⁷⁴ ATF 142/2016 II 259, 263.

Ce lien étroit entre certaines formes de sanctions et droit disciplinaire n'est cependant pas exclusif. Des sanctions considérées comme typiquement disciplinaires peuvent parfois être prononcées, comme sanctions administratives, hors d'un cadre strictement disciplinaire: ainsi l'avertissement et le retrait de l'autorisation de pratiquer la conduite automobile font partie de l'arsenal de sanctions en matière de circulation routière⁷⁵. A l'inverse, l'amende, sanction classique du droit pénal, est aussi fréquemment utilisée en droit disciplinaire⁷⁶.

E. Applicabilité des garanties et maximes pénales limitée à certaines sanctions

Comme cela a été souligné plus haut, les sanctions disciplinaires ne peuvent pas être globalement classées parmi les sanctions pénales⁷⁷. Les garanties et maximes du droit pénal⁷⁸ ne leur sont donc en principe pas applicables⁷⁹, en tout cas pas d'emblée et de façon générale⁸⁰.

Bien sûr, lorsque, notamment en raison de sa gravité et de sa nature, une sanction doit être considérée comme pénale au sens de l'article 6 CEDH, les garanties découlant de cette disposition s'appliquent, comme le droit à un procès équitable (§ 1), le droit à la présomption d'innocence (§ 2) et certaines garanties spécifiques à la procédure pénale (§ 3)⁸¹. Les

⁷⁵ Art. 16 ss (en particulier 16a, al. 3, pour l'avertissement) LCR.

⁷⁶ Art. 17, al. 1, let. c, LLCA; 43, al. 1, let. c, LPMéd; 20, al. 1, let. c, LOJ/GE.

⁷⁷ Cf. *supra* II, B, 1.

⁷⁸ Sur ces garanties en général et leur application aux sanctions administratives, cf. LOCHER (2013) n° 403 ss; HÄNER (2010); JAAG (2002).

⁷⁹ WALDMANN (2010) p. 108 et 109 s.; MARTI/PETRY (2007) p. 232. On peut sans doute considérer que vont dans le même sens les auteurs qui n'évoquent l'application de ces garanties que dans le cas où la sanction est considérée comme pénale au sens de la CEDH, voire de l'article 32 Cst. féd., cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016) n° 1506; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 32 n° 47; HÄNER (2010) p. 39. Voir aussi les arrêts TF 1P.652/2003 du 8 février 2005, c. 6.1 et 1C_638/2012 du 14 janvier 2014, c. 9.2.

⁸⁰ D'un autre avis, penchant pour une application de principe des garanties et maximes pénales aux sanctions disciplinaires, PELLATON (2016) n° 172 ss; SPRUMONT/CHRISTINAT, dans cet ouvrage, VI, A.

⁸¹ WALDMANN (2010) p. 109 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016) n° 1506; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 32 n° 47.

mêmes garanties résultent de l'article 32 Cst., dont le champ d'application est fondamentalement identique⁸².

Mais la prise en compte de ces garanties n'est pas automatique pour l'ensemble des sanctions disciplinaires. Le Tribunal fédéral a ainsi eu l'occasion d'indiquer que tel n'était pas le cas, les sanctions en cause n'étant pas « pénales » au sens de l'article 6 CEDH, en ce qui concerne le licenciement disciplinaire d'un fonctionnaire⁸³, la mise à l'isolement strict d'un détenu⁸⁴, ainsi que pour des amendes disciplinaires d'un montant de 300⁸⁵, de 500⁸⁶ et même de 5000⁸⁷ francs.

Il convient toutefois de souligner que, même lorsqu'une mesure disciplinaire n'est pas pénale au sens de la CEDH, elle peut relever des contestations en matière civile visées par l'article 6 § 1 CEDH, avec les conséquences qui en découlent quant au droit à un procès équitable. Ainsi en est-il d'une mesure ayant pour effet d'interdire l'exercice d'une activité⁸⁸.

