



Cour II
B-2592/2020

Arrêt du 28 septembre 2021

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Ronald Flury, Stephan Breitenmoser, juges,
Pascal Bovey, greffier.

Parties

X. _____,
représentée par Maître Franck-Olivier Karlen, avocat,
recourante,

contre

**Commission de recours de l'association suisse des
consultants amiante ASCA et de l'association des
professionnels des polluants des bâtiments APPB**,
représentée par Maître Michael Budliger, avocat,
autorité intimée.

Objet

Examen national pour les diagnostiqueurs des polluants de
construction.

Faits :**A.****A.a**

Par lettre du 19 décembre 2019, le secrétariat de l'association suisse des consultants amiante ASCA (ci-après : association ASCA), écrivant sur un papier à en-tête portant également le nom du Schweizerischer Fachverband Gebäudeschadstoffe FAGES (en français : l'association des professionnels des polluants des bâtiments APPB ; ci-après association APPB) a informé X._____ (ci-après : la recourante) qu'elle n'avait pas réussi l'examen national pour les diagnostiqueurs des polluants de construction du 4 décembre 2019.

A.b

Par décision du 8 avril 2020, la commission de recours des associations ASCA et APPB, écrivant par le secrétariat de l'association ASCA (ci-après : l'autorité intimée) a rejeté un recours formé par la recourante contre la décision du groupe de travail qui a effectué les corrections de l'examen en expliquant que, de manière générale, la commission de recours est de l'avis que les corrections de l'examen ont été effectuées consciencieusement et correctement, que l'évaluation minutieuse de tous les documents du dossier de recours a montré que le nombre minimum de points requis n'a pas été atteint et que les conditions cadres définies dans le règlement d'examen ont été respectées.

A.c

Par lettre du 14 mai 2020, l'autorité intimée a fourni une motivation écrite de sa décision du 8 avril 2020 en langue allemande, accompagnée d'une traduction en français. Elle a indiqué que seule la version allemande était juridiquement contraignante, la traduction française étant sans garantie et fournie en faveur de la compréhensibilité pour le candidat.

B.

Le 19 mai 2020, la recourante a formé recours devant le Tribunal administratif fédéral à l'encontre de la décision rendue le 8 avril 2020 par l'autorité intimée. Sous suite de frais et dépens, elle conclut principalement à la constatation du caractère illégal de la mise en place d'un examen national pour les diagnostiqueurs des polluants de construction déjà en activité. Subsidiairement, la recourante conclut à ce que la décision du 8 avril 2020 soit modifiée comme suit : « La commission de recours confirme la réussite de X._____ à l'examen national pour les diagnostiqueurs des polluants de construction du 4 décembre 2019 ». Plus

subsidiairement, elle conclut à ce que l'examen national pour les diagnostiqueurs des polluants de construction effectué par la recourante le 4 décembre 2019 soit purement et simplement annulé. À l'appui de ses conclusions, la recourante invoque la violation de l'arbitraire et du principe de l'égalité de traitement, la violation de son droit d'être entendu, de l'interdiction de la concurrence déloyale et de la liberté économique, du principe de la base légale, du principe de la non-rétroactivité des lois. Elle se plaint également d'une violation de la garantie de la situation acquise, de la bonne foi et de la confiance, du principe de proportionnalité et des principes régissant le changement de pratique administrative.

C.

Par ordonnance du 4 juin 2020, le Tribunal administratif fédéral a invité l'autorité intimée à déposer sa réponse.

D.

Le 16 juin 2020, l'autorité intimée a requis que l'allemand devienne la langue de la procédure, que l'objet du litige soit limité à la question de la recevabilité du recours et que le délai pour déposer sa réponse soit révoqué jusqu'à droit connu sur les précédentes questions ou, à défaut, prolongé.

E.

Le 9 juillet 2020, la recourante s'est opposée au changement de langue de la procédure et a affirmé qu'à son sens le recours est recevable.

F.

Par décision incidente du 17 juillet 2020, le Tribunal administratif fédéral a rejeté la requête de changement de langue de la procédure, indiqué que dans un souci d'économie de procédure il entendait dans une première étape en examiner la recevabilité uniquement et invité en conséquence l'autorité intimée à se déterminer sur la recevabilité du recours.

G.

