



Arrêt du 1^{er} février 2019

Composition

Pietro Angeli-Busi (président du collège),
Ronald Flury, Eva Schneeberger, juges,
Yann Grandjean, greffier.

Parties

X. _____,
représentée par Maître Eva Bolomey, avocate,
recourante,

contre

**Secrétariat d'Etat à la formation,
à la recherche et à l'innovation SEFRI,**
autorité inférieure,

**Organisation du monde du travail de la Médecine
Alternative,**

représentée par Maître Elias Moussa, avocat,
première instance.

Objet

Annulation de la nomination d'expert.

Faits :**A.**

Par un courriel du 7 novembre 2017, l'Organisation du monde du travail de la Médecine Alternative OrTra MA (ci-après : la première instance) a informé X. _____ (ci-après : l'intéressée ou la recourante) qu'elle avait décidé de la nommer en tant qu'experte aux examens professionnels supérieurs de naturopathe. Il était encore précisé les examens que l'intéressée devait passer pour exercer en tant qu'experte.

B.

Par lettre du 21 février 2018, la première instance a informé l'intéressée qu'après un examen approfondi de son dossier et des retours qu'elle avait obtenus, elle annulait sa nomination en tant qu'experte aux examens.

C.

Par acte du 20 avril 2018, l'intéressée a déposé un recours interne contre l'annulation de sa nomination auprès du comité de la première instance. Elle se plaint notamment de ne pas avoir été informée des motifs de cette annulation.

D.

Par acte du 3 mai 2018, la première instance, par la signature de son président, a informé l'intéressée qu'elle confirmait l'annulation de sa nomination en tant qu'experte et le refus de communiquer les motifs de cette annulation. La première instance précise également qu'à son avis ne donne pas lieu à une décision soumise au droit public, de sorte qu'un recours ne serait pas possible.

E.

Par acte du 31 mai 2018, l'intéressé a déposé un recours contre cet acte qu'elle a qualifié elle-même de décision auprès du Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI (ci-après : l'autorité inférieure). Elle se plaint en particulier de ne pas avoir reçu une décision indiquant les motifs de l'annulation de sa nomination.

F.

Par décision sur recours du 28 juin 2018, l'autorité inférieure a déclaré ledit recours irrecevable au motif que la première instance et ses organes ne seraient pas compétents pour prendre des décisions au sens de la procédure administrative en matière d'engagement ou de nomination des experts.

G.

Par acte du 25 juillet 2018, l'intéressée a déposé un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou le TAF). Elle conclut à l'admission du recours, à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause devant l'autorité inférieure pour qu'elle statue au fond, avec suite de frais et de dépens.

H.

H.a Par courrier du 18 septembre 2018, la première instance a renoncé à se déterminer sur le recours du 25 juillet 2018.

H.b Par réponse du 19 septembre 2018, l'autorité inférieure a réitéré ses arguments et conclu au rejet du recours.

I.

I.a Par ordonnance du 28 novembre 2018, le Tribunal a invité les parties, dans le respect de leur droit d'être entendues, à prendre position sur l'ATF 142 II 154 consid. 5.2 *in fine* et son application au cas d'espèce.

I.b L'autorité inférieure a conclu, en date du 13 décembre 2018, que l'arrêt précité confirmait sa décision d'irrecevabilité.

I.c Le 14 janvier 2019, la recourante a conclu au contraire que l'arrêt précité ne s'appliquait pas à sa cause, au motif qu'elle n'avait conclu aucun contrat de travail avec la première instance.

I.d La première instance a renoncé à se déterminer en date du 14 janvier 2019.

Les autres éléments du dossier et les arguments avancés par les parties au cours de la procédure seront repris plus loin dans la mesure nécessaire.

Droit :**1.**

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

1.2 Sous réserve des exceptions, non réalisées en l'espèce, prévues à l'art. 32 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal connaît, en vertu de l'art. 31 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA, prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF.

L'acte attaqué constitue une décision sur recours au sens des art. 5 al. 2 et 61 PA émanant d'une unité de l'administration fédérale au sens de l'art. 33 let. d LTAF. Le Tribunal est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

1.3 La requérante est spécialement atteinte par l'acte attaqué et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 PA).

1.4 Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme, au contenu du mémoire de recours et au versement d'une avance sur les frais de procédure présumés (art. 11, 50, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont respectées.

1.5 Le recours est ainsi recevable.

2.

2.1 Lorsque le recours porte, comme en l'espèce, sur une décision d'irrecevabilité, l'objet du litige est limité à la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité inférieure n'est pas entrée en matière. S'il admet le recours, le Tribunal annule la décision et renvoie le dossier à l'autorité inférieure pour qu'elle entre en matière et se prononce sur le fond de l'affaire (ATF 138 III 46 consid. 1.2 ; WEISSENBARGER/HIRZEL, in : Praxiskommentar VwVG, 2^e éd. 2016, art. 61 PA n° 19).

2.2 Le Tribunal se limitera donc à examiner si, en l'espèce, l'autorité inférieure était fondée à déclarer irrecevable le recours du 31 mai 2018 contre l'acte du 3 mai 2018 de la première instance confirmant à la requérante l'annulation de sa nomination en tant qu'experte.

3.

Il n'est pas contesté que l'autorité inférieure est en soi compétente pour traiter des recours contre les décisions rendues par la première instance (art. 61 al. 1 let. b de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle [LFPr, RS 412.10]).

4.

