

**29**

Extrait de l'arrêt de la Cour II  
dans la cause A. contre  
Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation  
B-5374/2015 du 23 mai 2016

**Obtention a posteriori d'un titre d'une haute école spécialisée. Délégation législative et contrôle préjudiciel d'une ordonnance de substitution.**

**Art. 78 anc. al. 2 LEHE. Art. 9 aO-LEHE. Art. 1 al. 4 let. b OPT-HES.**

1. **Cadre légal et portée de l'OPT-HES (consid. 3–4.3).**
2. **Contrôle préjudiciel de l'OPT-HES, en particulier de son art. 1 al. 4 let. b; la délégation législative sur la base de laquelle cette disposition a été adoptée est valable (consid. 4.4 et 4.5).**

**Nachträglicher Erwerb eines Fachhochschultitels. Gesetzesdelegation und vorfrageweise Prüfung einer gesetzesvertretenden Verordnung.**

**Art. 78 aAbs. 2 HFKG. Art. 9 aV-HFKG. Art. 1 Abs. 4 Bst. b NTE-FH.**

1. **Gesetzlicher Rahmen und Tragweite der NTE-FH (E. 3–4.3).**
2. **Vorfrageweise Prüfung der NTE-FH, insbesondere ihres Art. 1 Abs. 4 Bst. b; die Gesetzesdelegation, gestützt auf welche diese Bestimmung erlassen wurde, ist zulässig (E. 4.4 und 4.5).**

**Ottenimento a posteriori del titolo di una scuola universitaria professionale. Delega legislativa e controllo pregiudiziale di un'ordinanza sostitutiva.**

**Art. 78 vcpv. 2 LPSU. Art. 9 vO-LPSU. Art. 1 cpv. 4 lett. b ORT-SUP.**

1. **Ambito legale e portata dell'ORT-SUP (consid. 3–4.3).**

**2. Controllo pregiudiziale dell'ORT-SUP, in particolare dell'art. 1 cpv. 4 lett. b; la delega legislativa su cui si fonda tale disposizione è valida (consid. 4.4 e 4.5).**

Le 12 février 2015, le Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation (SEFRI) a été saisi par A. d'une demande d'obtention a posteriori d'un titre d'une haute école spécialisée dans la filière « soins infirmiers ». A l'appui de cette demande, A. a produit divers titres, dont un certificat de l'Association suisse des infirmiers et infirmières (ASI) d'infirmier-anesthésiste et un certificat d'enseignant assistant, ainsi que deux certificats de travail et une attestation de travail confirmant l'expérience professionnelle acquise.

Par décision du 2 juillet 2015, le SEFRI a rejeté ladite demande. Rappelant le contenu de l'art. 1 al. 4 de l'ordonnance du DEFR du 4 juillet 2000 sur l'obtention a posteriori du titre d'une haute école spécialisée (RS 414.711.5, ci-après: OPT-HES), il a retenu que, si la condition prévue à la let. a de cette disposition était remplie, celle fixée à la let. b ne l'était pas, compte tenu du fait que ni le certificat ASI d'infirmier-anesthésiste ni le certificat d'enseignant assistant ne figurait dans la liste des formations ou diplômes complémentaires visés aux ch. 1 à 15 de cette dernière lettre. Pour le reste, il a relevé que les conditions prévues aux let. c et d de l'art. 1 al. 4 OPT-HES n'avaient pas à être examinées plus avant.

Le 3 septembre 2015, A. a interjeté recours contre cette décision, concluant à son annulation ainsi qu'à l'obtention a posteriori du titre HES en soins infirmiers. Il conteste en substance l'interprétation faite par le SEFRI de l'art. 1 al. 4 let. b OPT-HES. Il la qualifie de restrictive et d'arbitraire dans son résultat, l'approche défendue ayant pour effet de priver de nombreux professionnels de la possibilité de compléter leur formation en soins infirmiers et d'obtenir une équivalence avec le titre HES en soins infirmiers. Par ailleurs, il fait valoir une inégalité de traitement entre les formations en soins infirmiers et les autres formations HES du domaine de la santé (art. 1 al. 3 OPT-HES) – notamment les sages-femmes, les physiothérapeutes et les ergothérapeutes –, pour lesquelles le SEFRI applique des listes positives, non exhaustives, élaborées avec la collaboration des associations professionnelles concernées.

Dans sa réponse du 16 novembre 2015, le SEFRI a proposé le rejet du recours.

Le Tribunal administratif fédéral rejette le recours.

[Le Tribunal fédéral a confirmé cette décision par arrêt du 25 janvier 2017 (2C\_604/2016).]