Dans ses observations du 31 août 2020, l'autorité intimée a conclu à ce que le recours soit rejeté dans la mesure de sa recevabilité, sous suite de frais et dépens. Elle considère que la compétence du Tribunal administratif fédéral n'est pas donnée en l'espèce, de sorte qu'il convient de ne pas entrer en matière sur le recours.

H.

Dans ses écritures du 16 septembre 2020, la recourante a expliqué que

l'autorité intimée et les associations ASCA et APPB agissent à l'évidence sur délégation des autorités fédérales suisses, respectivement sur délégation du Forum Amiante Suisse (ci-après : FACH), une plate-forme d'information sur l'amiante de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), de la Suva et d'autres organes, en particulier dans le cadre de l'organisation de l'examen national obligatoire pour les personnes exerçant une activité en qualité de diagnostiqueurs d'amiante sur le territoire suisse. Elle maintient les conclusions de son recours et rejette celles prises par l'autorité intimée dans son mémoire du 31 août 2020.

I.

Par écritures du 1^{er} octobre 2020, l'autorité intimée a pris position et confirmé ses conclusions.

J.

Par écritures du 12 octobre 2020, la recourante a fait part de nouvelles observations.

K.

Le 22 octobre 2020, l'autorité intimée a déposé des observations.

L.

Par ordonnance du 26 octobre 2020, le Tribunal administratif fédéral a transmis les observations de l'autorité intimée du 22 octobre 2020 à la recourante. Celle-ci n'a pas déposé d'autres écritures.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Droit :

1.

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1).

Il est ainsi compétent pour connaître des recours contre les décisions selon l'art. 5 PA (art. 31 LTAF) émanant d'une autorité au sens de l'art. 33 LTAF, lorsqu'aucune des exceptions mentionnées à l'art. 32 LTAF n'est réalisée. Sont considérées comme décisions selon l'art. 5 al. 1 PA, les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant notamment pour objet de rejeter ou de déclarer

irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c). Celles-ci peuvent être déférées devant le Tribunal administratif fédéral si elles émanent notamment d'autorités ou d'organisations extérieures à l'administration fédérale, pour autant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public que la Confédération leur a confiées (art. 33 let. h LTAF). En l'espèce, il ressort de l'article premier des statuts des associations ASCA et APPB, consultables sur leurs sites internet respectifs, qu'elles sont des associations de droit privé régies par les art. 60 ss CC (cf. < www.asca-vabs.ch >, rubrique statuts, et < <http://www.fages.org/verband/> >, consultés le 28.09.2021). Elles n'appartiennent donc pas à l'administration fédérale (cf. a contrario art. 2 de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA, RS 172.010]). Il en va par conséquent de même de la commission de recours ayant agi en leur nom commun, laquelle ne peut ainsi pas non plus se voir considérée comme appartenant à l'administration fédérale.

2.

Sur le plan terminologique, il sied de préciser que l'appellation « autorité inférieure » – utilisée en principe par le tribunal de céans et sans connotation particulière – sera déclinée dans le présent arrêt au profit du terme « intimée », lequel correspond mieux aux circonstances du cas d'espèce. Ce choix lexicologique purement formel n'a, en soi, de toute façon aucune incidence sur le fond de la cause dont est recours (cf. arrêt du TAF B-2534/2017 du 5 septembre 2017 consid. 2.6). Il s'applique à la commission de recours agissant au nom des associations ASCA et APPB.

3. Il convient d'examiner si l'autorité intimée a statué sur le recours formé par la recourante en relation avec son échec à l'examen national pour les diagnostiqueurs des polluants de construction dans l'accomplissement de tâches de droit public que la Confédération lui a confiées. Les tâches publiques sont définies par la Constitution et les lois ; elles procèdent d'un choix politique. L'interprétation de la loi sert à déterminer ce qui constitue une tâche publique, qui assume cette tâche et comment elle doit être menée à bien (cf. ATF 138 II 134 consid. 4.3.1).

La recourante explique que la décision litigieuse a été rendue par les associations ASCA et APPB suite à un « examen national » organisé par les associations précitées sur délégation de compétences du FACH, plateforme d'information sur l'amiante de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), de la Suva et d'autres organes. Elle considère que les associations ASCA et APPB

agissent sur délégation en qualité d'organes s'assurant notamment du respect des dispositions applicables en matière de sécurité et santé publique dans le cadre d'activités liées au diagnostic des polluants de la construction, telle l'amiante. Elles doivent à son avis se voir reconnaître en vertu de l'art. 1 al. 2 let. e PA la qualité d'autorités ou d'organisations indépendantes de l'administration fédérale statuant dans l'accomplissement de tâches de droit public confiées par la Confédération, en l'occurrence par le FACH. Elle en déduit que son recours est recevable en vertu de l'art. 33 let. h LTAF.

