

Pratique du droit administratif

Le droit disciplinaire

Édité par

Thierry Tanquerel et François Bellanger

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Le droit disciplinaire

Édité par

Thierry Tanquerel et François Bellanger

Citation suggérée de l'ouvrage : THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Le droit disciplinaire*, Genève/Zurich 2018, Schulthess Éditions Romandes.

ISBN 978-3-7255-8692-9 (PrintPlus)

ISBN 978-3-7255-9091-9 (E-Book)

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2018

www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,

92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL,

Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur : +32 (0)2 736 68 47;

courriel : patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

	Avant-propos	7
THIERRY TANQUEREL	Caractéristiques et limites du droit disciplinaire	9
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN	Le droit disciplinaire des professions surveillées	39
YVES EMERY/ FILIP GRUND	La fonction publique avec ou sans droit disciplinaire	71
RACHEL CHRISTINAT/ DOMINIQUE SPRUMONT	La surveillance disciplinaire dans le domaine de la santé	101
MARIE-CHRISTINE MAIER ROBERT/ SYLVAIN RUDAZ	Droit disciplinaire des élèves à l'école publique genevoise	147
NICOLAS PELLATON	La surveillance disciplinaire des magistrats du pouvoir judiciaire	177

Le droit disciplinaire des professions surveillées

VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN *

Professeure à l'Université de Neuchâtel

Introduction

Lors du Congrès de la Société suisse des juristes de 1951, Werner DUBACH et Edmond MARTIN-ACHARD ont présenté deux rapports l'un intitulé « Das disziplinarrecht der freien Berufe »¹ et l'autre « La discipline des professions libérales »². Ces auteurs définissaient le droit disciplinaire comme l'ensemble des règles de droit qui ont pour fonction de maintenir la discipline dans un cercle de personnes déterminé et dont la transgression doit entraîner l'intervention de l'autorité³. Près de 50 ans plus tard, Gabriel BOINAY⁴, prenant en compte le développement des garanties procédurales découlant notamment de la CEDH dans la mise en œuvre du droit disciplinaire, se référait toujours à cette définition⁵. Tous ces auteurs justifient la présence d'un régime disciplinaire pour encadrer l'exercice de certaines professions en raison de la fonction sociale particulière desdites professions, que celles-ci participent au bon fonctionnement des institutions, comme la profession d'avocat, ou relèvent du bien général, comme la profession de médecin⁶. Gardien de l'intérêt public, l'Etat se doit d'exercer une surveillance de nature disciplinaire sur des personnes dont l'attitude ne doit pas être de nature à jeter le

* Je remercie Madame Tifenn Beuret et Monsieur Alen Udovicic, tous deux assistants-doctorants, de leur participation à l'élaboration de ce texte.

1 WERNER DUBACH, « Das disziplinarrecht der freien Berufe », *RDS* 1951 II p. 1a ss.

2 EDMOND MARTIN-ACHARD, « La discipline des professions libérales », *RDS* 1951 II p. 137a ss.

3 DUBACH (n. 1) p. 5a; MARTIN-ACHARD (n. 2) p. 142a.

4 GABRIEL BOINAY, « Le droit disciplinaire dans la fonction publique et dans les professions libérales », *RJJ* 1998 p. 1 ss.

5 BOINAY (n. 4) p. 6.

6 BOINAY (n. 4) p. 12-13.

discrédit non seulement sur leur personne mais également sur l'ensemble de leur profession⁷.

Ces dernières années, le cadre législatif entourant les professions s'est modifié avec un mouvement d'aspiration du siège de la matière par le droit fédéral, sous la pression liée à la libre circulation des personnes. De même, avec le phénomène des privatisations, l'on a assisté depuis la fin des années 1990 à un mouvement très général de désengagement de l'Etat central dans bon nombre d'activités. Enfin, de nombreuses activités professionnelles subissent l'assaut des modes de fourniture de services issus de ce que l'on nomme la nouvelle économie, qui ne laisse pas passer un jour sans son lot d'innovations et de nouveautés, contraignant, outre les acteurs sur le marché à se réinventer, les autorités à repenser le cadre de leur intervention réglementaire.

Dans ces circonstances, il est légitime de s'interroger sur la place du droit disciplinaire des professions surveillées dans notre ordre juridique. S'agit-il d'un instrument devenu désuet au sortir d'une époque paternaliste, qui a désormais laissé place à tous types de marchés sous la pression de la liberté économique? Se trouve-t-on au contraire en présence d'une institution que l'on doit voir comme relevant du cœur de l'intervention étatique dans les relations entre particuliers?

Dans la présente contribution, nous observerons dans quelle mesure le droit disciplinaire des professions surveillées a été et est en mesure de conserver la place qui est la sienne. Nous commencerons par expliciter les notions de profession réglementée, profession libérale et profession surveillée (I). Nous observerons ensuite la stabilité voire le renforcement du droit disciplinaire face à la libre circulation des personnes (II) ainsi que dans le mouvement très général du désengagement de l'Etat dans bon nombre d'activités, selon le phénomène des privatisations initié dès la fin des années 1990 (III). Enfin, nous nous interrogerons sur la pérennité de cette institution face aux nouveaux modes de consommation de services que nous découvrons jour après jour, à une vitesse fulgurante (IV).

⁷ PHILIPPE BOIS, Commentaire de l'art. 33 Cst., in: *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Vol. II, Bâle/Zurich/Berne 1989, Art. 33 n° 17.

C'est donc par le prisme de ces questions que nous abordons, en 2017, la question du droit disciplinaire des professions surveillées. Pour connaître les caractéristiques et limites du droit disciplinaire, le lecteur voudra bien se référer à la contribution de Thierry TANQUEREL, dans le présent ouvrage. La surveillance disciplinaire dans le domaine de la santé fait l'objet du rapport de Dominique SPRUMONT et Rachel CHRISTINAT.

I. Profession libérale, profession réglementée, profession surveillée

L'institution de la surveillance des professions et du droit disciplinaire qui s'y attache est intimement liée à la notion de profession libérale dans notre ordre juridique. La doctrine, pour illustrer l'institution du droit disciplinaire, fait référence aux professions surveillées, comme les professions libérales, preuve en sont, notamment, les contributions mentionnées en introduction de cet exposé. Ainsi, le droit disciplinaire est traditionnellement rattaché à l'étude des professions libérales⁸. Mais en réalité, il convient de faire la distinction entre profession libérale, profession réglementée et profession surveillée.

A. Profession libérale

La notion de profession libérale est fort ancienne⁹. Elle apparaît en droit positif à l'article 33 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874¹⁰ qui prévoyait que «¹ Les cantons peuvent exiger des preuves de capacité de ceux qui veulent exercer une profession libérale. ² La législation pourvoit à ce que ces derniers puissent obtenir à cet effet des actes de capacité dans toute la Confédération ».

Jurisprudence et doctrine ont au fil du temps relevé la difficulté de définir la portée de cette disposition, plus précisément la portée à donner à la notion de profession libérale. En 1967, le Tribunal fédéral a relevé que « La notion de profession libérale (*wissenschaftliche Berufsart*) n'est pas précise en elle-même. Elle s'applique en principe, conformément à

⁸ BOIS (n. 7) Art. 33 n° 16.

⁹ MARTIN-ACHARD (n. 2) p. 141a. Pour une présentation historique des professions d'avocat et de médecin, voir ce même auteur, p. 142a-152a.

¹⁰ aCst – RO 1 1.

la terminologie allemande, aux activités qui requièrent une préparation scientifique, aux professions qui, à défaut de formation scientifique suffisante, ne peuvent être exercées sans danger pour l'ordre et la sécurité publics. Elle vise donc au premier chef les professions qui impliquent une formation universitaire, notamment celles de médecin, pharmacien, vétérinaire, dentiste et ecclésiastique. Cette notion varie aussi avec les idées du moment; c'est ainsi que la Confédération l'a appliquée également à des professions qui ne nécessitent pas la fréquentation de l'université, telles celles d'instituteur et de géomètre. Mais ni les activités manuelles, ni les activités intellectuelles qui n'exigent pas une préparation scientifique ne rentrent dans la notion de profession libérale. »¹¹ Il est apparu en outre délicat de distinguer les exigences découlant de cette disposition des restrictions admissibles à l'article 31 aCst. qui garantissait ce que l'on nommait en ce temps liberté du commerce et de l'industrie; la jurisprudence a d'ailleurs rapidement considéré l'article 33 alinéa 1 aCst. comme une *lex specialis* de l'article 31 alinéa 2 aCst¹². A l'époque déjà, l'exigence d'un certificat de capacité n'était pas réservée aux seules professions libérales mais valait pour de nombreuses professions, pour des motifs de police inhérents à la protection du public¹³.

C'est donc logiquement que la notion de profession libérale a été abandonnée lors de la révision de la Constitution de 1999. L'article 95 alinéas 1 et 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999¹⁴, qui a pour partie succédé à l'article 33 aCst., donne compétence à la Confédération de légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées, soit, pour reprendre la définition consacrée par le champ de protection de la liberté économique de l'article 27 Cst.¹⁵, toute activité exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu¹⁶. Le caractère libéral des activités en cause n'est plus un critère de distinction.