*Extrait des considérants:*

**3.** Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015, sous réserve de certaines dispositions qui n'entreront en vigueur qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2017 (art. 81 al. 3 de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles du 30 septembre 2011 [LEHE, RS 414.20]), la LEHE a abrogé la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les hautes écoles spécialisées (LHES, RO 1996 2588), sous réserve de certaines dispositions de celle-ci qui demeurent applicables pour l'heure (art. 71, art. 80 let. b et annexe LEHE et art. 8 let. b de l'ordonnance du 12 novembre 2014 relative à la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles [aO-LEHE, RO 2014 4137]); de même, à cette date, l'aO-LEHE est entrée en vigueur, abrogeant l'ordonnance sur les hautes écoles spécialisées du 11 septembre 1996 (OHES, RO 1996 2598), sous réserve de quelques dispositions de celle-ci qui ont effet jusqu'au 31 décembre 2016 (soit en particulier l'art. 26 et les dispositions transitoires A et B OHES, au regard des art. 19 al. 1 ch. 2, art. 20 let. b et art. 21 al. 1 aO-LEHE).

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. arrêt du TF 2C\_736/2010 du 23 février 2012 consid. 5.2 et réf. cit.), il y a lieu d'appliquer la LEHE et l'aO-LEHE, en vigueur au moment de la décision du 12 juillet 2015.

Aux termes de l'art. 67 LEHE – entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015 –, le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution dans la mesure où l'exécution de ladite loi relève de sa compétence. Cette disposition lui confère des compétences « exécutives » notamment en ce qui concerne la conversion des titres décernés selon l'ancien droit en titres des HES et la mise en œuvre des dispositions transitoires (cf. Message du 29 mai 2009 relatif à la loi fédérale sur l'aide aux hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles [LAHE], FF 2009 4067, 4172 art. 67 [ci-après: Message LEHE]). Par ailleurs, selon l'art. 78 anc. al. 2 LEHE (RO 2014 4103) – disposition transitoire entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015 –, le Conseil fédéral règle les modalités du changement de statut des écoles supérieures reconnues en hautes écoles spécialisées ainsi que le port des titres décernés selon l'ancien droit, veillant, le cas échéant, à leur conversion. Cette disposition constitue la base légale pour le maintien de

la réglementation concernant l'obtention a posteriori d'un titre HES pour les titulaires de diplômes d'écoles supérieures décernés selon l'ancien droit (cf. Message LEHE, FF 2009 4067, 4177 art. 78 et la note de bas de page renvoyant, à cet égard, à l'art. 26 OHES ainsi qu'à l'OPT-HES).

En exécution de ces dispositions, le Conseil fédéral a arrêté l'aO-LEHE, dont l'art. 9 – entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015 – prévoit, en référence à l'art. 78 anc. al. 2 LEHE, que le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) règle les modalités du changement de statut des écoles supérieures reconnues en HES (al. 1) ainsi que le port des titres décernés par les anciennes écoles supérieures visées à l'al. 1, fixant notamment les conditions et la procédure pour convertir les titres décernés selon l'ancien droit en titres des hautes écoles spécialisées (al. 2).

Sur la base de cette disposition, le DEFR a arrêté la modification du 4 décembre 2014 de l'OPT-HES (RO 2014 4481, ci-après: modification de l'OPT-HES) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015, ayant en particulier modifié l'al. 3, phrase introductive de l'art. 1 et introduit l'al. 4 dudit article, dont la teneur est la suivante:

« Un titre HES de la filière « Soins infirmiers » du domaine d'études Santé peut être décerné aux personnes:

a. qui sont titulaires d'un des diplômes CRS suivants:

1. « infirmière »/« infirmier »,
2. « soins infirmiers, niveau II »,
3. « infirmière/infirmier en soins généraux »,
4. « infirmière/infirmier en psychiatrie »,
5. « infirmière/infirmier en hygiène maternelle et en pédiatrie »,
6. « infirmière/infirmier en soins communautaires »,
7. « infirmière/infirmier en soins intégrés »;

b. qui ont suivi une des formations complémentaires suivantes ou sont titulaires d'un des diplômes complémentaires suivants:

1. « Höhere Fachausbildung Pflege Stufe II » (HöFa II) du SBK Bildungszentrum (BIZ), de la Kaderschule für die Krankenpflege Aarau ou du Weiterbildungszentrum Gesundheitsberufe (WE'G),
2. « Certificat d'infirmière clinicienne/infirmier clinicien II » de l'Ecole supérieure d'enseignement infirmier (ESEI),