En outre, les règles générales du CP seront applicables dans la mesure où elles reflètent des principes généraux du droit⁸⁹. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, le principe de la *lex mitior* (art. 2, al. 2, CP) est en tout cas applicable⁹⁰.

On doit aussi souligner que des garanties de procédure particulières ne résultent pas seulement de normes internationales et constitutionnelles. Il n'est en effet pas rare, surtout dans le droit du personnel de l'Etat, que des droits procéduraux spécifiques, souvent un droit d'être entendu renforcé, soient prévus par la législation spéciale⁹¹.

82 WALDMANN (2010) p. 112 s.

83 ATF 120/1994 Ia 184, 189.

84 ATF 125/1998 I 104, 107 ss.

85 ATF 121/1995 I 379, 380 ss.

86 ATF 135/2008 I 313, 319.

87 ATF 128/2002 I 346, 349 s.; voir la critique justifiée de LOCHER (2013) n° 490.

88 ATF 126/2000 I 228, 230.

89 TANQUEREL (2011) n° 1226.

90 ATF 130/2004 II 270, 273 s.

91 Voir p. ex. art. 38 LPol/GE.

Il est donc nécessaire de déterminer de cas en cas – notamment à l'aide des critères développés par la jurisprudence pour le champ d'application de l'article 6 CEDH⁹² et en fonction de la législation spéciale pertinente – à quelles garanties procédurales et de fond le prononcé d'une sanction disciplinaire spécifique est soumis.

F. Une portée restreinte du principe *ne bis in idem*

Selon le principe *ne bis in idem*, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat⁹³. On considère d'une manière générale que ce principe ne s'applique pas aux sanctions disciplinaires – même lorsqu'elles sont pénales au sens de l'article 6 CEDH – en ce que celles-ci peuvent être prononcées quand bien même une sanction pénale au sens strict a été infligée pour les mêmes faits⁹⁴. Le Tribunal fédéral suit cette ligne pour les sanctions administratives en général⁹⁵.

Cette solution se justifie dans la mesure où la sanction disciplinaire, même si elle vise les mêmes faits, ne se fonde pas sur le même fondement juridique et ne sanctionne pas la violation des mêmes intérêts (ou, si l'on préfère, l'atteinte aux mêmes biens protégés) que la sanction pénale⁹⁶. Ainsi, un fonctionnaire qui blesse légèrement un collègue en le frappant dans le cadre de son travail enfreint non seulement la norme sociale incorporée dans l'article 123 CP, mais aussi ses devoirs spécifiques de membre du personnel de l'Etat vis-à-vis de ce dernier et de ses collègues. Cette différence fondamentale d'approche explique pourquoi il est possible qu'un comportement pour lequel la justice pénale a prononcé un non-lieu ou un acquittement puisse néanmoins conduire à une sanc-

⁹² Cf. *supra* II, B, 1 *in fine*.

⁹³ Selon la formulation de l'article 4 du protocole additionnel n° 7 à la CEDH du 22 novembre 1984 (RS – 0.101.07).

⁹⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016) n° 1510; WALDMANN (2010) p. 115; ROHR (2010) p. 52; MARTIN (2007) p. 477; JAAG (2002) p. 165.

⁹⁵ ATF 137/2011 I 363, 368 ss; 129/2002 II 168, 173; 125/1999 II 402, 404 ss; tous ces arrêts concernaient le retrait d'admonestation du permis de conduire.

⁹⁶ ROHR (2010) p. 52 s.; MARTIN (2007) p. 477; JAAG (2002) p. 165.

tion disciplinaire⁹⁷: le seuil de punissabilité n'est pas nécessairement le même pour la norme pénale en cause que pour la norme disciplinaire. C'est aussi ce qui justifie que, sauf exception, une procédure disciplinaire parallèle à une procédure pénale puisse suivre son cours sans attendre l'issue de cette dernière⁹⁸. Cela n'empêche pas, le cas échéant, que le fait qu'une sanction pénale ait déjà été infligée puisse être pris en compte dans le prononcé de la sanction disciplinaire sous l'angle de la proportionnalité⁹⁹.