11 ATF 93/1967 I 513, 519, c. 4. Voir ég. BOIS (n. 7) Art. 33 n° 4 ss.

12 ATF 114/1988 Ia 34, c. 2b; ATF 105/1979 Ia 67, c. 4c.

13 BOIS (n. 7) Art. 33 n° 8 ss, et les références.

14 Cst – RS 101.

15 DANIEL HÄUSERMANN, PETER HETTICH, Commentaire de l'art. 95 Cst., in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, 3^e éd., Saint Gall 2014, Art. 95 n° 7.

16 ATF 137/2011 I 176, c. 3.1.

La notion de profession libérale demeure néanmoins utilisée en droit commercial et en droit fiscal. En droit commercial, la profession libérale est de nature à s'opposer à la notion d'entreprise exploitée sous la forme commerciale, dans le cadre de l'appréciation de la nécessité d'une inscription au Registre du commerce conformément à l'article 934 CO¹⁷. En matière fiscale, la profession libérale est un critère d'assujettissement à l'impôt (voir p. ex. l'art. 18 de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990¹⁸).

Malgré cet abandon d'ancrage constitutionnel, la notion de profession libérale a fait l'objet d'un regain d'attention de la part des acteurs politiques. En 2006, le Conseil fédéral a, à la suite d'un postulat, publié un rapport dont l'objet était d'indiquer le rôle des professions libérales dans l'économie nationale et de mettre en lumière la politique poursuivie dans ce domaine¹⁹. Là encore, la notion de profession libérale s'est difficilement laissée appréhender, en raison notamment de la difficulté de trouver un sens à ce critère de distinction. Le Conseil fédéral a toutefois dégagé quatre indicateurs pour les professions libérales: l'exercice de la profession à titre personnel et sous sa propre responsabilité, la fourniture d'une prestation de service, une qualification professionnelle élevée, une profession soumise à une réglementation de l'Etat voire à une autoréglementation²⁰. Sur la base de ces critères, le Conseil fédéral a établi une liste de quelque 35 professions libérales²¹ tout en indiquant ne pas mener de politique ciblée s'agissant de ces professions²². A la suite

17 Pour illustration, voir ATF 130/2004 III 707, c. 4.

18 LIFD – RS 642.11.

19 Professions libérales en Suisse – Rapport du Conseil fédéral établi en réponse au postulat Cina du 19 décembre 2003 (No 03.3663), Berne 2006, p. 3 (disponible sur le site du Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI: www.sbf.admin.ch).

20 Rapport 2006 (n. 19) p. 6-7.

21 Acupuncteur, pharmacien, médecin, chiropraticien, hygiéniste dentaire, droguiste, ergothérapeute, diététicien, sage-femme, éducateur en pédagogie thérapeutique, logopédiste, orthopédiste, ostéopathe, physiothérapeute, pédicure-podologue, psychologue, psychomotricien, psychothérapeute, assistance aux nourrissons, médecin-vétérinaire, médecin-dentiste, architecte, ingénieur, consultant financier, intermédiaire financier, réviseur, consultant fiscal, administrateur, fiduciaire, gestionnaire de fortune, conseiller en gestion d'entreprise, conseiller économique, avocat, notaire, agent juridique, agent d'affaires.

22 Rapport 2006 (n. 19) p. 3.

d'un second postulat, le Conseil fédéral a, en 2014, examiné les enjeux de la libre circulation des personnes pour les professions libérales²³. Il a, à cette occasion, réédité la liste des professions libérales²⁴. Ce second rapport illustre dans quelle mesure la libre circulation des personnes a eu pour effet d'inciter le législateur fédéral à légiférer dans des domaines où les activités étaient réglementées au niveau cantonal, ce qui sera mis en évidence ci-après au chapitre II. Ces deux rapports du Conseil fédéral illustrent en définitive que les professions libérales sont en réalité des professions réglementées parmi d'autres et que, sur le plan juridique, le caractère libéral ou non d'une profession n'est pas un élément pertinent pour l'appréciation juridique.

B. Profession réglementée

Le phénomène de la réglementation des professions est tout aussi ancien que la réglementation des professions libérales. Compte tenu de la répartition des compétences entre Confédération et cantons, il trouve avant tout son ancrage en droit cantonal, dans le cadre posé par l'ancien article 31 aCst. qui protégeait la liberté du commerce et de l'industrie. Sur le plan quantitatif, rares sont les professions faisant l'objet d'une réglementation fédérale, même si l'on observe une tendance à la fédéralisation de certaines normes (*infra* II.).

La réglementation des professions par les cantons voire la Confédération vise à protéger l'ordre public. Selon le type d'activité en cause, ce sont la sécurité ou la santé publiques qui justifient l'intervention du législateur; la réglementation vise ainsi à assurer la protection du public en

²³ Rapport du Conseil fédéral du 15 janvier 2014 donnant suite au postulat 11.3899 Cassis du 29 septembre 2011 – Professions libérales: quel poids dans l'économie nationale?, Berne 2014 (disponible sur le site du Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI: www.sbf.admin.ch).

²⁴ Rapport 2014 (n. 23) p. 9. Relèvent des professions libérales: architecte, ingénieur civil, ingénieur informatique, ingénieur en machines, ingénieur électronicien, autres ingénieurs, avocat, notaire, réviseur, fiduciaire, conseiller fiscal, autres prestataires de services, psychologue, conseiller en orientation professionnelle, médecin, pharmacien, physiothérapeute, ergothérapeute, chiropraticien, psychothérapeute, dentiste, vétérinaire, sage-femme, autres professions de la thérapeutique et de la technique médicale, enseignant spécialisé, pédagogue spécialisé. Sont des cas limites non pris en compte: droguiste, professions liées aux soins des mains et des pieds, hygiéniste dentaire, infirmier.

s'assurant, notamment, que le professionnel dispose des connaissances suffisantes²⁵ respectivement exerce sa profession dans des conditions assurant la protection du public²⁶. Pour certaines professions, la réglementation vise à protéger également les professionnels²⁷. Selon la jurisprudence consacrée, il est en revanche interdit à l'Etat de prendre une quelconque mesure susceptible d'empêcher la libre concurrence dans le but d'assurer ou de favoriser certaines branches économiques ou certaines formes d'activité économique, voire de diriger la vie économique selon un plan déterminé. Seules des mesures restrictives poursuivant des motifs d'ordre public, de politique sociale ou des mesures ne servant pas en premier lieu des intérêts économiques (par exemple, aménagement du territoire, politique environnementale) sont admissibles²⁸.

Recenser les professions faisant l'objet d'une réglementation nécessite de consulter les 26 recueils systématiques cantonaux ainsi que, dans une moindre mesure, le droit fédéral. Il est également possible, pour avoir une idée des professions en cause, de se référer à l'Annexe 1 à l'Ordonnance sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications du 26 juin 2013²⁹; les professions énumérées dans cette Annexe sont au nombre de quelque 130³⁰.

25 RDAF 2003 I 236, c. 2.1 (TF 2P.182/2001 du 18.06.2002); ATF 125/1999 I 322, c. 3c; ATF 114/1988 Ia 34, c. 2b; ATF 112/1986 Ia 322, c. 5; ATF 109/1983 Ia 180, c. 3; ATF 103/1977 Ia 272, c. 6.

26 TF 2C_959/2016 du 17 mars 2017, c. 4; ATF 125/1999 I 335, c. 3; ATF 113/1987 Ia 38, c. 4.

27 Pour illustration, voir ATF 137/2011 I 167.

28 ATF 140/2013 I 218, c. 6.2.

29 OPPS – RS 935.011.

30 Acousticien, ambulancier, assistant en soin et santé communautaire, assistant en soins pour animaux, assistant podologue, audioprothésiste pédiatrique, chiropraticien, conseiller maternel, paternel et pour nourrissons, dentiste, diététicien, exploitant de droguerie, droguiste, ergothérapeute, esthéticien, hygiéniste dentaire, infirmier, directeur de laboratoire médical, logopédiste, masseur médical, médecin, thérapeute en médecine alternative et complémentaire, fabricant et commerçant en médicaments, opticien, optométriste, orthopédiste-bandagiste, ostéopathe, pharmacien, physiothérapeute, podologue, prothésiste dentaire, psychologue, thérapeute en psychomotricité, sage-femme, technicien dentaire, vétérinaire, commerçant en armes et fabricant, prêteur et courtier en crédit à la consommation, exploitant d'entreprise dans l'hôtellerie ou la restauration, essayeur du contrôle des métaux précieux, gérant d'entreprise de pompes funèbres,

La réglementation des professions prend autant de formes qu'il y a de professions. On peut cependant observer certaines gradations que l'on retrouve communément dans la réglementation.