3. « Diploma CRS indirizzo clinico » de la Scuola superiore per le formazioni sanitarie,
  4. « Höhere Fachausbildung Pflege Stufe I » (HöFa I) reconnue par l'Association suisse des infirmiers et infirmières (ASI),
  5. « Höhere Fachausbildung Pflege Stufe I » de la Kaderschule für die Krankenpflege Aarau, du WE'G ou de Careum Weiterbildung,
  6. « Höhere Fachausbildung für Gesundheitsberufe, Stufe I (HFG) mit Schwerpunkt Pflege » du WE'G,
  7. « Certificat d'infirmière clinicienne/infirmier clinicien I » de l'ESEI,
  8. « infirmière/infirmier en santé publique » reconnu par la CRS,
  9. « Certificat d'Etudes Approfondies, Option Clinique » de l'Institut romand pour les sciences et les pratiques de la santé et du social (IRSP) ou de l'ESEI,
  10. « Certificato CRS indirizzo clinico » de la Scuola superiore per le formazioni sanitarie,
  11. « WE'G-Zertifikat NDK Pflege » avec domaines de spécialisation,
  12. « Nachdiplomkurs Pflege » avec domaines de spécialisation de Careum Weiterbildung,
  13. « Diplom Careum Weiterbildung Mütter- und Väterberaterin »,
  14. « WE'G-Diplom Mütterberaterin »,
  15. « Certificat Le Bon Secours en Soins à la personne âgée et soins palliatifs »;
- c. qui peuvent justifier d'une pratique professionnelle reconnue de deux ans au minimum (art. 2, al. 2);
- d. qui ont suivi un cours postgrade de niveau universitaire dans le domaine d'études Santé ou qui peuvent justifier d'une autre formation continue équivalente (art. 3, al. 2), s'ils ne sont pas titulaires d'un des diplômes visés à la let. b, ch. 1 à 3. »

4. Si A. ne remet pas explicitement en cause la délégation législative sur la base de laquelle la modification de l'OPT-HES – qui a conduit à la version du 1<sup>er</sup> janvier 2015 de cette dernière et qui porte en particulier sur la disposition incriminée – a été adoptée, il sied toutefois d'en examiner au

préalable la validité, dès lors que celle-ci peut avoir une influence sur la portée des griefs soulevés.

**4.1** Les ordonnances du Conseil fédéral sont habituellement classées en plusieurs catégories. Il existe d'abord une distinction entre les ordonnances indépendantes et les ordonnances dépendantes, les premières étant basées directement sur la Cst. – qui autorise, expressément ou implicitement, le Conseil fédéral à adopter un certain nombre d'ordonnances – et les secondes l'étant sur un acte infra-constitutionnel (cf. arrêts du TAF A-5414/2012 du 19 juin 2014 consid. 2.3.1 et A-2032/2013 du 27 août 2014 consid. 2.3.1 et réf. cit.). Par ailleurs, il y a lieu de distinguer entre les ordonnances d'exécution et celles de substitution, même si les ordonnances présentent le plus souvent un contenu mixte, constitué à la fois de simples règles d'exécution et de règles dites primaires (cf. ATAF 2009/6 consid. 5.1 et réf. cit.). Ainsi, en substance, si les ordonnances d'exécution concrétisent la loi pour en faciliter la mise en œuvre, celles de substitution introduisent des règles dites primaires, soit des règles qui la complètent, étendant ou restreignant son champ d'application ainsi que conférant des droits aux particuliers ou leur imposant des obligations dont elle ne fait pas mention (cf. ATAF 2009/6 consid. 5.1.2; arrêts A-5414/2012 consid. 2.3.2.2 et A-2032/2013 consid. 2.3.2.2 et réf. cit.; DUBEY/ZUFFEREY, *Droit administratif général*, 2014, p. 112 n° 308).

L'art. 164 al. 1 Cst. – qui met en œuvre le principe de la légalité consacré à l'art. 5 al. 1 Cst. – exige que toutes les dispositions importantes – à savoir celles qui touchent de manière sensible la situation juridique du justiciable et qui fixent des règles de droit, notamment les restrictions des droits constitutionnels et les principales dispositions fondant les droits et les obligations des personnes (let. a à g) – soient édictées sous forme d'une loi formelle (cf. notamment ATF 133 II 331 consid. 7.2; 131 II 13 consid. 6.3; ATAF 2009/6 consid. 5.1.2; arrêts A-5414/2012 consid. 2.3.2.2 et A-2032/2013 consid. 2.3.2.2 et réf. cit.). En vertu de l'art. 164 al. 2 Cst., une loi fédérale peut toutefois prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit; aussi, si le Conseil fédéral tient la compétence d'édicter des ordonnances d'exécution directement de l'art. 182 al. 2 Cst., il faut, pour qu'une ordonnance puisse contenir des règles dites primaires, que le législateur ait délégué le pouvoir de les adopter (cf. ATAF 2009/6 consid. 5.1.2; arrêts A-5414/2012 consid. 2.3.2.2 et A-2032/2013 consid. 2.3.2.2 et réf. cit.; ATF 131 II 13 consid. 6.3; WYTTENBACH/WYSS, in: *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, 2015, art. 164 n° 4 p. 2452 s.; DUBEY/ZUFFEREY, *op. cit.*, p. 112 n° 309; PIERRE TSCHANNEN,