En revanche, le principe *ne bis in idem* doit s'appliquer entre sanctions disciplinaires et sanctions administratives (y compris disciplinaires) dans la mesure en tout cas où c'est la violation d'une même norme qui est réprimée. Certains auteurs limitent cette application du principe *ne bis in idem* aux sanctions disciplinaires qui peuvent être qualifiées de pénales au sens de l'article 6 CEDH¹⁰⁰. Cette restriction ne convainc pas: on ne voit pas ce qui permettrait de justifier qu'un administré reçoive deux sanctions disciplinaires successives, même de gravité légère ou moyenne, pour les mêmes faits, sur la même base juridique, voire qui plus est par la même autorité. Si le principe *ne bis in idem* « découle implicitement de la Constitution fédérale », comme l'indique le Tribunal fédéral¹⁰¹, il n'y a pas de raison d'en limiter l'application aux sanctions couvertes par l'article 6 CEDH, le caractère répressif (« *pönal* ») de la mesure devrait suffire.

Dans ce contexte, l'application du principe *ne bis in idem* aux sanctions administratives s'impose même lorsque celles-ci sont prises dans des procédures différentes menées par des autorités différentes, si le fondement juridique de l'infraction et le bien protégé sont les mêmes. On peut ainsi s'étonner qu'un architecte puisse être sanctionné d'une première amende, dont la quotité tenait compte de sa qualité d'architecte, par le département cantonal compétent, pour non-respect d'un ordre

⁹⁷ P. ex. SJ 2017 I 388 (TF, 15.12.2016).

⁹⁸ SJ 2015 I 226, 228 (TF, 9.01.2015).

⁹⁹ ATF 108/1982 Ia 230, 232, qui concernait le prononcé de plusieurs sanctions disciplinaires, mais dont le principe peut s'appliquer à tout cumul de sanctions; WALDMANN (2010) p. 115.

¹⁰⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016) n° 1512; WALDMANN (2010) p. 115.

¹⁰¹ ATF 137/2011 I 363, 365 et les références citées; PELLATON (2016) n° 224; WALDMANN (2010) p. 114.

d'arrêt de chantier, puis d'une suspension et d'une seconde amende par la Chambre cantonale des architectes et ingénieurs, pour avoir violé ses devoirs d'architecte en ne respectant pas l'ordre de l'autorité¹⁰². En effet, dans les deux cas, l'intérêt public visé et le bien protégé sont le respect des décisions de l'autorité.

IV. Regard critique

A. Les atouts du droit disciplinaire

1. *Un instrument de responsabilisation*

Dans la mesure où le droit disciplinaire prévoit pour les personnes qui lui sont soumises des conséquences négatives en cas de violation de leurs devoirs spécifiques, il contribue à leur responsabilisation d'un double point de vue.

En assurant que des comportements non conformes aux devoirs des personnes concernées sont passibles de sanctions, il contribue d'abord à l'exigence générale de rendre des comptes qui, dans une société démocratique, s'impose aux prestataires de tâches publiques ou surveillées dans l'intérêt public, ainsi qu'aux titulaires de fonctions officielles. Dans cette mesure, le droit disciplinaire peut aussi pallier, comme dans le cas des fonctionnaires ou des magistrats judiciaires, l'absence de responsabilité politique et, partant, renforcer la légitimité des intéressés¹⁰³. Cet aspect du droit disciplinaire ne concerne pas les usagers d'établissements publics comme les élèves ou les détenus.

Dans une deuxième perspective, la responsabilité mise en avant est celle du respect des devoirs. La responsabilisation des personnes soumises au droit disciplinaire passe alors par l'efficacité préventive des sanctions prévues. Limitée à un cercle déterminé, la menace disciplinaire est sans doute plus crédible que la menace pénale, compte tenu d'une probabilité de sanction plus importante que dans le champ tout général du droit pénal. La présence, à côté de la classique amende, de sanctions étroitement liées à l'activité surveillée, peut aussi contribuer à ce gain d'efficacité. Le droit disciplinaire vient dès lors en renfort de qualités personnelles

¹⁰² Arrêt TF 2C_268/2010 du 18 juin 2010.