Dans ses remarques responsives relatives à la recevabilité du recours, l'autorité intimée déclare qu'elle n'est pas une autorité au sens de l'art. 33 let. h LTAF puisque les associations ASCA et APPB sont des associations de droit privé, qu'aucune base légale ne prévoit de délégation de compétence, qu'elles n'agissent pas de manière souveraine et ne sont pas soumises à une surveillance étatique. Elle précise que les personnes qui réussissent l'examen national en question reçoivent un certificat d'examen délivré par les associations ASCA et APPB et sont inscrites sur la liste du FACH, pour autant que les autres conditions de cet organisme soient remplies. Elle affirme que cette liste n'est pas tenue par les associations ASCA et APPB, contrairement à ce que pense la recourante. Le certificat d'examen délivré ne constitue ni un certificat fédéral de capacité ni un diplôme fédéral. Elle explique que les membres de la commission d'examen sont certes aussi des représentants de différents offices fédéraux, mais que cela ne suffit pas pour lui conférer le statut d'autorité au sens de l'art. 33 let. h LTAF. Partant, elle conclut à l'irrecevabilité du recours en raison de l'absence d'autorité inférieure et donc de décision objet du litige au sens de l'art. 31 LTAF.

4.

Il sied en premier lieu de constater les éléments de fait suivants. Le FACH se définit sur son site internet comme une plate-forme d'information sur l'amiante. Il indique qu'il vise à améliorer les connaissances de la population sur l'amiante et à l'informer en détail sur les dangers et les risques liés à son utilisation. Il s'occupe, outre de l'échange d'informations, de la coordination nationale des actions relatives à l'amiante. Toujours selon son site internet, le FACH est géré par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), la Suva et d'autres organes. Les explications fournies indiquent que font partie de ces organes le Secrétariat d'État à l'économie (seco), l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL), armasuisse, des services cantonaux (p. ex. les inspections du travail) ainsi que des représentations

des employeurs et du personnel (cf. < www.forum-asbest.ch/fr/ueber_uns_fa/ >, consulté le 28.09.2021). Le FACH définit des critères et des standards de qualité pour les diagnostiqueurs amiante et gère une liste d'adresses d'entreprises et de personnes qui proposent des services de diagnostic du bâtiment en prévision de travaux de désamiantage (en Suisse et à l'étranger), avec pour but l'amélioration de la qualité du diagnostic amiante en Suisse. Dans un document intitulé « À propos de la liste des diagnostiqueurs amiante du Forum Amiante Suisse (FACH) » (cf. < www.forum-asbest.ch/fr/was_tun_bei_asbestverdacht_fa/adresslisten_fa/ >, consulté le 28.09.2021), le FACH explique que la liste regroupe essentiellement les membres des associations ASCA et APPB. Les diagnostiqueurs qui ne sont membres d'aucune de ces deux associations peuvent être acceptés dans la liste après contrôle par le FACH. Les exigences à remplir pour figurer sur la liste sont spécifiées dans un document séparé intitulé « Liste de contrôle : exigences à remplir par les diagnostiqueurs amiante » (cf. site référencé ci-dessus). Selon le FACH, l'assurance qualité est un processus d'amélioration continue assuré conjointement par les deux associations et le FACH. Toute modification des exigences fait l'objet d'une concertation avec les associations. Tous les diagnostiqueurs sont tenus de respecter les dispositions légales, les exigences à remplir par les diagnostiqueurs amiante du FACH ainsi que les cahiers des charges et règlements des associations concernées. Les associations contrôlent le respect des prescriptions par leurs membres avant l'inscription sur la liste. Pour les diagnostiqueurs qui ne sont membres d'aucune des deux associations, le contrôle est assuré par le FACH. Cet organe indique que les diagnostiqueurs des polluants du bâtiment qui ont réussi l'examen national sont inscrits sur la liste des diagnostiqueurs amiante avec un astérisque. Il invite les diagnostiqueurs amiante souhaitant figurer sur la nouvelle liste à s'adresser directement à l'une des deux associations en question (ASCA et APPB). Enfin, il précise que les travaux pouvant entraîner la libération d'une importante quantité de fibres d'amiante nocives doivent être exclusivement réalisés par une entreprise de désamiantage reconnue et renvoie à une liste y relative publiée par la SUVA (cf. < [www.suva.ch/fr-ch/praevention/sachthemen/asbest](http://www.suva.ch/fr-ch/praevention/sachthemen/asbest/Liste_d_adresses) > Liste d'adresses >, consulté le 28.09.2021).