in: St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3<sup>e</sup> éd. 2014, art. 164 n<sup>o</sup> 6 p. 2682). Ainsi, lorsqu'une ordonnance ne repose pas sur une délégation législative suffisante, elle n'est pas conforme à la loi et viole donc le principe de la légalité; l'auteur de l'ordonnance a alors sous-estimé l'importance de la norme qu'il a adoptée (cf. PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, Droit administratif, 2<sup>e</sup> éd. 2013, p. 55 n<sup>o</sup> 220).

Dans ce sens, l'art. 164 al. 2 Cst. concrétise le principe de la délégation de compétences législatives au niveau fédéral (cf. WYTTENBACH/WYSS, op. cit., art. 164 n<sup>o</sup> 37 p. 2465). Une telle délégation est soumise, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, au respect de quatre conditions ayant elles-mêmes valeur constitutionnelle; de manière générale, elle doit: ne pas être exclue par la Cst. et figurer dans une loi formelle fédérale (art. 164 al. 2 Cst.), se limiter à une matière déterminée et bien délimitée ainsi qu'énoncer elle-même les points essentiels sur lesquels doit porter la matière à réglementer (cf. ATF 140 I 218 consid. 6.5; 134 I 322 consid. 2.4; 132 I 7 consid. 2.2, traduit in: JdT 2007 I p. 678; 128 I 113 consid. 3c; 118 Ia 245 consid. 3b, traduit in: SJ 1993 p. 76; arrêts A-5414/2012 consid. 2.4.1 et A-2032/2013 consid. 2.4.1; WYTTENBACH/WYSS, op. cit., art. 164 n<sup>o</sup> 50 ss p. 2470 s.; DUBEY/ZUFFEREY, op. cit., p. 187 s. n<sup>o</sup> 536; TSCHANNEN, op. cit., art. 164 n<sup>o</sup> 35 p. 2690 s.; PIERRE MOOR et al., Droit administratif, vol. I, 3<sup>e</sup> éd. 2012, p. 255 s.). S'agissant de cette dernière condition, le degré de précision de la loi – soit la densité normative (cf. notamment PASCAL MAHON, Droit constitutionnel, vol. II, 3<sup>e</sup> éd. 2015, p. 57 s. n<sup>o</sup> 33, ci-après: MAHON, vol. II) – dépend de différents facteurs. La clause de délégation peut être d'autant moins définie que sont grandes, notamment: la diversité des états de fait appréhendés par les règles en cause, la complexité et la technicité de la matière, l'imprévisibilité des cas d'application, les exigences liées à la coordination d'autres mesures; en revanche, elle devra être d'autant plus précise que l'intensité de l'atteinte aux droits des particuliers ou l'importance politique de la mesure à prendre sont fortes (cf. ATF 131 II 13 consid. 6.5.1; MOOR et al., op. cit., p. 256).

**4.2** Le contrôle préjudiciel des ordonnances de substitution – en particulier – comporte trois phases: l'examen des conditions de la délégation législative sur la base de laquelle ces dernières sont arrêtées, celui de leur légalité et celui de leur constitutionnalité (cf. DUBEY/ZUFFEREY, op. cit., p. 189 s. n<sup>o</sup> 538; ANDREAS AUER et al., Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3<sup>e</sup> éd. 2013, p. 673 n<sup>o</sup> 1981).

S'agissant du contrôle de l'admissibilité de la délégation législative au niveau fédéral, la particularité réside dans le fait que la loi fédérale dans laquelle figure ladite délégation doit être appliquée dans tous les cas par le Tribunal administratif fédéral, conformément à l'art. 190 Cst. prévoyant le principe de l'immunité (cf. PASCAL MAHON, *Droit constitutionnel*, vol. I, 3<sup>e</sup> éd. 2014, p. 289 n° 234, ci-après: MAHON, vol. I; AUER et al., *op. cit.*, p. 673 n° 1982). S'il n'est pas légitimé à sanctionner l'éventuelle inconstitutionnalité de ladite loi fédérale, il peut, le cas échéant, la constater; cela étant, il doit l'appliquer en privilégiant une interprétation conforme à la Cst., si les méthodes d'interprétation reconnues laissent subsister un doute sur leur sens ou leur portée (cf. arrêt du TF 2C\_49/2010 du 8 octobre 2010 consid. 4.1). Dans ces conditions, habilité à examiner, à titre préjudiciel, dans un cas concret si le législateur fédéral a respecté les conditions de la délégation (cf. arrêt 2C\_49/2010 consid. 4.1; arrêt du TAF A-3479/2012 du 8 janvier 2013 consid. 2.4), le Tribunal administratif fédéral est cependant tenu d'appliquer la clause de délégation, même s'il devait constater que tel n'a pas été le cas (cf. MAHON, vol. I, *op. cit.*, p. 287 n° 233; AUER et al., *op. cit.*, p. 674 n° 1983).