¹⁰³ PELLATON (2016) n° 122 ss.

comme le sens civique, l'éthique du service public ou la conscience professionnelle, pour favoriser le respect de devoirs spécifiques.

2. *Une alternative au droit pénal*

Si, dans ce qui vient d'être dit, le droit disciplinaire a été en quelque sorte considéré comme complémentaire au droit pénal, il peut aussi être vu, dans certains cas, comme une alternative plausible à celui-ci.

En effet, orienté – comme la jurisprudence et la doctrine le rappellent, sans doute exagérément¹⁰⁴ – vers la prévention davantage que vers la rétribution, et, dans cette mesure, peut-être moins stigmatisant que le droit pénal, il peut apparaître comme un mécanisme sanctionnateur plus adapté, sur le fond, à des comportements contraires au droit qui pourraient théoriquement tomber sous le coup du droit pénal mais dont les enjeux ne justifient pas nécessairement la mise en action de la pleine puissance répressive de l'Etat. Le droit disciplinaire peut aussi apparaître avantageux du point de vue de la procédure : même enrichie par la loi spéciale, la procédure administrative disciplinaire est, globalement, plus simple que la procédure pénale. De plus, elle implique souvent des instances spécialisées, mieux à même qu'un juge pénal généraliste de comprendre les subtilités et les enjeux particuliers liés au contexte spécifique dans lequel s'inscrivent les infractions disciplinaires.

Ce second atout du droit disciplinaire ne peut cependant être mis en avant qu'avec deux réserves importantes. D'abord, il ne concerne évidemment que les comportements qui constituent aussi bien des infractions disciplinaires que des infractions pénales ; lorsque le droit disciplinaire réprime des comportements qui ne tombent pas sous le coup de normes pénales, il ne constitue pas une alternative mais un complément au droit pénal. Ensuite, l'hypothèse émise ici devrait faire l'objet de vérifications empiriques : on pourrait ainsi se demander dans quelle mesure les autorités disciplinaires renoncent à dénoncer des comportements aux autorités pénales lorsqu'elles estiment qu'elles peuvent elles-mêmes apporter une réponse adéquate à une situation donnée ; dans la perspective inverse, on pourrait examiner si les autorités pénales tendent à juger moins prioritaire la poursuite d'une infraction lorsque celle-ci fait ou a fait l'objet d'une procédure disciplinaire.

¹⁰⁴ Cf. *supra* II, B, 1.

B. Les handicaps du droit disciplinaire

1. *L'effet stigmatisant*

Quand bien même il serait moins marqué que pour les sanctions pénales, l'effet stigmatisant des sanctions disciplinaires est bien présent. Pour certaines d'entre elles, comme l'avertissement et surtout le blâme, il est même l'élément central de la punition infligée. Cette composante est en revanche très secondaire pour certaines catégories de personnes soumises au droit disciplinaire, comme les détenus ou les élèves et étudiants. Du point de vue de la prévention, qu'elle soit générale ou spéciale, la stigmatisation des personnes qui violent leurs devoirs dans le cadre d'un rapport de droit spécial ou d'une activité soumise à surveillance spéciale peut être vue comme un instrument de dissuasion efficace. Mais, dans certains contextes, elle peut aussi se révéler contreproductive.

Il arrive d'abord qu'une sanction relativement légère sur le papier, comme l'avertissement ou la blâme, soit susceptible d'avoir un effet disproportionné sur la réputation de son destinataire parmi ses confrères ou ses collègues, ou encore au sein du public, si elle est divulguée. L'autorité compétente sera alors placée devant le dilemme d'y renoncer, ce qui peut être pris comme une marque de faiblesse, ou d'accepter la responsabilité de conséquences non voulues de sa décision.

Les émotions créées par l'effet stigmatisant d'une sanction peuvent, en raison d'un phénomène de solidarité ou au contraire de rejet vis-à-vis de son destinataire, contribuer à perturber le fonctionnement d'un service, d'un établissement public, d'un tribunal ou d'une profession, alors que le but du droit disciplinaire est exactement l'inverse : assurer le bon fonctionnement de l'activité surveillée et garantir la confiance du public dans les personnes soumises à surveillance.