Dans un document intitulé « Dispositions transitoires : Liste d'adresses des diagnostiqueurs des polluants du bâtiment du FACH », le FACH indique par ailleurs ce qui suit :

« À l'adresse www.forum-amiante.ch, le Forum Amiante Suisse FACH gère une liste d'adresses des diagnostiqueurs amiante. Cette liste des

diagnostiqueurs amiante va être transférée dans une liste des diagnostiqueurs des polluants du bâtiment. Le diagnostic des polluants du bâtiment se caractérise par un domaine thématique plus étendu et englobe un plus grand nombre de polluants:

- diagnostic des polluants présents dans les déchets de chantier conformément à l'article 16 de l'ordonnance sur les déchets (OLED)
- protection des travailleurs conformément à la loi sur l'assurance-accidents (LAA)
- protection des utilisateurs, du voisinage et de l'environnement
- concept d'élimination conformément à l'article 16 de l'ordonnance sur les déchets (OLED) ».

Par conséquent, les diagnostiqueurs devront disposer d'un savoir spécialisé supplémentaire. Ce savoir spécialisé sera validé par un examen national (https://polludoc.ch/fr/Examen_National_Diagnostiqueurs). Il est recommandé de suivre une formation spécialisée de 6 à 8 jours dans le domaine du diagnostic des polluants du bâtiment pour réussir l'examen, mais le suivi de cette formation n'est pas exigé pour passer l'examen national ou pour figurer sur la liste du FACH. Cet examen sera organisé par l'entreprise Y._____ pour le compte du Fachverband Gebäudeschadstoffe FAGES et de l'Association Suisse des Consultants Amiante ASCA. Veuillez vous adresser à Y._____ pour toute question relative à l'organisation de l'examen national. Les diagnostiqueurs des polluants du bâtiment qui auront réussi l'examen national seront inscrits sur la liste du FACH avec un astérisque (*).

S'agissant dudit examen, le site du FACH renvoie pour le reste à un autre site internet : www.polludoc.ch. Selon les informations publiées sur le site précité, Polludoc est un projet piloté par le président de l'association ASCA et l'ex-président de l'association APPB et géré par un membre du comité de chaque association précitée. Il documente les bonnes pratiques en matière de détermination, d'élimination et d'assainissement des polluants du bâtiment, établies par les associations ASCA et APPB. S'agissant de l'examen national pour les diagnostiqueurs des polluants de construction, le site internet Polludoc explique qu'en raison de l'application de l'art. 16 de l'ordonnance sur la limitation et l'élimination des déchets (OLED ; RS 814.600), une extension des activités des diagnostiqueurs de l'amiante à tous les autres polluants de construction est nécessaire. Toujours selon ce

site internet, les diagnostiqueurs doivent réglementer plus clairement l'élimination des déchets dans leurs rapports. Il indique qu'afin d'assurer la qualité du diagnostic des polluants de construction, les associations APPB et ASCA, en collaboration avec le FACH, ont élaboré un concept de formation comprenant une formation de base, une formation spécialisée, de l'expérience et les formations continues. Dans le cadre du module « formation spécialisée », l'un des critères d'inscription pour la liste FACH repose sur la réussite d'une formation d'au moins 4 jours, proposée par différentes entreprises et institutions. Afin d'assurer la qualité de l'aspect « formation spécialisée », les associations ASCA et APPB, en collaboration avec le FACH, ont mis en place un examen pour les diagnostiqueurs des polluants de construction. Le site Polludoc affirme que depuis le 1^{er} janvier 2020, la réussite de l'examen est l'une des conditions impératives à l'inscription sur la liste des diagnostiqueurs du FACH. Les diagnostiqueurs des polluants de construction qui figurent déjà aujourd'hui sur la liste du FACH doivent également avoir réussi l'examen d'ici le 1^{er} janvier 2023 afin de pouvoir rester sur la liste. Les cantons ont la possibilité de proposer aux maîtres d'ouvrage et aux planificateurs de collaborer avec des diagnostiqueurs certifiés et inscrits sur cette liste.