En ce qui concerne l'examen de la conformité de l'ordonnance de substitution – soit le contrôle de sa légalité et de sa constitutionnalité –, le Tribunal administratif fédéral vérifie si celle-là reste dans le cadre et dans les limites de la délégation législative, si nécessaire par interprétation de la loi fédérale; lorsque la délégation est relativement imprécise et donne, par là-même, un large pouvoir d'appréciation au délégataire, il doit se limiter, en vertu du principe de l'immunité des lois fédérales, à examiner si les dispositions concernées de l'ordonnance sortent de manière évidente du cadre de la délégation de compétences donnée par le législateur à l'autorité exécutive ou si, pour d'autres raisons, elles sont contraires à la loi ou à la Cst. (cf. notamment ATF 137 III 217 consid. 2.3 et jurisprudence citée, traduit in: JdT 2012 II p. 311; 136 I 197 consid. 4.2; 131 V 9 consid. 3.4.1; 130 I 26 consid. 5.1, traduit in: JdT 2005 I p. 143; 129 II 249 consid. 5.4, traduit in: JdT 2005 I p. 359; 125 V 21 consid. 6a; 120 Ib 97 consid. 3a; MAHON, vol. I, *op. cit.*, p. 329 s. n° 267). Ne pouvant pas substituer sa propre appréciation à celle du délégataire, il doit uniquement vérifier, lors de cet examen, si les dispositions visées sont propres à réaliser objectivement le but de la loi fédérale, sans se soucier, en particulier, de savoir si elles constituent le moyen le mieux approprié pour l'atteindre (cf. ATAF 2015/22 consid. 4.2); dans ce sens, ce contrôle se confond presque avec celui de l'arbitraire de la réglementation concernée (cf. ATF 129 II 160 consid. 2.3; 128 II 34 consid. 3b). En d'autres termes, le délégataire est responsable de

l'adéquation des mesures ordonnées par rapport au but visé; il n'appartient pas au Tribunal administratif fédéral de se prononcer sur leur justification économique ou politique (cf. ATF 138 II 398 consid. 7.2.1; 137 III 217 consid. 2.3 et jurisprudence citée, traduit in: JdT 2012 II p. 311; ATAF 2015/22 consid. 4.2; AUER et al., op. cit., p. 675 n° 1985; MOOR et al., op. cit., p. 256 s.). Enfin, le Tribunal administratif fédéral vérifie la constitutionnalité de l'ordonnance du délégataire, pour autant que la loi fédérale n'autorise pas ce dernier à s'écarter de la Cst. ou que la réglementation de celui-ci ne se contente pas de reprendre, purement et simplement, un élément de la loi fédérale portant atteinte à la Cst., auxquels cas le principe de l'immunité prévaut là encore (cf. ATF 130 I 26 consid. 2.2.1, traduit in: JdT 2005 I p. 143; ATAF 2015/22 consid. 4.2; MAHON, vol. I, op. cit., p. 343 s. n° 281). Dans ce contexte, il lui incombe d'examiner si l'ordonnance se fonde sur des motifs sérieux ou si elle contrevient à l'art. 9 Cst., parce qu'elle n'a ni sens ni but, établit des distinctions qui ne sont pas justifiées par les faits à réglementer ou ignore des distinctions qui auraient dû être prévues (cf. ATF 136 II 337 consid. 5.1; 131 II 271 consid. 4, résumé in: JdT 2006 I p. 678; 130 I 26 consid. 2.2.1, traduit in: JdT 2005 I p. 143; arrêt A-3479/2012 consid. 2.4; AUER et al., op. cit., p. 676 n° 1987). Ainsi, ce n'est que si seule l'ordonnance du délégataire porte atteinte à la Cst. ou au droit international qu'il refusera de l'appliquer (cf. AUER et al., p. 676 n° 1987).