Par définition, la réglementation d'une profession porte tout d'abord sur la faculté d'accéder à l'exercice de celle-ci. Sont ainsi définies les conditions personnelles (âge, solvabilité, probité etc.) et les conditions liées à la formation du professionnel (titularité d'un diplôme) qui prétend à accéder à l'activité. La réglementation peut, en outre, fixer le cadre dans lequel l'activité ou la profession doit être exercée (locaux, exigences de sécurité etc.). Le contrôle étatique du respect de ces conditions s'exprime alors sous la forme d'un acte administratif, le plus souvent une autorisation de police³¹ (autorisation de pratique, patente, inscription au registre

commerçant et fabricant en stupéfiants, commerçant de substances explosibles, pêcheur professionnel et de traiteur, responsable d'animalerie, forestier, gardien d'animaux, marchand de bétail, maréchal-ferrant, pareur d'onglons, commerçant en produits phytosanitaires, technicien inséminateur, thérapeute pour animaux, chauffeurs de limousine, chauffeurs de taxi, chefs d'aérodromes, chefs technique des installations de transport à câble, conducteurs pour matières dangereuses, personnel préposé à l'entretien des aéronefs, animateur de cours de formation complémentaire pour l'admission à la circulation routière, conseiller d'éducation, conseiller en orientation professionnelle, éducateurs de l'enfance, enseignant chargé de la formation professionnelle supérieure, dans les écoles de musique, de la formation scolaire initiale ou de la maturité professionnelle, des degrés préscolaire et primaire, du secondaire I, des écoles de maturité, formateur en cours interentreprises et en entreprise, logopédiste, moniteur de conduite, pédagogue spécialisé, thérapeute en psychomotricité, spécialistes de la sécurité au travail, fiduciaire commercial, financier et immobilier, accompagnateur en montagne, exploitant d'un bureau de randonnées, d'une école de ski et sports de neige, d'une école de varappe, guide de canyoning, de montagne, de rafting, de spéléologie, de vol et de saut avec matériel spécial, moniteur d'escalade, professeur de plongée, de sports de neige, aménagiste, architecte, cariste, contrôleur électricien, ouvrier électricien, spécialiste opératoire en bâtiment, grutier, ingénieur, ingénieur civil, installateur électricien, machiniste de chantier, ramoneur, responsable de plans, urbaniste, agent d'affaires, agent juridique, conseiller en brevet, avocat, notaire, représentant de parties dans les causes fiscales et en assurances sociales, traducteur assermenté, agent de sécurité, détective privé, directeur et personnes chargées de tâches éducatives dans des établissements pour enfants, adolescents et jeunes adultes, ingénieur géomètre breveté, personnel de centrales nucléaires, personnes manipulant des rayons ionisants, travailleur social.

31 L'autorisation de police a pour but de vérifier que celui qui la requiert remplit les conditions posées par la loi pour pouvoir entreprendre une activité soumise à autorisation pour des motifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public: THIERRY

etc.) ou un acte s'apparentant à une concession si l'activité relève d'un monopole; on rencontre également des régimes d'annonce en lieu et place des régimes d'autorisation. Hormis les cas soumis au régime d'annonce, l'acte administratif conférant le droit de pratiquer la profession peut être retiré ou révoqué lorsque les conditions de son octroi ne sont plus réalisées. Il ne s'agit pas là de l'expression d'un régime de sanction, mais uniquement du rétablissement d'une situation conforme au droit à la suite d'une modification des circonstances³².

Pour certaines professions, la réglementation contient, en outre, un régime disciplinaire. Le régime disciplinaire consiste en l'énoncé de devoirs relatifs à l'exercice de la profession, d'une part, et un éventail de sanctions encourues en cas de violation de ceux-ci, d'autre part. C'est cet élément qui permet de distinguer entre professions réglementées et professions surveillées (*infra* C). Quantitativement, rares sont parmi les professions réglementées celles qui connaissent un régime disciplinaire.

Enfin, la réglementation peut aussi contenir des dispositions pénales, qui se cumulent ou se substituent au régime disciplinaire.

C. Profession surveillée

Comme indiqué ci-avant, le critère de distinction entre profession réglementée et profession surveillée est celui de l'existence d'un régime disciplinaire. Celui-ci se caractérise par le fait qu'il s'applique à un cercle déterminé de personnes; ce cercle est déterminé par le régime de l'autorisation ou de la concession: c'est en raison de l'assujettissement à autorisation que les personnes en cause sont soumises au régime disciplinaire.

En cela, le régime disciplinaire des professions se distingue du régime applicable aux activités, dont la concordance entre personne autorisée à exercer et personne susceptible de sanction n'est pas absolue³³.

TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle, 2011, p. 293. Eg. ULRICH HÄFELIN, GEORG MÜLLER, FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsverfahren*, 7^e éd., Zurich 2016, p. 597.

32 TANQUEREL (n. 31) p. 324. Pour illustration, TF 2C_959/2016 du 17 mars 2017, c. 4.

33 Pour une mise en évidence de cette problématique, voir GUILLAUME BRAIDI, *L'individu en droit de la surveillance financière – Autorisation, obligations et interdiction d'exercer*, Fribourg 2016, p. 340.

En définitive, la notion de droit disciplinaire des professions surveillées revêt, dans la définition que nous lui donnons ici, un sens pléonastique. En effet, le régime disciplinaire est justement l'élément qui permet de distinguer les professions surveillées des professions réglementées. Quant à la notion de profession libérale, on peut la considérer, du point de vue de l'application du droit administratif, comme un reliquat de l'histoire. Certes cette notion est utilisée pour en déduire des conséquences juridiques sous l'angle du Registre du commerce ou en matière fiscale, mais elle n'est plus pertinente dans le cadre de la problématique du droit disciplinaire. Tout au plus peut-elle servir d'élément descriptif dans la mesure où les professions traditionnellement libérales que sont celles de médecin ou d'avocat sont celles qui illustrent le mieux la notion de profession surveillée.

II. Le droit disciplinaire face à la libre circulation des personnes

La réglementation des professions surveillées a connu une évolution significative sous l'effet de l'ouverture des marchés liée à la libre circulation des personnes (A). On observe, s'agissant des professions d'avocat (B), des professions de la santé (au sens large) (C), un renforcement du régime disciplinaire en même temps que les professions font l'objet d'une réglementation au niveau fédéral, imposée par la nécessité d'encadrer la libre circulation. Mais il est également d'autres professions pour lesquelles la nécessité de disposer d'une loi fédérale, respectivement d'un régime disciplinaire, ne s'est pas fait sentir (D).

A. Libre circulation des personnes

La Suisse a signé le 21 juin 1999 l'accord entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes³⁴. Cet accord est entré en vigueur le 1^{er} juin 2002. Il vise, notamment, à faciliter la libre circulation de citoyens suisses dans l'UE et, inversement, de citoyens de l'UE

³⁴ ALCP – RS 0.142.112.681.

en Suisse, au titre de l'exercice d'une profession réglementée³⁵. La reconnaissance mutuelle des diplômes est cardinale pour l'exercice des droits à la libre circulation étant donné que les diplômes représentent souvent une condition formelle à l'exercice d'une profession³⁶. L'Annexe III à l'ALCP traite de la reconnaissance des qualifications professionnelles. Cette Annexe a été modifiée pour tenir compte de l'adoption de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles³⁷, reprise par la Suisse en septembre 2011 et intégralement applicable depuis le 1^{er} septembre 2013³⁸.

Le système européen de reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles mis en place permet aux personnes d'exercer une profession réglementée dans un Etat autre que celui où elles ont acquis leurs qualifications. Il prévoit trois types de reconnaissance. En premier lieu, pour sept professions sectorielles (médecin, pharmacien, dentiste, vétérinaire, sage-femme, infirmier en soins généraux, architecte), la reconnaissance est automatique. Pour chacune de ces professions, il existe une liste des titres de formation reconnus pour chaque Etat membre. L'Etat d'accueil n'a pas le droit de contrôler le contenu du cursus étranger, puisque les exigences en matière de formation ont été harmonisées dans l'ensemble de l'UE. Il doit se borner à confirmer que le diplôme pertinent figure dans la liste des titres de formation automatiquement reconnus. En deuxième lieu, pour certaines professions artisanales, commerciales et industrielles, la reconnaissance des qualifications professionnelles est basée sur l'expérience professionnelle. Sont notamment soumis à ce système, en Suisse, les professions du domaine de l'électricité ou les ramoneurs. Enfin, pour toutes les autres professions réglementées, la reconnaissance est régie par le système général. Il permet à l'Etat

³⁵ Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de la décision n° 2/2011 du Comité mixte UE-Suisse sur la libre circulation des personnes (modification de l'annexe III à l'accord, reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles) et à la transposition de la décision (loi fédérale sur l'obligation de déclaration et sur la vérification des qualifications professionnelles des prestataires de services dans le cadre de professions réglementées), du 4 avril 2012, FF 2012 4103, p. 4110-4111.

³⁶ Rapport 2014 (n. 23) p. 14.

³⁷ JO no L 255 du 30.9.2005, p. 22.

³⁸ Rapport 2014 (n. 23) p. 15.

d'accueil d'imposer des mesures de compensation lorsque le contenu de la formation dispensée sur son territoire diffère notablement de celui qui a cours dans l'Etat d'origine³⁹. Les avocats ne sont pas soumis à la directive 2005/36/CE mais à des directives spéciales⁴⁰.

La reprise de la directive 2005/36/CE est l'objet de la Loi fédérale portant sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications du 14 décembre 2012⁴¹. L'adoption de la LPPS a été précédée ou accompagnée de l'adoption ou de la modification de lois fédérales relatives à certaines professions, notamment avocats (B) et praticiens de la santé (C).

B. Profession d'avocat

La conclusion de l'ALCP a été, en sus de la libre circulation des avocats à l'échelle de la Confédération imposée par la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995⁴², un des motifs ayant justifié l'adoption de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats le 23 juin 2000⁴³.

Cette loi ne se contente pas de régler les questions de libre circulation. Dès lors qu'un avocat inscrit à un registre cantonal peut librement pratiquer sur l'ensemble du territoire de la Confédération sans contrôle préalable des autres autorités cantonales, et dès lors aussi que les avocats des Etats membres de l'UE peuvent à certaines conditions pratiquer en Suisse, il s'est avéré nécessaire d'unifier au niveau fédéral les

³⁹ Message LPPS (n. 35) p. 4111.