Enfin, l'effet stigmatisant d'une sanction incite souvent davantage que les conséquences concrètes de celle-ci à utiliser tous les moyens contentieux à disposition pour s'y opposer, ce qui renforce le risque procédural évoqué ci-après.

2. *Le risque procédural*

Vu leur caractère répressif, les sanctions disciplinaires sont nécessairement prises par voie de décision et – qu'elles soient pénales ou non au sens des articles 6 CEDH et 32 Cst. – sujettes à recours, conformément

à l'exigence toute générale de l'article 29a Cst. Elles se distinguent en cela d'autres types d'actions, comme par exemple les mesures de médiation, de formation, d'organisation interne, d'éducation, de conseil ou de coaching, qui peuvent le plus souvent être mises en œuvre de manière informelle.

Il résulte du caractère décisionnaire des sanctions disciplinaires qu'un certain formalisme, souvent renforcé par la loi, doit présider à leur préparation et à leur prononcé, ne serait-ce que pour respecter le droit d'être entendu des intéressés.

Une fois la décision prise, l'ouverture d'un contentieux est fréquente, voire, comme dans le cas du personnel de l'Etat, quasi systématique.

Il découle de cette situation un double risque procédural.

Le premier a trait à l'effectivité de la mesure. La durée de la procédure, tant non contentieuse que contentieuse, peut être très longue, ce qui peut diminuer la pertinence de la sanction et, de toute façon, diffère dans le temps l'effet correctif qui en est attendu. Qui plus est, si la mesure est annulée sur recours, l'autorité de l'instance qui l'aura ordonnée en sera affectée. En ce qui concerne les services de l'Etat et les établissements publics, la simple existence d'une procédure disciplinaire, qu'elle vise un membre du personnel ou un usager, est susceptible de perturber leur fonctionnement.

Le deuxième risque porte sur l'allocation optimale des ressources. Une procédure disciplinaire mobilise en général d'importants moyens humains et, par ricochet, financiers. Il n'est pas certain qu'une analyse coûts-bénéfices, si elle était systématiquement entreprise, parvienne à la conclusion que les améliorations résultant de l'usage des sanctions justifient le coût de la mise en œuvre de ces dernières.

3. *Une inadéquation aux objectifs visés*

Lorsqu'une personne soumise à surveillance disciplinaire viole ses devoirs, le prononcé d'une sanction disciplinaire peut sans doute, dans la plupart des cas, représenter une juste punition de sa faute. Mais, on l'a vu, tel n'est pas l'objectif principal assigné au droit disciplinaire. Il est plutôt attendu de celui-ci un effet préventif et réparateur : maintenir l'ordre, assurer un bon fonctionnement d'un service, d'un établissement, d'une profession, garantir réputation et confiance. Il est douteux que les

solutions proposées par le droit disciplinaire servent véritablement ces objectifs dans tous les cas où elles sont prévues.

Bien entendu, lorsqu'il s'avère nécessaire de fixer des limites claires à certains débordements, la réponse disciplinaire peut se révéler parfaitement adéquate, même si elle n'est souvent pas suffisante : on pensera, par exemple, à des actes de violence commis par des élèves d'un établissement d'enseignement public. Dans certains domaines cependant, l'effet dissuasif de la menace disciplinaire reste très hypothétique ou en tout cas nettement au second plan par rapport à d'autres incitations aux bonnes pratiques. Pense-t-on véritablement que la plupart des médecins, des avocats, des membres du personnel de l'Etat s'efforcent de respecter la déontologie de leur profession par crainte d'une sanction ? La perturbation, déjà évoquée, que peut provoquer une procédure disciplinaire constitue-t-elle toujours un prix qu'il vaut la peine de payer au regard de ses effets positifs ?