Les parties se divisent en revanche sur la question de savoir si l'acte du 3 mai 2018 de la première instance confirmant à la recourante l'annulation de sa nomination en tant qu'experte doit être qualifié de décision au sens de l'art. 5 PA.

5.

Pour trancher cette question, il faut savoir si les relations juridiques entre la première instance et ses experts sont fondées sur le droit public ou relèvent au contraire du droit privé.

5.1 En effet, selon l'art. 5 al. 1 PA, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, *fondées sur le droit public fédéral* et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a ; mise en évidence ajoutée), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b) ou de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c).

5.2 Or, selon le Tribunal fédéral, si une tâche étatique est transférée à une personne morale de droit privé, celle-ci reste régie par le droit privé, alors même qu'elle exercerait des tâches publiques. Son personnel est donc régi par le droit privé. Il en est de même lorsqu'une tâche étatique est transférée à une entité de droit privé créée dans ce but (ATF 142 II 154 consid. 5.2 *in fine* et les références citées ; arrêt du TF 2P.217/2003 du 22 octobre 2003 consid. 2.3 et les références citées ; VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, Les obstacles à la privatisation de la fonction publique, in : Dunand/Mahon/Perrenoud [édit.], Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins, 2016, p. 259 ss, 266).

5.3 Dans le même esprit, l'art. 2 al. 2 let. d de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1) exclut de son champ d'application personnel les organisations et les personnes de droit public ou de droit privé extérieures à l'administration fédérale auxquelles sont confiées des tâches administratives, à l'image de la première instance (consid. 6.3).

6.

6.1 Selon l'art. 63 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), la Confédération légifère sur la formation professionnelle (al. 1). Elle encourage la diversité et la perméabilité de l'offre dans ce domaine (al. 2).

Selon l'art. 28 al. 2 LFPr, les organisations du monde du travail compétentes – à l'image de la première instance – définissent les conditions d'admission, le niveau exigé, les procédures de qualification, les certificats délivrés et les titres décernés (...). Leurs prescriptions sont soumises à l'approbation de l'autorité inférieure.

Le Règlement de l'examen professionnel supérieur de naturopathe du 28 avril 2015 (état au 11 décembre 2017 ; ci-après : le Règlement), adopté par la première instance, a été approuvé par l'autorité inférieure le 11 décembre 2017. L'art. 2.21 let. g) de ce Règlement dispose que la commission d'assurance qualité CoAQ MA, parmi ses différentes attributions, nomme et engage les experts et les forme pour accomplir leurs tâches.

6.2 Ainsi, le système des examens professionnels fédéraux supérieurs repose sur une délégation de tâches de l'administration à des entités privées au sens de l'art. 178 al. 3 Cst. (art. 1, 28 al. 2 et 67 LFPr ; ATF 137 II 409 consid. 7.4.2 et les références citées ; message du 6 septembre 2000 relatif à une nouvelle loi sur la formation professionnelle, FF 2000 p. 5256 ss, 5302 s.).

6.3 En l'espèce, la première instance est une association au sens des art. 60 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210 ; art. 1.1 de ses statuts du 28 mars 2008). Elle est délégataire de tâches publiques s'agissant des examens professionnels supérieurs de naturopathe (consid. 6.1 *in fine* et 6.2). Ses experts, dès lors qu'ils sont nommés et engagés par elle (consid. 6.1 *in fine*), font partie de son personnel. Bien plus, ces experts sont au cœur de la tâche étatique déléguée, car ce sont eux qui évaluent les prestations des candidats à l'examen professionnel supérieur en question. Selon la jurisprudence claire du Tribunal fédéral, ce personnel est régi par le droit privé (consid. 5.2). Il ne suffit pas à la recourante de prétendre, comme elle le fait, n'avoir jamais conclu de contrat de travail au sens du droit des obligations pour échapper au droit privé et bénéficier d'un régime de droit public.

6.4 Le Tribunal en conclut que l'acte du 3 mai 2018 de la première instance confirmant à la recourante l'annulation de sa nomination en tant qu'experte n'est pas une décision au sens de l'art. 5 PA, car elle relève du droit privé et non du droit public (consid. 6.3). L'autorité inférieure n'est donc pas compétente pour examiner un recours à son sujet (consid. 3). Ce contentieux relève plutôt des tribunaux civils (ATAF 2016/26 consid. 3.4.3).

7.

Il ressort de ce qui précède que c'est à bon droit que l'autorité inférieure a déclaré irrecevable le recours déposé le 31 mai 2018 contre l'acte du 3 mai 2018 de la première instance confirmant à la recourante l'annulation de sa nomination en tant qu'experte. Le présent recours doit donc être rejeté et la décision sur recours confirmée.

8.

8.1 Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe entièrement (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 TAF [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 1^{ère} phrase et 4 FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à 1'000 francs. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant déjà versée par la recourante.

8.2 Compte tenu de l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*). Quant à l'autorité inférieure et à la première instance, elles n'y ont en toute hypothèse pas droit (art. 7 al. 3 FITAF ; arrêt du TAF B-1076/2012 du 21 mars 2013 consid. 9.3).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté et la décision sur recours est confirmée.

2.

Les frais de procédure sont fixés à 1'000 francs et mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais du même montant déjà versée dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire) ;
- à la première instance (acte judiciaire) ;
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (acte judiciaire).

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

Le président du collège :

Le greffier :

Pietro Angeli-Busi

Yann Grandjean

Indication des voies de droit :

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 (art. 82 ss, 90 ss et 100 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 : 5 février 2019