⁴⁰ Directive 77/249/CEE du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats (JOCE no L 78 du 26.3.1977, p.17), Directive 89/48/CEE du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance mutuelle des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (JOCE no L 19 du 24.1.1989, p. 16), Directive 98/5/CE du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise (JOCE no L 77 du 14.3.1998, p. 36).

⁴¹ LPPS – RS 935.01.

⁴² LMI – RS 943.02.

⁴³ LLCA – RS 935.61.

règles professionnelles et la surveillance disciplinaire⁴⁴. D'une part, le respect des règles professionnelles et la surveillance disciplinaire sont le corollaire du monopole de l'avocat⁴⁵, de sorte qu'il s'agit de les régler dans un même texte. D'autre part, la coexistence de 26 ensembles de règles professionnelles pour la profession d'avocat n'était plus justifiable dans la perspective de la libre circulation au niveau européen⁴⁶. Selon le système mis en place par la directive 77/249/CEE et transposé dans la LLCA, l'avocat prestataire de service est soumis aux règles professionnelles de l'Etat d'accueil en plus de celles de son Etat de provenance; il exerce son activité dans les mêmes conditions que les avocats de l'Etat d'accueil⁴⁷.

L'unification des règles professionnelles et de surveillance disciplinaire est donc à la fois la conséquence et le garde-fou de la libre circulation des avocats. Si l'unification des règles professionnelles est vue comme étant de nature à encourager la mobilité des avocats⁴⁸ et à permettre une pratique plus transparente des autorités de surveillance en cas de recours⁴⁹, cette même mobilité a également renforcé le besoin de surveillance pour des motifs de protection du public⁵⁰. Le régime disciplinaire, qui n'existait pas dans tous les cantons, a donc été généralisé à l'ensemble de la Confédération.

Les règles professionnelles dont la violation entraîne le prononcé d'une mesure disciplinaire sont le devoir de diligence, le principe d'indépendance, l'interdiction des conflits d'intérêts, les devoirs en matière de publicité, l'interdiction du *pactum de quota litis*, l'obligation de bénéficier d'une assurance responsabilité civile, l'obligation d'accepter les défenses d'office, l'obligation de conserver séparément les avoirs du client, le devoir d'information en matière de facturation, le devoir d'annoncer

44 Message du Conseil fédéral concernant la loi sur la libre circulation des avocats, du 28 avril 1999, FF 1999 5331, p. 5357-5358.

45 Message LLCA (n. 44) p. 5339.

46 Message LLCA (n. 44) p. 5355.

47 Message LLCA (n. 44) p. 5377.

48 FRANÇOIS BOHNET, VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, p. 91.

49 Message LLCA (n. 44), p. 5355.

50 BOHNET/MARTENET (n. 48) p. 91.

les modifications relatives au registre le concernant ainsi que le secret professionnel (art. 12 et 13 LLCA). Les sanctions disciplinaires sont l'avertissement, le blâme, l'amende jusqu'à CHF 20 000.–, l'interdiction temporaire de pratiquer pour une durée maximale de deux ans au plus et l'interdiction définitive de pratiquer (art. 17 LLCA).

C. Professions médicales et de la santé

La problématique s'est posée et a été réglée de manière analogue dans le domaine de la santé au sens large. Le droit fédéral s'est saisi de la réglementation des professions en trois vagues successives, par l'adoption de la loi sur les professions médicales universitaires le 23 juin 2006⁵¹, de la Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie le 18 mars 2011⁵² et finalement de la loi fédérale sur les professions de la santé le 30 septembre 2016⁵³.

La LPMéd a remplacé l'ancienne loi fédérale du 19 décembre 1877 concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse et régit, outre ces professions, également celle de chiropraticien. La LPMéd se développe autour de différents axes: objectifs de la formation des professionnels, accréditation des filières de formation et réglementation de la pratique professionnelle à titre indépendant⁵⁴. Contrairement à la LLCA, la LPMéd n'a pas été adoptée sous pression essentiellement de la mobilité des professionnels suisses et étrangers, mais dans la perspective plus générale de disposer d'un cadre juridique garantissant la formation et assurant une qualité élevée des prestations⁵⁵; elle règle néanmoins la procédure d'annonce découlant de l'ALCP (art. 35 LPMéd). En revanche, cette mobilité n'est pas étrangère au choix fait par le législateur d'introduire dans la LPMéd un régime disciplinaire uniforme au niveau fédéral⁵⁶ qui n'existait pas auparavant. En effet, l'appartenance obligatoire à une association pro-

⁵¹ LPMéd – RS 811.11.

⁵² LPsy – RS 935.81.

⁵³ LPSan.

⁵⁴ Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les professions médicales universitaires, du 3 décembre 2004, FF 2004 IV 157, p. 184.

⁵⁵ Message LPMéd (n. 54) p. 158.

⁵⁶ *Ibid.*

fessionnelle, chargée d'assurer le respect des règles déontologiques de la profession, ne pouvait plus être maintenue en raison des accords sectoriels avec l'Union européenne⁵⁷.

Les devoirs professionnels sont, pour les professions médicales, l'exercice consciencieux de la profession, la formation continue, la garantie des droits du patient, l'interdiction de publicité, la défense des intérêts des patients indépendamment des avantages financiers, le respect du secret professionnel, la participation aux services d'urgence, l'obligation de disposer d'une assurance responsabilité civile (art. 40 LPMéd). Les mesures disciplinaires prévues sont l'avertissement, le blâme, l'amende jusqu'à CHF 20 000.–, l'interdiction de pratiquer temporaire ou définitive (art. 43 LPMéd).

La LPsy instaure des dénominations professionnelles protégées explicites et des titres postgrades fédéraux de même qu'elle régit l'exercice de la psychothérapie par des psychologues dans un but de protection de la santé et des consommateurs⁵⁸. Le contexte de la libre circulation des personnes a été déterminant pour l'adoption de la loi, dont une des fonctions est de protéger les psychologues suisses qualifiés contre toute discrimination dans l'exercice de leur profession⁵⁹. Le régime disciplinaire prévu par la LPsy, qui s'est substitué aux différents régimes cantonaux, lorsqu'ils existaient, est similaire à celui valant dans la LPMéd, tant au niveau de l'énoncé des devoirs professionnels (art. 27 LPsy) que des sanctions possibles (art. 30 LPsy).

Enfin, la LPSan règle depuis peu les professions de la santé relevant des hautes écoles et des autres institutions du domaine des hautes écoles, soit les infirmiers, les physiothérapeutes, les ergothérapeutes, les sages-femmes, les diététiciens, les optométristes et les ostéopathes. La LPSan est de conception similaire à la LPMéd⁶⁰ dans la mesure où elle régit tant la formation que la qualité de l'exercice des professions, lorsqu'elles sont exercées à titre indépendant (art. 1 LPSan). La LPSan intègre

⁵⁷ Message LPMéd (n. 54) p. 211.

⁵⁸ Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, du 30 septembre 2009, FF 2009 6235, p. 6236.

⁵⁹ Message LPsy (n. 58) p. 6251.

⁶⁰ Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les professions de la santé, du 18 novembre 2015, FF 2015 7925, p. 7927.

également le système de reconnaissance des diplômes prévu par la directive 2005/36/CE (art 10 LPSan)⁶¹. La LPSan règle de manière exhaustive les devoirs professionnels (art. 16 LPSan), de même qu'elle unifie le droit disciplinaire (art. 19 LPSan)⁶². Pour cette dernière loi, il ressort des travaux préparatoires que l'adoption d'un texte de niveau fédéral a été souhaité avant tout afin d'adapter le système légal aux nouveaux modèles de prise en charge ambulatoire et à l'importance croissante des professions de la santé dans le système de soins⁶³, moins pour répondre aux questions de mobilité.

D. Autres professions

Toutefois, le phénomène de réglementation des professions au niveau fédéral, avec ou sans régime disciplinaire, en réponse à la libre circulation des personnes, ne s'inscrit pas dans une tendance générale. On relève ainsi que les autorités veillent à éviter d'adopter, ce faisant, des textes qui pourraient constituer des entraves à l'exercice de la profession par des personnes prétendant à la reconnaissance de leur diplôme.

Ainsi, en 2004, le Conseil fédéral, en réponse à un postulat de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national, avait jugé disproportionnée la création d'une législation portant spécialement sur la protection du titre, sur l'accès à la profession d'architecte ou sur l'exercice de la profession d'architecte, compte tenu, notamment, de l'importance toute relative du but de police poursuivi par le projet de réglementation⁶⁴.

En 2007, puis 2009, le Conseil fédéral s'est déclaré défavorable à l'adoption d'une loi fédérale sur les guides de montagne et autres activités à risque, compte tenu des réglementations existantes au niveau cantonal

⁶¹ Message LPSan (n. 60) p. 7985 ss.

⁶² Message LPSan (n. 60) p. 7963.

⁶³ Message LPSan (n. 60) p. 7933.