Plus largement, le recours au droit disciplinaire peut comporter le risque d'une erreur de diagnostic et, partant, du choix d'un remède inadéquat : se focaliser sur la faute d'une personne, qu'il convient de démontrer, peut conduire à négliger les mesures de protection – du public, des collègues, des condisciples, des codétenus, etc. – dont l'urgence est souvent plus grande.

Il est possible que la définition usuelle des objectifs du droit disciplinaire soit en partie obsolète, qu'aujourd'hui l'objectif de responsabilisation, dans une optique de légitimation, soit devenu la raison d'être principale de ce droit, comme cela semble être le cas pour les magistrats judiciaires. Mais, lorsque ce sont les buts traditionnels qui sont poursuivis, d'autres méthodes, plus correctives que répressives, méritent souvent d'être considérées comme des alternatives dignes d'intérêt aux sanctions disciplinaires.

V. Conclusion

Défini par son champ d'application, limité à un cercle déterminé de personnes, le droit disciplinaire bénéficie d'un ancrage traditionnel en droit positif. Il ne constitue cependant pas véritablement une catégorie univoque permettant de tirer des conséquences juridiques de la qualification d'une sanction comme disciplinaire. L'inclusion des sanctions

disciplinaires dans la catégorie plus large des sanctions administratives, les recoupements partiels entre celles-ci et les sanctions pénales brouillent les frontières strictement juridiques du droit disciplinaire. Il est sans doute possible, dans une perspective avant tout descriptive, de dresser un tableau de ses traits caractéristiques, mais, là encore, il est nécessaire de nuancer les exigences juridiques applicables suivant les domaines et suivant la gravité des sanctions en cause.

Cette approche nuancée, qui peut varier d'un champ spécifique d'application à l'autre, s'impose également du point de vue de l'utilité du droit disciplinaire. Ce dernier poursuit des objectifs légitimes et il ne serait guère raisonnable de le remettre globalement en cause. Mais il souffre aussi de handicaps qui limitent son efficacité. Dans certains domaines, comme la gestion du personnel de l'Etat, on peut sans doute y renoncer complètement. Dans d'autres, il convient, aussi bien dans la mise en place d'un régime disciplinaire que dans son application concrète, de ne choisir la voie disciplinaire que lorsqu'elle contribue vraiment à la résolution des problèmes posés, sans en créer de nouveaux. En d'autres termes, il est important de suivre rigoureusement la logique de prévention et de réparation dont se prévaut le droit disciplinaire, ce qui peut parfois conduire à renoncer à y recourir.

Bibliographie

- BOINAY GABRIEL (1998), « Le droit disciplinaire dans la fonction publique et dans les professions libérales », *RJJ* 1998, p. 1 ss.
- DUBEY JACQUES, ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2014), *Droit administratif général*, Bâle.
- EICKER ANDREAS (éd.) (2017), *Das Verwaltungsstrafrecht im Wandel*, Berne.
- FAVRE DOMINIQUE (1988), « Les principes pénaux en droit disciplinaire », in: *Mélanges Robert Patry*, Genève, p. 329 ss.
- GRISEL ANDRÉ (1984), *Traité de droit administratif*, Neuchâtel.
- HÄFELIN ULRICH, MÜLLER GEORG, UHLMANN FELIX (2016), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e éd., Zurich/Saint-Gall.
- HÄNER ISABELLE (2010), « Mindestgarantien für Strafverfahren und ihre Bedeutung für verwaltungsrechtliche Sanktionen », in HÄNER/WALDMANN (éd.) (2010), p. 19 ss.
- HÄNER ISABELLE, WALDMANN BERNHARD (éd.) (2010), *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, Zurich/Bâle/Genève.
- HÄNNI PETER (2017), « Personalrecht des Bundes », in: SCHINDLER/TANQUEREL/TSCHANNEN/UHLMANN (éd.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band I, Organisationsrecht*, Teil 2, Bâle.
- HELBLING PETER (2013), « Art. 25 », in: PORTMANN/UHLMANN (éd.), *Bundespersonnalgesetz (BPG) – Handkommentar*, Berne, p. 446 ss.
- JAAG TOBIAS (2002), « Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Verfahrensgarantien in der EMRK », in: DONATSCH/FORSTER/SCHWARZENEGGER (éd.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte – Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zurich/Bâle/Genève, p. 151 ss.
- JAAG TOBIAS (2010), « Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung », in: HÄNER/WALDMANN (éd.) (2010), p. 1 ss.
- KNAPP BLAISE (1991), *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main.