**4.3** En dépit du contenu de l'art. 67 LEHE – qui peut plaider en faveur d'une ordonnance d'exécution –, le message du Conseil fédéral du 29 mai 2009 précité rappelle, à propos de l'art. 78 anc. al. 2 LEHE, qu'il représente la base légale pour le maintien de la réglementation concernant l'obtention a posteriori d'un titre HES pour les titulaires de diplômes d'écoles supérieures décernés selon l'ancien droit, tout en renvoyant à l'OPT-HES ainsi qu'à l'art. 26 OHES (cf. Message LEHE, FF 2009 4067, 4177 art. 78 et la note de bas de page renvoyant, à cet égard, à l'art. 26 OHES ainsi qu'à l'OPT-HES; consid. 3). Ce dernier article, en lien avec l'art. 25 al. 1 LHES, s'avère être l'ancienne disposition en vertu de laquelle l'ordonnance sur l'obtention a posteriori du titre d'une HES a été arrêtée. Dans son Message du 30 mai 1994 relatif à la LHES, FF 1994 III 777, 819 art. 21 (ci-après: Message LHES), le Conseil fédéral relevait que:

« Les associations des anciens étudiants des écoles supérieures demandent instamment de pouvoir porter le même titre que ceux qui auront achevé leurs études dans les futures hautes écoles spécialisées. Rien ne s'oppose en principe à ce qu'une suite favorable soit donnée à cette revendication. *Une disposition allant dans ce sens doit cependant*

*être intégrée dans l'ordonnance d'exécution et non pas dans la loi. Les anciens étudiants des écoles supérieures ne devront cependant en aucun cas porter les nouveaux titres avant que les premiers étudiants des futures hautes écoles spécialisées n'aient terminé leurs études et que leurs diplômes ne soient reconnus. »*

Dans le cadre de l'art. 25 al. 1 LHES, l'art. 26 OHES prévoyait que le département compétent (soit, à l'époque, le Département fédéral de l'économie [DFE, actuellement le DEFR]) fixerait les modalités, ce que celui-ci a fait en arrêtant l'OPT-HES.

En outre, à l'entrée en vigueur de la modification du 17 décembre 2004 de la LHES – modification visant notamment, par la révision partielle de ladite loi, à élargir le champ d'application aux domaines de la santé (art. 1 al. 1 let. g LHES [RO 2005 4635]; arrêt du TF 2C\_937/2014 du 3 décembre 2015 consid. 2.1 *in fine*) –, il a été spécialement prévu que la Confédération veillerait à assurer la conversion nécessaire des titres attribués selon l'ancien droit, notamment dans le domaine de la santé, et que le département compétent (soit le DFE à l'époque) réglerait les modalités (dispositions transitoires LHES, let. B al. 1 let. c); selon le message du Conseil fédéral relatif à cette modification, il s'agit d'une délégation de compétences législatives au DFE (cf. Message du 5 décembre 2003 concernant la modification de la LHES, FF 2004 117, 123 ch. 1.2.1, 135 ch. 2.8 et 145 ch. 6.2 [ci-après: Message modification LHES]; DFE, Rapport explicatif relatif à l'édition et l'adaptation de la législation d'exécution relative à la révision partielle de la LHES, août 2005, p. 10 s.; repris in: DEFR, Rapport explicatif relatif à la modification de l'OPT-HES, novembre 2014, p. 2 [ci-après: Rapport OPT-HES]).

Enfin, force est de constater qu'en réglant les modalités conformément à ses tâches, le DFE/DEFR a dû prévoir originellement les conditions matérielles à la conversion des titres concernés. Cela paraît d'autant plus évident au regard de la systématique de la législation en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015. Par sa formulation, l'art. 78 anc. al. 2 LEHE délègue la compétence législative au Conseil fédéral pour régler entièrement la question du port des titres décernés selon l'ancien droit et pour veiller, le cas échéant, à leur conversion (cf. Message LEHE, FF 2009 4067, 4183 ch. 6.5). La loi fédérale ne contenant aucune disposition spécifique sur cette question, le Conseil fédéral a prévu à l'art. 9 al. 2 aO-LEHE – et conformément à la norme générale de sous-délégation de l'art. 48 al. 1 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010; Message du 20 octobre 1993 concernant la

LOGA, FF 1993 III 949, 1047 art. 52; DUBEY/ZUFFEREY, op. cit., p. 190 n° 540) – de la confier au DEFR, en lui enjoignant de fixer, en particulier, les conditions à une telle conversion, ce que ce dernier a fait en arrêtant l'OPT-HES, qui règle précisément la question, comme son nom l'indique.

Il suit de ce qui précède que l'OPT-HES est une ordonnance de substitution.

**4.4** Comme il a été vu précédemment (cf. consid. 4.2), le contrôle des ordonnances de substitution s'effectue en trois phases.