⁶⁴ Rapport du Conseil fédéral sur l'opportunité d'une loi sur les architectes – Rapport établi en réponse au postulat 01.3208 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 26.3.2001 Régler la libre circulation des architectes, Berne 2004, p. 6 (disponible sur le site du Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI: www.sbfi.admin.ch).

et de l'autorégulation efficace dans la branche⁶⁵. Toutefois, le législateur, contre l'avis du Conseil fédéral, a adopté le 17 décembre 2010 la loi fédérale sur les guides de montagne et les organisateurs d'autres activités à risque⁶⁶. Cette loi, bien qu'elle énonce un certain nombre de devoirs professionnels devant être suivis par les bénéficiaires des autorisations qu'elle prévoit (art. 2, 13 Loi sur les guides), ne fait des professions qu'elle vise que des professions réglementées, et non surveillées (*supra* I, B et I, C). En effet, pour celles-ci, aucun régime disciplinaire n'est prévu, la loi énonçant uniquement des sanctions pénales pour celui qui contrevient au régime de l'autorisation (art. 15 Loi sur les guides).

Aussi, pour les professions dans ces deux domaines, le régime disciplinaire, lorsqu'il existe, continue d'être réglé par le droit cantonal. Il n'a, dans ce cas, pas été vu comme une réponse à la libre circulation des personnes. Pour ce qui est de la profession d'architecte, c'est le faible besoin de protection du public qui a justifié qu'un régime disciplinaire généralisé ne devait pas s'imposer. Pour la profession de guide de montagne ou les activités à risque, il existe un besoin de protection du public. Toutefois, c'est probablement parce que celui-ci est moins généralisé que le besoin de protection des patients, dès lors qu'il vaut avant tout dans les cantons de montagne, qu'une surveillance n'a pas été mise en place.

Pour ces deux domaines également, un des arguments pour ne pas adopter de régime unifié au niveau fédéral, respectivement de renoncer à la surveillance, était l'existence de collaborations étroites avec des organismes privés et l'autorégulation qui en découle. Ainsi, un registre des professionnels de l'architecture est tenu par la fondation du Registre suisse des ingénieurs, des architectes et des techniciens (REG)⁶⁷. Dans le même ordre d'idées, la certification de prestataires d'activités à risque est assurée par la fondation « Safety in adventures »⁶⁸. Cela mène tout

⁶⁵ Avis du Conseil fédéral du 14 février 2007 relatif à l'Initiative parlementaire Assurer l'encadrement législatif de l'activité de guide de montagne et du secteur des activités à risque, FF 2007 1453, p. 1455; Avis du Conseil fédéral du 26 août 2009 relatif à l'Initiative parlementaire Assurer l'encadrement législatif de l'activité de guide de montagne et du secteur des activités à risque, FF 2009 5447, p. 5448.

⁶⁶ RS 935.91. Ci-après: « Loi sur les guides ».

⁶⁷ Rapport 2004 (n. 64), p. 1-2.

⁶⁸ Avis Initiative sur les guides (2009) (n. 65), p. 5449.

naturellement à la question suivante, relative à la privatisation de la surveillance.

III. Le droit disciplinaire face aux privatisations

Cette question du droit disciplinaire face aux privatisations est discutée en présence de deux constats. Le premier constat est celui du phénomène généralisé d'externalisation ou de privatisation des tâches publiques engagé depuis les années 1990. Le deuxième constat est celui fait à l'étranger, où, notamment dans le domaine de la santé, la surveillance de l'exercice des professions relève des seules associations professionnelles, à l'exclusion des autorités⁶⁹.

La discussion autour du phénomène des privatisations suppose de distinguer l'objet de la privatisation (le « quoi ») de l'entité qui s'en voit chargée (le « qui »). S'agissant de l'objet en cause, celui-ci se rapporte à une tâche publique. Une tâche publique est une tâche que le législateur désigne comme une mission devant être accomplie⁷⁰; puisque prévue dans une loi, cette mission n'est pas laissée à l'initiative privée. En revanche, peu importe la forme organisationnelle choisie par le législateur pour l'accomplissement de la tâche⁷¹. En l'occurrence, la tâche publique en cause est celle de la surveillance des professions, soit la tâche de veiller au respect des devoirs professionnels énoncés dans la loi et de prendre toute mesure ou décision en cas de violation de ceux-ci. S'agissant de l'entité chargée de la tâche publique, il s'agit de distinguer entre administration centrale, administration décentralisée⁷² et personnes

⁶⁹ Voir la contribution de DOMINIQUE SPRUMONT et RACHEL CHRISTINAT dans le présent ouvrage.

⁷⁰ Pour une définition de la notion de tâche publique, voir BERNHARD RÜTSCHKE, « Was sind öffentliche Aufgaben? », *recht* 4/2013, p. 162.

⁷¹ RÜTSCHKE (n. 70) p. 160.

⁷² L'administration décentralisée est comprise ici dans son sens large et désigne toute entité de droit public, établissement ou corporation, distraite de l'administration centrale et soumise à la surveillance de la collectivité publique qui l'a créée. Cette définition ne correspond pas exactement à celle retenue par le Conseil fédéral aux art. 7 et 7a de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998 (OLOGA – RS 172.010.1), qui assimile à l'administration décentralisée les unités administratives sans personnalité juridique devenues autonomes sur le plan organisationnel après avoir été détachées de l'administration par la loi.

privées. De manière générale, la tâche de surveillance des professions est accomplie par l'administration centrale, voire par des commissions *ad hoc* composées en partie de magistrats de l'ordre judiciaire.

C'est autour de ces deux notions, tâche publique et entité chargée de l'accomplir, que s'expriment les enjeux des privatisations. Selon les acceptions retenues, la privatisation peut viser deux phénomènes : le fait pour la collectivité publique de confier à une entité privée le soin d'accomplir une tâche publique (privatisation partielle) ou le fait d'abandonner une tâche au secteur privé (privatisation totale)⁷³. La privatisation peut donc concerner le « quoi » comme le « qui ». En outre, la privatisation se recoupe avec la notion de délégation des tâches publiques, soit le transfert de l'exécution de certaines tâches publiques à des entités publiques ou privées⁷⁴. Dans le premier cas de délégation d'une tâche publique à une entité décentralisée, on parle généralement de décentralisation ; dans le second cas, lorsque la tâche est déléguée à une entité privée, la délégation constitue une privatisation partielle.

En l'occurrence, nous ne nous demanderons pas si la surveillance des professions peut être abandonnée au domaine privé, c'est-à-dire si elle peut faire l'objet d'une privatisation totale. En effet, il s'agit d'un choix du législateur qui, faute d'obligation constitutionnelle imposant une surveillance étatique, sort du champ de la discussion juridique. Les professions d'architecte et de guide de montagne en sont de parfaits exemples, le législateur ayant pour la première purement et simplement renoncé à légiférer et pour la seconde jugé inutile de prévoir un régime disciplinaire (*supra* II, D). En revanche, nous nous demanderons si la surveillance des professions peut faire l'objet d'une privatisation partielle ou d'une délégation de tâches (A). Nous évoquerons aussi la question de la portée des règles déontologiques émises par les associations professionnelles privées (B) puisque, sans parler dans ce cas de privatisation, ces règles apportent un élément de régulation privée dans la mise en œuvre du droit disciplinaire.

73 TOBIAS JAAG, « Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmbedingungen », in : JAAG (éd.), *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zurich 2000, p. 23 ss.

74 FRANÇOIS BELLANGER, « Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques », in : FAVRE/MARTENET/POLTIER (éd.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 52.

A. La privatisation (partielle) de la surveillance

La privatisation des tâches publiques a été thématifiée, au plan fédéral, dans un rapport de principe du Conseil fédéral en 2006⁷⁵. Ce rapport sert, au moyen d'une typologie des tâches, à fournir une base reposant sur des critères uniformes pour que les autorités politiques statuent sur l'externalisation de tâches vers des entités de la Confédération devenues autonomes⁷⁶. Cette typologie des tâches et le modèle de gestion de celles-ci tels qu'ils découlent du Rapport sur le gouvernement d'entreprise succèdent, en l'affinant⁷⁷, au modèle dit des quatre cercles énoncé par le Conseil fédéral au début des années 2000 dans le cadre du projet de gestion par mandat de prestations et enveloppe budgétaire (GMEB)⁷⁸.

Aussi, à chaque type de tâche correspond un modèle de gestion par une forme déterminée d'entité. A cet effet, les tâches publiques sont réparties en quatre types de tâches. Parmi celles-ci figurent tout d'abord les tâches ministérielles, qui regroupent, notamment, les prestations relevant clairement de la puissance publique et pouvant souvent impliquer d'importantes interventions dans les droits fondamentaux (p. ex. défense nationale). Ces tâches ministérielles ne se prêtent pas à l'externalisation et leur exécution incombe à l'administration fédérale centrale. Les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, qui comprennent des tâches de régulation, sont un autre type de tâches identifié par le Conseil fédéral. Ces prestations relèvent de la puissance publique et en principe leur nature monopolistique plaiderait en faveur d'une fourniture des prestations au sein de l'administration fédérale centrale. Toutefois, pour des motifs tendant à l'objectivité et à la neutralité des décisions à prendre, les entités chargées des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité doivent être soustraites de toute influence

⁷⁵ Rapport du Conseil fédéral sur l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération (Rapport sur le gouvernement d'entreprise) du 13 septembre 2006, FF 2006 7799 ss.

⁷⁶ Par entités autonomes, le Conseil fédéral vise l'administration décentralisée ainsi qu'il la définit à l'art. 7a OLOGA: *supra* n. 72.

⁷⁷ Rapport sur le gouvernement d'entreprise (n. 75) p. 7814-7815.