- LOCHER ALEXANDER (2013), *Verwaltungsrechtliche Sanktionen – Rechtliche Ausgestaltung, Abgrenzung und Anwendbarkeit der Verfahrensgarantien*, Zurich.
- LOCHER ALEXANDER (2017), « Sanktionen des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsstrafrechts », in EICKER (éd.) (2017), p. 33 ss.
- MARTENET VINCENT, CORBAZ MATHIEU (2013), « L'influence des garanties fondamentales de procédure sur le contentieux administratif », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Le contentieux administratif*, Genève/Zurich/Bâle, p. 9 ss.
- MARTI URSULA, PETRY ROSWITHA (2007), « La jurisprudence en matière disciplinaire rendue par les juridictions administratives genevoises », *RDAF I* 2007, p. 227 ss.
- MARTIN GIAN (2007), « Universitäres Disziplinarrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Handhabung von Plagiaten », *AJP/PJA* 2007, p. 473 ss.
- MOOR PIERRE (1992), *Droit administratif*, Vol. III « L'organisation des activités administratives – Les biens de l'Etat », Berne.
- MOOR PIERRE, POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif*, Vol. II « Les actes administratifs et leur contrôle », 3^e éd., Berne.
- MOOR PIERRE, FLÜCKIGER ALEXANDRE, MARTENET VINCENT (2012), *Droit administratif*, Vol. I « Les droits fondamentaux », 3^e éd., Berne.
- MÜLLER MARKUS (2003), *Das besondere Rechtsverhältnis: ein altes Rechtsinstitut neu gedacht*, Berne.
- NGUYEN MINH SON (2012), « Sanctions et licenciements: conditions matérielles et exigences procédurales », in: TANQUEREL/BELLANGER (éd.), *Les réformes de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle, p. 169 ss.
- PELLATON NICOLAS (2014), « Le principe de la légalité des infractions en droit disciplinaire: l'exemple des magistrats judiciaires », in: PICHONNAZ (éd.), *Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit*, Genève/Zurich/Bâle, p. 263 ss.
- PELLATON NICOLAS (2016), *Le droit disciplinaire des magistrats du siège – Un essai dans une perspective de droit suisse*, Bâle/Neuchâtel.

- ROHR RAHEL (2010), *Der disziplinarische Schulausschluss*, Zurich/Saint-Gall.
- TANQUEREL THIERRY (2004), « Les tiers dans les procédures disciplinaires », in: TANQUEREL/BELLANGER (éd.), *Les tiers dans la procédure administrative*, Genève/Zurich/Bâle, p. 97 ss.
- TANQUEREL THIERRY (2011), *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle.
- TANQUEREL THIERRY (2013), « Le contrôle de l'opportunité », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Le contentieux administratif*, Genève/Zurich/Bâle, p. 209 ss.
- TSCHANNEN PIERRE, ZIMMERLI ULRICH, MÜLLER MARKUS (2014), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne.
- WALDMANN BERNHARD (2010), « Das Disziplinarwesen », in: HÄNER/WALDMANN (éd.) (2010), p. 95 ss.
- ZEN-RUFFINEN PIERMARCO (2013), *Droit administratif – Partie générale et éléments de procédure*, 2^e éd., Bâle/Neuchâtel.
- ZIMMERMANN ROBERT (1992), « Le principe de la légalité et les rapports de droit spéciaux dans la jurisprudence du Tribunal fédéral », in: MORAND (éd.), *La légalité: un principe à géométrie variable*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, p. 117 ss.
- ZIMMERMANN ROBERT (1994), « Les sanctions disciplinaires et administratives au regard de l'article 6 CEDH », *RDAF* 1994, p. 335 ss.