**4.4.1** S'agissant de la délégation législative sur laquelle repose l'OPT-HES, il y a lieu de retenir qu'elle n'est pas exclue par la Cst. – en particulier par l'art. 63a Cst. – et est prévue dans une loi formelle, soit à l'art. 78 anc. al. 2 LEHE, loi ayant abrogé la LHES (cf. Message LEHE, FF 2009 4067, 4131 ch. 2.8, 4172 art. 67, 4177 art. 78, 4180 s. ch. 6.1 et 4183 ch. 6.5; Message modification LHES, FF 2004 117, 135 ch. 2.8 let. B al. 1 let. c des dispositions transitoires ainsi que 144 ch. 6.1 et 145 ch. 6.2; Message LHES, FF 1994 III 777, 819 art. 21). Par ailleurs, cette disposition prévoyant la délégation législative au Conseil fédéral circonscrit de manière suffisamment précise la matière déléguée, soit le règlement du port des titres décernés selon l'ancien droit par rapport aux titres obtenus dans le domaine des HES, tout en enjoignant ledit délégataire de veiller, le cas échéant, à la conversion des premiers, ce qui constitue le point essentiel sur lequel doit porter la matière à réglementer, compte tenu de l'évolution des systèmes de formation suisses. De même, le cercle des destinataires et les questions topiques s'appréhendent sans difficulté au regard de la matière spécifique à réglementer et du cadre de la LEHE. Pour le reste, le degré de précision de cette clause de délégation est approprié, compte tenu de la technicité et des exigences à prendre en considération face aux changements dans les divers domaines de formation. Sur le vu de ce qui précède, si un large pouvoir d'appréciation est reconnu dans le cas présent au délégataire pour réglementer la matière visée, rien ne permet de retenir que les conditions de la délégation législative ne seraient pas respectées.

**4.4.2** En ce qui concerne l'examen de la légalité de l'OPT-HES, il sied de rappeler que, sur la base de la délégation législative précitée – soit l'art. 78 anc. al. 2 LEHE –, le Conseil fédéral a arrêté l'art. 9 aO-LEHE, prescrivant au DEFR de fixer notamment les conditions et la procédure pour convertir les titres décernés selon l'ancien droit en titres des HES. Issue de cette sous-délégation, l'OPT-HES prévoit les conditions matérielles à cette obtention à son art. 1, que les art. 2, 3 et 9 complètent, et

règle les aspects procéduraux à ses art. 4 à 8, son art. 10 fixant la date de l'entrée en vigueur. Par sa formulation, l'art. 78 anc. al. 2 LEHE laisse un large pouvoir d'appréciation au délégataire, afin de veiller à la conversion des titres décernés selon l'ancien droit. En effet, par l'expression potestative « le cas échéant », il appert que toute conversion systématique desdits titres a été écartée et que le pouvoir de régler la question a été entièrement transféré. Dans ce contexte, l'exigence de formation fixée, sous forme de liste exhaustive, à l'art. 1 al. 4 let. b OPT-HES – et litigieuse dans le cas présent – ne sort manifestement pas du cadre de cette délégation législative et est propre à réaliser objectivement le but de la loi fédérale; partant, rien ne permet de remettre en cause sa légalité.

**4.4.3** Enfin, il convient d'examiner la constitutionnalité de l'art. 1 al. 4 let. b OPT-HES litigieux, sous l'angle en particulier des droits fondamentaux que sont l'égalité, la protection contre l'arbitraire et la liberté économique.

Pour rappel, une norme réglementaire viole l'interdiction de l'arbitraire ou le principe de l'égalité de traitement (art. 9 Cst. et art. 8 al. 1 Cst.) lorsqu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité ou qu'elle opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à régler (cf. consid. 4.2; ATF 136 V 24 consid. 7.1); l'arbitraire dans la norme se confond presque toujours avec le grief d'inégalité dans la loi (cf. MAHON, vol. II, op. cit., p. 269 n° 160). Prévue expressément à l'art. 9 Cst., l'interdiction de l'arbitraire se définit communément comme celle de toute violation grossière d'une règle de droit ou de son interprétation manifestement insoutenable; l'acte doit être insoutenable dans son résultat (cf. MAHON, vol. II, op. cit., p. 268 s. n° 160). Le principe d'égalité de traitement prévu à l'art. 8 al. 1 Cst. s'adresse tant au législateur (égalité dans la loi) qu'aux autorités administratives et judiciaires (égalité dans l'application de la loi), qui sont tenus de traiter de la même manière des situations semblables et de manière différente celles qui ne le sont pas. Ainsi, une loi ou une décision viole le principe de l'égalité consacré, lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances; il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir s'il existe un motif raisonnable pour une distinction peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes; le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de ces