⁷⁸ Rapport du Conseil fédéral sur la gestion par mandat de prestations et enveloppe budgétaire – Evaluation et suite de la procédure (Rapport d'évaluation GMEB) du 19 décembre 2001, FF 2002 3220 ss.

politique; par conséquent, ces tâches doivent être externalisées en raison de l'indépendance requise pour leur exécution.⁷⁹ On relèvera que le Rapport sur le gouvernement d'entreprise se concentre sur les tâches de surveillance de l'économie, soit celles intervenant de manière correctrice sur le fonctionnement des marchés et leurs défaillances dans le cadre de la fixation des prix⁸⁰, ainsi que sur les tâches de surveillance de la sécurité, qui servent à protéger la population ou certains acteurs du marché de dangers très divers, comme des risques économiques, techniques ou sanitaires⁸¹. Le Rapport n'évoque pas la question de la surveillance des professions, notamment la surveillance des avocats qui était déjà en vigueur à l'époque, puisque l'exécution de celle-ci est confiée aux cantons.

Lors de la Journée de droit administratif 2015, Anne-Christine FAVRE a démontré qu'il est extrêmement difficile d'identifier des tâches qui ne sont pas déléguables hors de l'administration centrale⁸² et qu'il n'y a en réalité pas de limite constitutionnelle à la délégation d'activités ministérielles à des entités à des privés⁸³. Ce sont essentiellement des limites conceptuelles qui subsistent quant aux tâches relevant du noyau des activités attribuées à l'Etat⁸⁴. La réalité montre que des tâches de police, telles que la compétence de prononcer des amendes d'ordre ou de convoier des détenus, peuvent faire l'objet d'une délégation même hors de l'administration; il en va de même d'activités de surveillance comme le contrôle d'installations techniques⁸⁵.

A notre avis, il doit en aller de même des tâches relevant de la surveillance des professions et de la mise en œuvre du régime disciplinaire. En particulier, le fait que la surveillance des professions entraîne le

79 Rapport sur le gouvernement d'entreprise (n. 75) p. 7829.

80 Rapport sur le gouvernement d'entreprise (n. 75) p. 7828.

81 Rapport sur le gouvernement d'entreprise (n. 75) p. 7829.

82 ANNE-CHRISTINE FAVRE, «La délégation d'activités non économiques ou «à caractère ministériel»», in: FAVRE/MARTENET/POLTIER (éd.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 145 ss.

83 FAVRE, (n. 82) p. 187. *Contra*: STÉPHANE VOISARD, *L'auxiliaire dans la surveillance administrative – Du droit bancaire et financier au droit administratif général*, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 182.

84 *Ibid.*

85 FAVRE (n. 82) p. 145-146.

prononcé de sanctions disciplinaires n'est pas un motif de s'opposer à la privatisation partielle; cette faculté peut tout à fait faire l'objet d'un transfert de tâche. La mise en œuvre du régime disciplinaire des professions doit, partant, dans son principe, pouvoir être confiée à des entités privées, notamment des associations professionnelles. Cette solution a d'ailleurs été expressément réservée dans les travaux préparatoires de la LLCA, qui indiquent que « rien ne s'oppose à ce qu'un ordre cantonal se voie déléguer la compétence d'exercer la surveillance disciplinaire »⁸⁶; une telle solution est celle retenue dans le canton du Tessin⁸⁷.

Lorsqu'il est fait le choix de la délégation de la surveillance à une association privée, le principe de la légalité doit être respecté. Lorsque la délégation comprend la délégation du pouvoir décisionnel, l'entité privée se voyant attribuer non seulement un pouvoir d'instruction ou de préavis mais aussi et surtout la capacité de rendre des décisions, la délégation doit être prévue dans une loi formelle. En effet, selon le Tribunal fédéral, « si le canton choisit de déléguer une tâche de l'Etat à des services extérieurs à l'administration, cette délégation et ses modalités doivent être prévues dans une loi formelle. Au niveau de la Confédération, une telle obligation découle de l'article 178 alinéa 3 Cst.; cette disposition constitutionnelle reflète toutefois un principe général du droit public qui exige qu'un acte de décentralisation administrative, de même que toute délégation de l'exercice de pouvoirs de puissance publique à des tiers reposent sur une base légale formelle suffisamment précise, dès lors qu'ils portent atteinte à l'unité organique de l'administration et constituent une entorse au monopole de l'Etat »⁸⁸. L'on s'assurera, en outre, que le cadre organisationnel et procédural respecte également les autres exigences découlant du droit supérieur, notamment les exigences découlant du droit à un procès équitable, du droit à un double degré de juridiction en matière pénale ou en matière d'indépendance des autorités administratives, ou si les règles d'organisation permettent d'assurer l'effet réparateur d'un recours de pleine juridiction⁸⁹.

⁸⁶ Message LLCA (n. 44) p. 5355.

⁸⁷ BOHNET/MARTENET (n. 48) p. 818.

⁸⁸ ATF 138/2012 I 196, c. 4.4.3.

⁸⁹ Sur cette problématique, voir BOHNET/MARTENET (n. 48) p. 802 ss.

B. Le recours aux règles déontologiques privées dans la mise en œuvre de la surveillance

Le régime disciplinaire suppose l'énoncé de devoirs professionnels ou règles professionnelles (*Berufsregeln*) dans la loi. Dans ce contexte, la règle professionnelle prend la forme d'une norme de droit public édictée par une autorité afin de réglementer une profession dans un but d'intérêt public⁹⁰; elle s'applique à toute personne assujettie à la loi⁹¹. Les devoirs et règles professionnels coexistent aux côtés de règles déontologiques. Les règles déontologiques sont, pour leur part, adoptées par les organisations professionnelles. Relevant de l'autonomie privée, elles ne s'appliquent qu'aux membres des organisations⁹², étant précisé que l'affiliation auxdites organisations ne peut, depuis l'entrée en vigueur des accords bilatéraux, plus être imposée aux professionnels⁹³.

Les devoirs et règles professionnels prévus dans la loi sont la plupart du temps énoncés de manière très large, le législateur recourant à des notions juridiques indéterminées comme, par exemple, lorsqu'il impose que la profession soit « exercée avec soin et diligence » (p. ex. art. 12, let. a, LLCA; art. 40, let. a, LPMéd; art. 27, let. a, LPsy; art. 16, let. a, LPSan). La jurisprudence admet que, lorsque les devoirs sont formulés de manière générale, ils peuvent être précisés par les règles déontologiques des associations professionnelles⁹⁴. Deux conditions doivent à cet effet être réalisées. En premier lieu, il faut que la règle déontologique reflète une opinion largement répandue au niveau national⁹⁵. Pour les professions médicales, les règles contenues dans le Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses (FMH) du 12 décembre 1996 satisfont à cette condition, la FMH étant une association suffisamment

⁹⁰ ATF 140/2013 III 6, c. 3.1; Message LLCA (n. 44) p. 5367.

⁹¹ *Ibid.*; Message LPMéd (n. 54) p. 211; WALTER FELLMANN, Commentaire de l'art. 40 LPMéd, in: AYER/KIESER/POLEDNA/SPRUMONT (éd.), *Medizinasberufsgesetz (MedBG) – Loi sur les professions médicales (LPMéd)*, Bâle 2009, Art. 40 n° 8.

⁹² Message LLCA (n. 44) p. 5367-5368; Message LPMéd (n. 54) p. 211; BOHNET/MARTENET (n. 48) p. 121.

⁹³ Message LPMéd (n. 54) p. 211.

⁹⁴ ATF 140/2013 III 6, c. 3.1; ATF 130/2004 II 270, c. 3.1.1.

⁹⁵ ATF 130/2004 II 270, c. 3.1.1; BOHNET/MARTENET (n. 48) p. 127; FELLMANN (n. 91) Art. 40 n° 29.

représentative pour que ses usages puissent être considérés comme objectifs et pertinents par rapport à la disposition légale⁹⁶. Le Code suisse de déontologie des avocats établi par la Fédération suisse des avocats (FSA) le 1^{er} juillet 2005 a *a priori* une portée identique⁹⁷. En deuxième lieu, la règle déontologique à laquelle il est fait référence doit avoir pour objet d'assurer des prestations de qualité dans l'intérêt du public. Elle ne doit pas avoir été établie dans l'intérêt de la profession uniquement⁹⁸, faute de quoi s'en inspirer porterait atteinte au principe de l'intérêt public (art. 5, al. 2, Cst.). Lorsque ces deux conditions sont réalisées, il est possible pour l'autorité chargée de la surveillance, respectivement le juge, de s'inspirer du *corpus* de règles professionnelles figurant dans les codes de déontologie édités par les associations professionnelles privées.

IV. Le droit disciplinaire face à l'arrivée de l'économie numérique

Après avoir constaté que le droit disciplinaire des professions n'a pas été remis en question malgré la tendance générale à voir des tâches publiques confiées à des personnes ou entités extérieures à l'administration, d'une part, et qu'il s'est même, pour certaines professions, renforcé en réponse à la libre circulation des personnes, d'autre part, il importe de s'interroger sur les raisons qui pourraient à l'avenir le remettre en cause. La question est dans ce contexte de se demander si la surveillance des professions ne sera pas dépassée dans un environnement régi par l'économie numérique. Cette question est suscitée par les constats faits en Suisse et en Europe à la suite de l'arrivée de l'entreprise Uber sur le marché du transport de personnes par véhicules légers. L'arrivée de ce nouvel acteur a en effet contraint les collectivités publiques à repenser leur législation en la matière, en en modifiant le champ d'application car les lois régissant la profession de chauffeur de taxis se sont avérées in-

⁹⁶ Arrêt TF 2C_1083/2012 du 21 février 2013, c. 5.1.