Toujours selon le site internet Polludoc, pour être inscrit sur la liste du FACH (niveau I), un examen unique a été mis en place dans toute la Suisse afin de vérifier les connaissances nécessaires. Une formation de base technique ou scientifique est requise pour être admis à l'examen. La participation préalable à une formation spécifique sur les polluants de construction est recommandée, mais n'est pas une condition d'admission à l'examen. Les connaissances pertinentes peuvent également être acquises par l'expérience et l'auto-apprentissage. Si l'examen est réussi, combiné à une expérience professionnelle d'au moins deux ans, les spécialistes sont ajoutés à la liste FACH. Il est précisé que l'admission à l'examen se fait en soumettant une demande d'adhésion auprès d'une des deux associations professionnelles (ASCA ou APPB) ou directement via le FACH, auquel cas le site internet précise que la vérification se fait alors par la SUVA. Afin de maintenir l'accréditation, une formation continue régulière d'une demi-journée par an est exigée. Tous les diagnostiqueurs des polluants de construction qui figurent déjà sur la liste du FACH doivent également passer et réussir l'examen avant la fin de la période de transition. Le règlement d'examen et les contenus de base de l'examen ont été élaborés par la commission d'examen, composée d'un représentant de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) et de la Suva, ainsi que d'un représentant des

associations FAGES et ASCA (cf. < https://polludoc.ch/fr/Examen_National_Diagnostiqueurs >, consulté le 28.09.2021).

5.

5.1 Selon l'art. 178 al. 3 Cst, la loi peut confier des tâches de l'administration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale. L'art. 178 al. 3 Cst. est entre autres concrétisé sur le plan fédéral par l'art. 2 al. 4 LOGA (cf. ATF 136 II 399 consid. 2.2). Certaines activités effectuées par une organisation de droit privé peuvent certes poursuivre un but d'intérêt public, mais il ne s'ensuit toutefois pas nécessairement que dite organisation aurait été chargée par l'État d'exécuter une « tâche de l'administration » au sens de l'art. 178 al. 3 Cst. (cf. ATF 137 II 409 consid. 7.3.1). Une clause de délégation doit s'appuyer sur une base légale suffisante émanant du législateur au sens formel (cf. ATF 137 II 409 consid. 6.3 et réf. cit. ; arrêts du TAF B-273/2019 du 11 juin 2019 consid. 3.1.1 ; A-2761/2016 du 21 juillet 2016 consid. 2.4.3 ; ETIENNE POLTIER, in: Commentaire romand de la Constitution fédérale, 2021, art. 178 n° 53 ss ; GIOVANNI BIAGGINI, in: St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3ème éd. 2014, art. 178 n° 32 ss). À ce titre, il sied de rappeler que, dans le cadre de la révision de la Constitution fédérale, l'Assemblée fédérale avait, en suivant l'avis du Conseil fédéral, expressément rejeté la proposition visant à assouplir l'exigence de la réserve de la loi qui gouverne chaque cas concret d'externalisation de tâches de l'administration (cf. BO 1998 CN 147 ss ; BO 1998 CE 868). La loi peut, au moins pour ce qui est des tâches de moindre importance, « subdéléguer » au Conseil fédéral la compétence de décider d'une telle délégation (cf. JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, ad art. 178 p. 1358).

La délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration peut également comprendre implicitement le pouvoir décisionnel nécessaire à l'accomplissement desdites tâches, pour autant qu'une loi spéciale ne l'exclue pas (cf. ATF 138 II 134 consid. 5.1, 129 II 331 consid. 2.3.1 ; arrêts du TF 2C_715/2008 du 15 avril 2009 consid. 3.2 et 2C_348/2015 du 23 mai 2016 consid. 4.2 non publié in : ATF 143 II 37).