principes (cf. notamment ATF 139 V 331 consid. 4.3; 137 V 334 consid. 6.2.1; 137 I 167 consid. 3.5; 136 V 231 consid. 6.1; arrêt du TF 2C 622/2012 du 17 juin 2013 consid. 6.2; arrêts du TAF A-6139/2012 du 8 juillet 2014 consid. 3; B-1872/2011 du 27 février 2012 consid. 5.1; B-4208/2010 du 9 décembre 2011 consid. 10.3; MOOR et al., op. cit., p. 839 ss et 846 s.; MAHON, vol. II, op. cit., p. 237 ss n° 143-147).

En l'occurrence, la liste exhaustive fixée à l'art. 1 al. 4 let. b OPT-HES ne viole pas, dans son principe, ces deux premiers droits fondamentaux. En effet, si ladite disposition contient une telle liste contrairement à l'art. 1 al. 3 OPT-HES, il sied de rappeler que la phrase introductive de ce dernier prévoit explicitement un régime d'exception pour la filière de soins infirmiers par rapport aux autres domaines d'études de la santé, soit celles de diététiciens, sages-femmes, physiothérapeutes et ergothérapeutes. Au regard de ces différentes filières, des distinctions sont à première vue objectivement justifiables. De même, dans le rapport explicatif de novembre 2014 (...), le délégataire expose clairement qu'en lien avec la conception actuelle du système de formation dual en soins infirmiers et ses particularités, il se justifie d'adopter une approche restrictive (cf. Rapport OPT-HES, op. cit., p. 2, 3 et 5). Celle-ci relevant, comme il ressort du rapport précité, d'une volonté politique en matière de formation (cf. Rapport OPT-HES, op. cit., p. 3), il n'appartient pas au Tribunal administratif fédéral de se prononcer plus avant sur le choix du délégataire d'établir une liste exhaustive pour y répondre, sous peine d'empiéter sur le large pouvoir d'appréciation de ce dernier.

Pour ces mêmes raisons, la liste exhaustive de l'art. 1 al. 4 let. b OPT-HES ne viole pas, dans son principe, la liberté économique de l'art. 27 Cst., laquelle ne revêt pas un caractère absolu, mais peut être limitée par des dérogations ou des restrictions décidées par la Confédération ou les cantons. Les mesures de police ou de politique sociale, en principe conformes à la liberté économique, doivent tendre notamment à sauvegarder la tranquillité, la sécurité, la santé et la moralité publiques, à préserver d'un danger ou à l'écartier (cf. ATF 125 I 335 consid. 2a). Des restrictions de police au droit d'exercer librement une activité économique peuvent être apportées en vertu de l'art. 95 al. 1 Cst., qui habilite la Confédération à légiférer sur l'exercice des activités lucratives privées. En l'occurrence, les conditions d'une telle restriction sont remplies (cf. arrêts du TAF B-2461/2015 du 19 août 2015 consid. 4.1 et B-2272/2014 du 24 août 2015 consid. 5.1 ainsi que réf. cit.; MAHON, vol. II, op. cit., p. 191 ss n° 121 ss). Comme vu précédemment (cf. consid. 4.4.1), les éventuelles restrictions prévues dans

la disposition visée reposent sur une base légale suffisante; de même, elles sont justifiées par un intérêt public prépondérant – dès lors qu'elles ont pour but de répondre à des exigences relevant du domaine de la santé – et se révèlent, à première vue, aptes et nécessaires en vue d'atteindre le but visé par le délégataire tel qu'exposé dans son rapport explicatif de novembre 2014 (cf. art. 36 Cst.; arrêts B-2461/2015 consid. 4.1 et B-2272/2014 consid. 5.1 ainsi que réf. cit.; MAHON, vol. II, op. cit., p. 191 ss n° 121 ss).

Il s'ensuit que l'art. 1 al. 4 let. b OPT-HES ne porte pas atteinte à la Cst.. Autre est toutefois la question de savoir si l'application que fait le SEFRI de cette liste exhaustive, au regard de l'interprétation qu'il défend, est conforme aux droits constitutionnels dans le cas présent. Cette question doit être tranchée dans le cadre de l'examen des griefs soulevés par le recourant en lien avec la portée de l'art. 1 al. 4 let. b ch. 4 OPT-HES.

**4.5** En conclusion, sur le vu de ce qui précède, la délégation législative sur la base de laquelle l'art. 1 al. 4 let. b OPT-HES a été arrêté – soit, en particulier, la modification du 4 décembre 2014 ayant introduit cette nouvelle disposition – doit être considérée comme valable.