⁹⁷ ATF 140/2013 III 6, c. 3.1.

⁹⁸ FELLMANN (n. 91) Art. 40 n° 29. Pour un cas d'application, ATF 140/2013 III 6, c. 3.1; BOHNET/MARTENET (n. 48) p. 127-128.

adaptées pour appréhender le phénomène⁹⁹: de la réglementation d'une profession on est passé, dans certains cantons, à la réglementation d'une activité.

La numérisation transforme l'économie et le monde du travail, et quasiment aucun secteur n'y échappe. Sur le plan technique, cette évolution repose sur les nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC), ainsi que sur des ordinateurs et des infrastructures de réseaux plus puissants. Alors que, durant la première phase de la numérisation, l'objectif était principalement d'automatiser, à l'aide des TIC, les processus opérationnels répétitifs (p. ex. comptabilité, achats, planification de la production, applications bancaires de base), on assiste avec la mutation numérique, qui progresse à un rythme fulgurant depuis 2008, à l'avènement du « tout numérique ». Les nouveaux développements technologiques, comme l'informatique en nuage (*cloud computing*), l'informatique mobile (*mobile computing*), les données massives (*big data*) et l'internet des objets (*internet of things*) donnent naissance à de nouveaux produits, services et modèles d'affaires qui sont de plus en plus utilisés. Pour les consommateurs, ces nouveautés engendrent des offres supplémentaires et des formes d'interaction nouvelles avec les prestataires et les autres consommateurs¹⁰⁰. A côté du secteur traditionnel des TIC et des secteurs en expansion depuis quelques années qui utilisent les TIC pour atteindre le but visé (la biotechnologie, le génie biomédical, les technologies financières, etc.), un nouveau domaine de création de valeur reposant entièrement sur ces nouvelles technologies est en train d'émerger. Aujourd'hui, la tendance est à une plus forte individualisation et au développement de solutions sur mesure, les nouvelles technologies permettant une compréhension approfondie de segments de clients et de marchés géographiques spécifiques ainsi qu'une meilleure expérience commerciale. Le progrès technologique modifie continuellement les attentes de la clientèle, obligeant les entreprises à s'adapter à la nouvelle donne. La capacité d'actualiser régulièrement les applications est devenue un facteur de compétitivité crucial

⁹⁹ VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, « Rapport suisse », in: RENDERS/NOGUELLOU (éd.), *Uber et les taxis*, à paraître, Bruxelles, 2018.

¹⁰⁰ Rapport du Conseil fédéral sur les principales conditions-cadres pour l'économie numérique du 11 janvier 2017, p. 14 (disponible sur le site du Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI: www.sbf.admin.ch).

pour les entreprises¹⁰¹. La numérisation transforme un grand nombre de branches économiques: elle automatise davantage les processus de production, réorganise des chaînes de valeur et favorise l'émergence de nouveaux produits, services et modèles d'affaires¹⁰².

Par ailleurs, dans le contexte de la numérisation, on parle beaucoup de l'économie de partage. Ce modèle est caractérisé par l'élément central de la présence de plateformes qui permettent les transactions directes entre utilisateurs et prestataires¹⁰³. Un tel modèle entraîne, souvent, une tendance à la concentration, laquelle soulève des questions sous l'angle du droit de la concurrence¹⁰⁴.

La position des autorités politiques face à la mutation numérique est, de manière générale, de considérer qu'elle représente une chance pour la place économique suisse et qu'elle ne doit pas être entravée par des réglementations hâtives. En particulier, les (nouvelles) réglementations ne devraient pas empêcher l'innovation ni favoriser les technologies et les modèles d'affaires traditionnels¹⁰⁵. Dans ce contexte, le renforcement des conditions-cadres favorables à l'économie numérique sont préférées aux réglementations sectorielles jugées peu efficaces¹⁰⁶. En outre, le projet de révision totale de la loi sur la protection des données, actuellement en cours, met l'accent, notamment, sur le contrôle des données et leur maîtrise dans un environnement numérique qui en augmente la transmission et la circulation¹⁰⁷. Dans ce même cadre, la révision empoigne le phénomène des *Big data*, donnant davantage de pouvoirs aux utilisateurs et en renforçant la réglementation et le contrôle des acteurs privés par l'Etat¹⁰⁸. Le 20 avril 2016, le Conseil fédéral a adopté la stratégie « Suisse numérique » qui vise à ce que la Suisse profite davantage de

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Rapport économie numérique (n. 100) p. 20.

¹⁰³ Rapport économie numérique (n. 100) p. 7.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Rapport économie numérique (n. 100) p. 23.

¹⁰⁶ Rapport économie numérique (n. 100) p. 24.

¹⁰⁷ Rapport économie numérique (n. 100) p. 24-25.

¹⁰⁸ Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6565, p. 6580.

la numérisation croissante et se développe de manière encore plus dynamique en tant qu'économie novatrice¹⁰⁹. La stratégie « Suisse numérique » a été suivie de l'adoption, en novembre 2017, du Plan d'action « Stratégie Suisse numérique » qui comprend les mesures que l'administration fédérale entreprend comme apport concret à la mise en œuvre de la stratégie¹¹⁰.

Les domaines des professions surveillées, droit et médecine notamment, sont, bien entendu, fortement exposés au phénomène. Les solutions numériques demeurent, en l'état de la technologie, très coûteuses, ce qui explique certainement que ces professions n'ont pas été touchées avant les domaines du transport de personnes ou de l'hébergement. Cela étant, voici quelques exemples d'innovations dans ces deux domaines; ces énumérations ne sont pas exhaustives.

Dans le domaine juridique, l'économie numérique s'exprime ou s'exprimera, notamment, par l'affichage de publicité pour des entreprises de service juridique ayant acheté des mots-clés, par la mise en relation entre avocats et clients par le biais de plateformes, et par la notation et l'étalonnage des performances des professionnels sur lesdites plateformes¹¹¹. Il existe également des plateformes qui automatisent des actes administratifs ou judiciaires standards, comme des dépôts de plainte, de recours contre des amendes ou des demandes en divorce. La communication numérique avec la justice devrait également se développer. Dans certains pays, les avocats disposent déjà d'un accès à une base de données administrée par les autorités judiciaires, dans laquelle est déposée l'intégralité de la procédure et son calendrier¹¹². D'autres outils vont également se généraliser, comme les *chatbots*. Il s'agit d'un programme intégrant un algorithme permettant d'établir des conversations entre un utilisateur et le site internet; ces programmes sont conçus

109 Stratégie du Conseil fédéral « Suisse numérique », Berne 2016, FF 2016 3801 ss.

110 Plan d'action du Conseil fédéral stratégie « Suisse numérique », Berne 2017 (disponible sur le site de l'OFCOM: www.bakom.admin.ch).

111 KAMI HAERI, SOPHIE CHALLAN-BELVAL, ELEONORE HANNEZO, BERNARD LAMON, *L'avenir de la profession d'avocat*, Paris 2017, p. 16-17 (disponible sur le site du Ministère français de la justice à l'adresse www.justice.gouv.fr/publication/rapport_kami_haeri.pdf).

112 LOUIS BURRUS, « Technologie et avocature: Ross, *Predictive coding* et Big data », *Revue de l'avocat* 8/2016 p. 326.

pour développer un langage de plus en plus sophistiqué et pour puiser dans une masse de plus en plus riche d'informations associée à la récurrence de certaines questions fréquemment posées pour formuler une réponse; l'utilisation pose une question en langage usuel et obtient une réponse juridique dès que la machine a identifié la question¹¹³. Quant à la *blockchain*, elle est définie comme une technologie de stockage et de transmission d'informations, transparente, sécurisée, et fonctionnant sans organe central de contrôle. Il s'agit de gigantesques bases de données sécurisées et décentralisées qui regroupent les transactions sous formes de blocs reliés entre eux sans qu'il y ait besoin d'intermédiaires pour en attester l'authenticité. Toutes les transactions compilées dans les *blockchains* sont ainsi vérifiables et opposables. Elles sont enregistrées dans une base de données publique, ce qui rend les transactions infalsifiables et non modifiables. Cette technologie est notamment utilisée pour la mise en place de contrats intelligents (*smarts contracts*), qui sont des programmes autonomes exécutant automatiquement les conditions et termes d'un contrat, sans nécessiter d'intervention humaine une fois démarrés. Le fait d'intégrer de tels logiciels dans la *blockchain* garantit que les termes du contrat seront inchangés, et qu'ainsi, à la réalisation d'un événement, les clauses du contrat en question seront automatiquement appliquées¹¹⁴. En outre, des programmes d'intelligence artificielle se développent. Parmi ces programmes figurent Watson, qui répond en langage usuel aux questions qui lui sont posées, mais surtout Ross, développé pour répondre plus particulièrement à des questions juridiques et disposant d'un système d'apprentissage faisant qu'il s'auto-améliore au fur et à mesure de son fonctionnement¹¹⁵. Aujourd'hui, un avocat procède le plus souvent à une recherche de jurisprudence en cherchant des décisions pertinentes par mots-clés. Ross fonctionne comme un moteur de recherche mais au lieu de fournir une liste de réponses, il n'en donne qu'une seule, celle qui selon lui est la plus exacte. Par une approche cognitive, ce programme peut former une conclusion et la livrer directement, références à l'appui¹¹⁶. Enfin, des programmes se développent, qui permettent de modéliser un procès et d'en définir les risques. La

113 HAERI/CHALLAN-BELVAL/HANNEZO/LAMON (n. 111) p. 60.

114 HAERI/CHALLAN-BELVAL/HANNEZO/LAMON (n. 111) p. 60-61.

115 HAERI/CHALLAN-BELVAL/HANNEZO/LAMON (n. 111) p. 61.

116 BURRUS (n. 112) p. 327.

recherche montre que les prédictions des systèmes informatiques sont meilleures que celles formées par des experts¹¹⁷.