Afin de déterminer si la compétence de l'autorité intimée est donnée, et le cas échéant conforme aux exigences constitutionnelles, il y a lieu de déterminer si l'on a bien affaire à une tâche de l'administration au sens de l'art. 178 al. 3 Cst., s'il y a eu délégation de cette tâche comprenant le

pouvoir implicite de rendre des décisions administratives (cf. ATF 144 II 376 consid. 7.1) et si cette délégation repose sur une base légale formelle (cf. ATF 137 II 409 consid. 7, arrêt du TF 2C_39/2018 du 18 juin 2019 consid. 2.4 ; arrêts du TAF B-273/2019 consid. 3.2.1, A-3612/2019 du 29 juillet 2019 consid. 3.2 ; POLTIER, op. cit., art. 178 n° 44 ss et 53 ss). Une tâche de l'administration au sens de l'art. 178 al. 3 Cst. est une tâche qui appartient naturellement à celle-ci ou qui lui est confiée par la Constitution ou la loi (cf. arrêt B-273/2019 consid. 3.2.1, THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^e éd. 2018, p. 33).

5.2

5.2.1 En l'espèce, il est expédient d'examiner si la mise en place de l'examen national pour les diagnostiqueurs des polluants de construction et l'éventuelle compétence y relative de l'autorité intimée découle d'une délégation de compétence de la Confédération ou, en d'autres termes, si la loi a confié cette tâche à l'autorité intimée. L'art. 16 OLED, mentionné expressément dans la documentation relative à l'examen national rappelée plus haut, possède la teneur suivante depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (RO 2015 5699) :

« Art. 16 Informations requises concernant l'élimination de déchets de chantier

¹ Lors de travaux de construction, le maître d'ouvrage doit indiquer dans sa demande de permis de construire à l'autorité qui le délivre le type, la qualité et la quantité des déchets qui seront produits ainsi que les filières d'élimination prévues:

- a. si la quantité de déchets de chantier dépassera vraisemblablement 200 m³, ou
- b. s'il faut s'attendre à des déchets de chantier contenant des polluants dangereux pour l'environnement ou pour la santé, tels que des biphényles polychlorés (PCB), des hydrocarbures aromatiques polycycliques (HAP), du plomb ou de l'amiante.

² Si le maître d'ouvrage a établi un plan d'élimination selon l'al. 1, il doit fournir sur demande, après la fin des travaux, à l'autorité délivrant les permis de construire la preuve que les déchets produits ont été éliminés conformément aux consignes qu'elle a formulées ».

Il découle de cette disposition que les maîtres d'ouvrages se trouvent dans l'obligation d'indiquer dans leur demande de permis de construire s'il faut s'attendre à des déchets de chantier contenant des polluants dangereux. La liste de l'art. 16 al. 1 let. b OLED ne se limite pas à l'amiante et mentionne d'autres polluants de construction. Si l'on peut comprendre que, sur la base de cette disposition, le FACH et avec lui les associations ASCA et APPB ont jugé utile de mettre en place un examen national permettant de mettre à niveau les connaissances des entreprises actives dans ce secteur, il n'en demeure pas moins que l'art. 16 OLED ne contient aucune délégation de compétence relative à un tel examen ni ne mentionne le FACH ou les associations ASCA et APPB. Il ne fait donc aucun doute que cette disposition ne saurait être invoquée pour justifier une délégation de compétence au sens de l'art. 178 al. 3 Cst.

5.2.2 La recourante n'allègue aucune disposition légale qui contiendrait une telle délégation de compétence. Outre l'OLED, l'autorité intimée mentionne également l'ordonnance du 29 juin 2005 sur la sécurité et la protection de la santé des travailleurs dans les travaux de construction (OTConst ; RS 832.311.141). À juste titre, elle n'y voit pas non plus de délégation de compétence en sa faveur. Certes, l'art. 60b OTConst contient une délégation de compétence en faveur de la SUVA s'agissant de la reconnaissance des entreprises de désamiantage. Une telle reconnaissance ne constitue toutefois aucunement l'objet du présent recours de sorte que dite délégation n'a aucune influence sur son issue et ne saurait être examinée plus avant. Il en découle que la délégation de compétence invoquée par la recourante ne figure en réalité dans aucune base légale formelle si bien qu'une telle délégation peut se voir écartée d'emblée.

5.2.3 L'Office fédéral de l'environnement OFEV a récemment publié une aide à l'exécution de l'OLED (cf. < www.bafu.admin.ch/execution-oled >, consulté le 28.09.2021). Celle-là a été élaborée avec les cantons, les associations professionnelles du secteur privé ainsi que d'autres offices fédéraux. Elle se présente sous la forme de différents modules. Celui intitulé « Déchets de chantier » concrétise en particulier les art. 16, 17, 19 et 20 OLED (OFEV, Déchets de chantier, Berne, 2020 [disponible sous le site internet précité], p. 8). S'agissant des exigences relatives aux qualifications des spécialistes en diagnostic des polluants, l'OFEV indique dans ce contexte que lesdits diagnostics doivent être effectués par des spécialistes qui ont suivi des formations de base et des spécialisations appropriées, disposent de l'expérience nécessaire ainsi que de connaissances à jour et bénéficient d'une formation continue. Il ajoute que

les associations et organisations actives dans le secteur tiennent des listes de leurs membres et que ces listes, non exhaustives, peuvent être téléchargées sur les sites internet de ces organes et peuvent servir d'aide. Toujours selon le module de l'OFEV, les associations et organisations veillent à ce que les personnes et les entreprises répertoriées dans ces listes remplissent les critères d'admission. Cependant, elles restent seules responsables de la qualité du travail effectué. Le module de l'OFEV précité ne fait à aucun moment mention d'un examen national pour les diagnostiqueurs des polluants de construction. Cela confirme l'analyse effectuée plus avant et l'absence de délégation de compétence à l'autorité intimée à cet égard. En particulier, le module de l'OFEV énumère les associations et organisations actives dans ce secteur tout en indiquant que les listes tenues par ces entités ne s'avèrent pas exhaustives et servent d'aide. Compte tenu de ce caractère non exhaustif, l'inscription ou non sur une de ces listes n'apparaît pas liée à une autorisation officielle d'exercer ou non l'activité de diagnostiqueur des polluants. La mise en place d'un éventuel examen pour figurer sur une de ces listes répond certes à un intérêt d'ordre public, mais ne se révèle dès lors pas obligatoire pour travailler dans ce domaine ni découler d'une délégation de compétences de la Confédération au sens de l'art. 178 al. 3 Cst.

5.2.4 La recourante défend l'avis que la délégation de compétence provient du FACH et du fait qu'il soit géré par des entités officielles. Elle explique que la SUVA a confirmé être une des entités gérant ce forum et relève que l'interlocuteur représentant directement le FACH est un collaborateur de la SUVA. Elle explique que le FACH prévoit dans ses dispositions transitoires que le savoir des diagnostiqueurs d'amiante doit être validé par un examen national, organisé uniquement par les associations ASCA et APPB. Elle considère qu'au regard du problème de santé publique que représente l'amiante dans la société actuelle, il ne fait aucun doute de la volonté de la Confédération de déléguer aux associations ASCA et APPB, par le biais du FACH, le soin de réglementer la profession des diagnostiqueurs d'amiante. Elle relève que la commission d'examen est constituée de représentants d'organes de l'État et partant du FACH.

La recourante perd ici de vue que le FACH ne consiste pas en une autorité fédérale mais en une plate-forme d'informations relatives à l'amiante à laquelle participent certaines autorités fédérales. Cela ne revient toutefois pas à lui confier le statut d'autorité. Nonobstant, quand bien même cela serait, toute mesure de délégation se devrait de figurer dans une base légale formelle, laquelle fait totalement défaut en l'espèce comme cela a

été mis en évidence précédemment. Le fait que certaines autorités fédérales participent à ce forum démontre effectivement que le thème de l'amiante relève de l'intérêt public. Néanmoins, cette constatation sommaire ne suffit pas pour considérer qu'une délégation de tâches confiées à la Confédération pourrait être décidée purement et simplement par un tel forum sans être ancrée dans une base légale.

5.2.5 La requérante se réfère à une communication adressée par l'organisation Polludoc aux membres des associations ASCA et APPB et aux représentants des autorités ; elle en infère comme démontré clairement une délégation de compétences à l'autorité intimée. Or, dans cette communication, Polludoc fait notamment état de la publication du module de l'OFEV précité relatif aux déchets de chantier. Les associations ASCA et APPB y remercient toutes les personnes et organisations impliquées dans Polludoc, en particulier les autorités cantonales et fédérales pour leur financement et leurs contributions, de même que les différents experts. La requérante y voit un signe d'admission par les associations ASCA et APPB du caractère délégué de leurs activités relevant de la santé publique en accomplissant des tâches de droit public. Elle en veut d'ailleurs pour preuve que l'autorité s'implique directement auprès de ces organisations en les finançant et en y déléguant des fonctionnaires fédéraux en qualité d'experts. Toutefois, ces épiphénomènes ne modifient en rien l'analyse développée précédemment et l'absence de toute délégation formelle de compétences en la matière. À cet égard, c'est le lieu de rappeler que certaines activités effectuées par une organisation de droit privé peuvent poursuivre un but d'intérêt public sans avoir pour autant été chargées par l'État d'une tâche de l'administration au sens de l'art. 178 al. 3 Cst. (cf. ATF 137 II 409 précité consid. 7.3.1). Le grief de la requérante ne lui est donc d'aucun secours dans ce contexte.