Dans le domaine médical, des technologies similaires se développent. Des systèmes de prise de rendez-vous en ligne permettent de contacter le médecin qui correspond le mieux aux problèmes du patient et à ses disponibilités¹¹⁸. La télémédecine, qui désigne l'activité médicale effectuée à distance grâce à des moyens de communication électronique¹¹⁹, existe d'ores et déjà sous des formes relativement rudimentaires et est appelée à prendre de l'importance. En outre, des entreprises proposent également des technologies innovantes de tests diagnostiques, utilisant très peu de sang, que les patients peuvent commander eux-mêmes pour ensuite en recevoir les résultats¹²⁰. De même, des systèmes reposant sur l'intelligence artificielle comme Watson parviennent à poser des diagnostics et à proposer des traitements complexes à partir de dossiers de patients non structurés, en analysant l'ensemble de la littérature scientifique¹²¹. Mais encore, avec l'internet des objets, des dispositifs médicaux conventionnels, tels que des prothèses auditives ou des lentilles de contact, deviennent connectés et, dès lors, contrôlables au moyen d'applications mobiles, offrant aux patients un monitoring permanent de leur état de santé¹²².

Ces nombreuses innovations peuvent être, sous l'angle de l'exercice des professions et de leur surveillance, réparties en trois catégories.

La première catégorie relève de la mise en relation du professionnel avec sa clientèle ou sa patientèle. Entrent dans cette catégorie les moteurs de recherche ou les plateformes de réservation, avec ou sans dispositif d'évaluation de la prestation fournie par les internautes. Quant aux

117 BURRUS (n. 112) p. 327-328.

118 BERTRAND KIEFER, «Uber, les innovations et la médecine», *Revue médicale suisse du 23 mars 2016*, p. 624.

119 SABRINA BURGAT, *La télémédecine et le droit suisse*, Bâle 2012, p. 5. On y associe, sans qu'elles se recoupent, les notions de *ehealth*, cybersanté, télésanté, télématique de la santé, mise en réseau des soins, BURGAT p. 6 ss.

120 KIEFER (n. 118) p. 624.

121 *Ibid.*

122 GILLES AEBISCHER, «Les applications mobiles de santé – De véritables dispositifs médicaux?», *PJA 1/2017*, p. 64.

moteurs de recherche, il faut garder à l'esprit que les résultats qu'ils fournissent ne sont pas neutres et qu'il existe la possibilité d'acheter des mots-clés favorisant ceux qui les financent.

Ces instruments soulèvent avant tout la question de leur compatibilité avec l'interdiction faite à ces professionnels de faire de la publicité (not. art. 12, let. d, LLCA; art. 40, let. d, LPMed). Pour ces aspects, la définition très générale des devoirs professionnels permettra, à notre sens, à la pratique de s'adapter sans probablement nécessiter de modification législative.

La deuxième catégorie regroupe les innovations servant de soutien à l'activité du professionnel. L'on pense ici dans le domaine juridique aux applications de justice numérique permettant de communiquer avec les tribunaux ainsi qu'aux programmes et systèmes permettant d'accomplir des tâches répétitives de plus en plus complexes ou de prévoir l'issue de litiges. Dans le domaine médical, les systèmes d'aide au diagnostic sont avant tout visés.

Lorsque les praticiens font appel à ces systèmes, ils recourent à de nouvelles mesures d'organisation interne. Ils se procurent un soutien numérique dans l'accomplissement de leurs tâches, souvent au détriment de personnel peu ou moins qualifié, respectivement sans procéder eux-mêmes à une analyse personnelle du dossier. Dans ce cadre, est cruciale la question de savoir s'ils ont exercé leur art avec soin (art. 12, let. a, LLCA; art. 40, let. a, LPMéd). Cela revient en réalité à se demander si un professionnel du droit ou de la médecine peut se contenter de confier une recherche ou l'élaboration d'un diagnostic à une machine et de se fier aux résultats délivrés par celle-ci.

La troisième catégorie d'innovations vise celles qui dispensent le public de recourir aux professionnels. Tel est le cas de systèmes dédiés à la rédaction d'actes administratifs ou judiciaires que les justiciables transmettront à la justice, ou celui d'entreprises proposant des diagnostics médicaux aux patients qui les demandent.

Ces activités n'entrent pas dans le champ d'application des lois régissant les professions surveillées puisque ce sont justement des entreprises tierces qui les proposent. Dans ce contexte, le professionnel et le fournisseur de services ne sont pas soumis au même régime légal. Il est important de mentionner que dans une telle constellation, même si

les professionnels bousculés par l'arrivée des nouvelles technologies se plaignent d'une concurrence déloyale, comme on l'a vu dans la branche des taxis, il ne s'agit en réalité pas d'un problème de concurrence. La question de la différence de réglementation applicable aux offreurs d'une même prestation relève uniquement de la question de la neutralité concurrentielle de l'Etat découlant de la liberté économique (art. 27 et 94 Cst.).

Dans le domaine du droit, ce phénomène n'est pas nouveau puisque de longue date des personnes ou entreprises comme des banques ou des fiduciaires prodiguent des conseils juridiques sans être assujettis à la législation sur les avocats. Toutefois, les nouveaux services offerts vont plus loin que le conseil dans la mesure où ils ouvrent, *de facto*, une brèche dans le monopole de l'avocat, même si le justiciable agit en personne. Il n'est dans ces circonstances pas inenvisageable que le législateur intervienne, d'une manière ou d'une autre, au nom de la bonne administration de la justice, dans l'hypothèse où la multiplication du recours à ces services de préparation d'actes administratifs ou judiciaires affecterait le fonctionnement des administrations ou des tribunaux. Toutefois, avant d'en arriver à cette extrémité, les enjeux se situeront à notre avis au niveau de l'appréciation de la recevabilité de ces actes déposés auprès des administrations ou des tribunaux sous l'angle des règles de procédure: la certaine mansuétude dont font preuve les juridictions à l'égard des plaideurs qui comparaissent personnellement pourrait ne plus être de mise lorsque les tribunaux constateront que les écrits qui leur parviennent sont le produit d'une intelligence artificielle. L'on assisterait alors au renforcement du cadre posé à l'activité, indépendamment de la personne qui s'y adonne. A titre de comparaison, dans le domaine des taxis, la réglementation s'est étendue pour appréhender non plus la seule profession de chauffeur de taxi, mais l'ensemble de l'activité de transport de passagers, qu'il soit ou non issu de l'économie numérique. De la réglementation d'une profession on est passé à la réglementation d'une activité.

Dans le domaine de la santé, la possibilité de fournir des services à la place des professionnels est peut-être plus limitée, compte tenu du cadre législatif très dense en la matière. En sus de la LPMéd s'appliquent en effet de nombreuses autres lois régissant l'analyse génétique humaine, les produits thérapeutiques, les produits chimiques ou les dispositifs

médicaux¹²³. Quoi qu'il en soit, dans ce contexte également, une éventuelle réaction de la part du législateur concernera probablement plus l'une ou l'autre de ces lois relatives aux activités que la LPMéd.

Cela étant, s'il apparaît que le régime de contrôle des activités est appelé à se renforcer, il n'est pas exclu que le concept de surveillance disciplinaire soit repensé en profondeur, au vu de son utilité qui pourrait alors être devenue relative et dans la mesure où le public supposé être protégé par le régime disciplinaire marque sa préférence pour les services de machines.

Conclusion

Dans un monde dont l'évolution s'accélère, le droit disciplinaire fait preuve d'une étonnante stabilité alors qu'il pourrait au premier abord apparaître désuet d'user de l'instrument de la sanction à l'égard de professionnels. Et cela continue de valoir alors même que le régime de l'autorisation des professions réglementées et le retrait de celle-ci lorsque les conditions de son octroi ou de son exercice ne sont plus réalisées permet, à bien des égards, d'assurer la protection du public.

Le régime disciplinaire encadre la libre circulation des personnes et apparaît comme un élément permettant de la cautionner, même si les autorités veillent attentivement à éviter toute réglementation qui pourrait constituer des entraves à l'accès ou à l'exercice des professions.

De plus, malgré la tendance des dernières décennies à la privatisation, le régime disciplinaire n'a pas été systématiquement confié aux organisations professionnelles. Pour les professions traditionnellement surveillées, il est demeuré dans le giron de l'Etat.

Reste à savoir si le régime disciplinaire pourra continuer de conserver son sens et son utilité face à l'arrivée de l'économie numérique, dans un contexte où la révolution en cours entraînera, très probablement, le renforcement de la réglementation de bon nombre d'activités indépendamment de la profession de la personne qui les accomplit.

¹²³ Par exemple, la problématique des objets connectés relève du droit applicable aux dispositifs médicaux : AEBISCHER (n. 122) p. 64 ss.