5.3 Il découle de l'ensemble de ce qui précède que les relations entre la requérante et l'autorité intimée s'avèrent soumises au droit privé, celle-ci n'ayant pas statué dans l'accomplissement de tâches de droit public que la Confédération lui aurait confié. Par conséquent, on ne saurait la qualifier d'autorité précédente au sens de l'art. 33 let. h LTAF en relation avec l'art. 1 al. 2 let. e PA faute de base légale suffisante. À ce défaut, force est donc de constater que l'acte attaqué ne remplit pas l'un des éléments constitutifs essentiels de l'art. 5 PA et que la présente cause se trouve dès lors dénuée d'objet du recours. Le recours doit donc être déclaré irrecevable (art. 31 LTAF).

6.

6.1

Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1, 1ère phrase FITAF). Le recours étant déclaré irrecevable, la recourante succombe dans la totalité de ses conclusions. En conséquence, les frais de procédure, réduits en l'espèce sur le vu de l'issue de la procédure, sont fixés à 1'000 francs et mis à la charge de la recourante. Ils sont compensés par l'avance de frais de 1'500 francs déjà versée. Le solde de l'avance de frais sera restitué à la recourante.

6.2 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF) lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au Tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le Tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF).

En l'espèce, l'autorité intimée, laquelle ne se qualifie pas d'autorité au sens de l'art. 7 al. 3 FITAF, obtient gain de cause et se trouve représentée par un avocat, dûment mandaté par procuration. Elle a donc droit à une indemnité de dépens. Celle-ci doit être réduite compte tenu de la limitation de l'échange d'écritures à la question de la recevabilité du recours et par le fait que des écritures similaires ont été produites dans une affaire connexe (B-2591/2020). Le mandataire de l'autorité intimée n'a fait parvenir aucune note d'honoraires au Tribunal. Dans ces circonstances et sur le vu de l'ensemble des éléments du dossier, de l'importance et du degré de complexité de la cause, du travail nécessaire à la défense des intérêts de l'autorité intimée – la rédaction d'observations sur un total d'une

dizaine de pages aérées et du tarif applicable in casu, l'indemnité de dépens réduite (comprenant les frais de représentation et les autres frais au sens des art. 8 et 9 al. 1 FITAF) est fixée à un montant ex aequo et bono de 1'000 francs (TVA comprise) et mise à la charge de la recourante.

7.

La voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral n'est pas ouverte à l'encontre des décisions sur le résultat d'examens ou d'autres évaluations des capacités, notamment en matière de scolarité obligatoire, de formation ultérieure ou d'exercice d'une profession (art. 83 let. t LTF). Le motif d'irrecevabilité contenu dans cette disposition ne se réfère qu'aux décisions sur le résultat d'examens et d'autres évaluations des aptitudes et des capacités intellectuelles ou physiques des candidats. En revanche, les décisions en lien avec un examen qui ne concernent que la procédure d'examen, en particulier les aspects organisationnels et procéduraux, ne tombent pas sous le coup de la clause d'irrecevabilité (cf. arrêt du TF 2C_769/2019 du 27 juillet 2020 consid. 1.2).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est irrecevable.

2.

Les frais de procédure de 1'000 francs sont mis à la charge de la recourante. Ce montant sera prélevé sur l'avance de frais de 1'500 francs déjà versée par la recourante et le solde lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Un montant de 1'000 francs est alloué à l'autorité intimée à titre de dépens et mis à la charge de la recourante.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire ; annexe : formulaire « adresse de paiement ») ;
- à l'autorité intimée (acte judiciaire).

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

Le greffier :

Jean-Luc Baechler

Pascal Bovey

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle concerne la procédure d'examen en elle-même et qu'elle n'est pas directement liée à un résultat d'examens et d'autres évaluations des capacités (art. 83 let. t LTF), la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 8 octobre 2021