

# **BVGer B-5040/2022 vom 14. März 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-03-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-5040\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5040_2022)

FR: TAF B-5040/2022 du 14 mars 2023

IT: TAF B-5040/2022 del 14 marzo 2023

## **Regeste**

Examen professionnel

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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

#### **E. 1.1**

En vertu de l'art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. Demeurent réservées les exceptions prévues à l'art. 32 LTAF.

#### **E. 1.2**

L'acte attaqué émane d'une des autorités mentionnées à l'art. 33 let. e LTAF (voir aussi l'art. 54 al. 1 de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers [loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA, RS 956.1]). Il s'agit d'une décision sur recours au sens de l'art. 5 al. 2 PA. Aucune des clauses d'exceptions prévues à l'art. 32 LTAF n'étant par ailleurs réalisée, le Tribunal est donc compétent pour connaître du présent recours.

#### **E. 1.3**

Les dispositions relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (art. 50, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA), sont par ailleurs respectées.

### **E. 2**

Pour que le recours soit recevable, encore faut-il que la recourante dispose de la qualité pour recourir.

### **E. 3**

Pour trancher cette question, il convient tout d'abord d'exposer le cadre légal topique.

#### **E. 3.1**

La loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA, RS 961.01) réglemente la surveillance des entreprises d'assurance et des intermédiaires d'assurance par la Confédération (art. 1 al. 1). Elle a notamment pour but de protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises

d'assurance et contre les abus (al. 2). On entend par intermédiaire d'assurance toute personne qui, quelle que soit sa désignation, agit pour des entreprises d'assurance ou d'autres personnes en vue de la conclusion de contrats d'assurance ou conclut de tels contrats (art. 40 LSA). Les intermédiaires qui ne sont pas liés juridiquement, économiquement ou de quelque autre façon que ce soit à une entreprise d'assurance doivent se faire inscrire dans le registre (art. 43 al. 1 LSA). N'est inscrite dans le registre qu'une personne qui : a des qualifications professionnelles suffisantes ou, s'il s'agit d'une personne morale, fournit la preuve qu'elle dispose de suffisamment de collaborateurs ayant lesdites qualifications (art. 44 al. 1 let. a LSA) et a conclu une assurance de la responsabilité civile professionnelle ou fourni des garanties financières équivalentes (let. b). Le Conseil fédéral détermine les qualifications professionnelles requises et fixe le montant minimum des garanties financières. Il peut charger l'autorité inférieure de réglementer les détails techniques (art. 44 al. 2 LSA).

### **E. 3.2**

L'intermédiaire démontre sa qualification professionnelle en réussissant un examen ou en présentant un titre équivalent (art. 184 al. 1 de l'ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées [ordonnance sur la surveillance, OS, RS 961.011]). L'autorité inférieure règle le contenu de l'examen. Elle peut édicter des prescriptions sur le déroulement de l'examen ou sur les motifs de dispense (al. 2). L'autorité inférieure décide si un autre titre est équivalent (al. 3).

### **E. 3.3**

Sur ce fondement, l'autorité inférieure a édicté le règlement du 23 novembre 2012 au sujet des examens en vue de l'acquisition des qualifications professionnelles concernant les intermédiaires d'assurance (ci-après : le règlement d'examen). Selon l'art. 17 du règlement d'examen, l'organisation instituée par l'autorité inférieure désigne une commission en charge des oppositions. L'autorité inférieure contrôle et approuve les personnes qui la composent.

### **E. 3.4**

La recourante a encore édicté des dispositions d'exécution du 1er décembre 2020 du règlement d'examen (ci-après : les dispositions d'exécution). Il y est prévu que, lors de l'examen oral, l'un des experts joue le rôle d'un client critique et informé, le second établit le procès-verbal du déroulement de l'examen (ch. 3.2.4).

### **E. 3.5**

La recourante est une association de droit privée dont le but est notamment de garantir un niveau de formation attrayant, pratique et durable dans le secteur des assurances (selon son site internet <https://www.vbv.ch>, consulté le 6 mars 2022). Dans ce but, elle organise les examens d'intermédiaire en assurance ; elle est reconnue par l'autorité inférieure. Elle doit donc être vue comme une délégataire de tâches publiques.

### **E. 4.1**

Aux termes de l'art. 48 al. 1 PA, a qualité pour recourir, quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b), et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Ces conditions doivent être remplies cumulativement pour que la qualité de partie soit reconnue au recourant (ATF 141 II 14 consid. 4.4).

#### **E. 4.2**

La qualité pour recourir au sens de l'art. 48 al. 1 PA correspond à celle prévue par l'art. 89 al. 1 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), de sorte que la jurisprudence développée en rapport avec cette disposition est également applicable pour l'art. 48 al. 1 PA (ATF 143 II 506 consid. 5.1, 139 II 328 consid. 3.2 et 135 II 172 consid. 2.1 ; Isabelle Häner, in : VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2e éd. 2019, art. 48 PA no 1 ; Marantelli/Huber, in : Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2e éd. 2016, art. 48 PA no 3).

#### **E. 4.3**

A l'origine, cette réglementation a été prévue pour des particuliers. Il est toutefois admis que les collectivités publiques et, comme en l'espèce, les délégataires de tâches publiques peuvent s'en prévaloir à certaines conditions qui doivent être appréciées restrictivement (ATF 141 II 161 consid. 2.1, 140 V 328 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_36/2021 du 3 juin 2021 consid. 1.2.1 ; Häner, op. cit., art. 48 PA no 24). Selon la jurisprudence, une collectivité publique peut ainsi fonder son recours sur l'art. 89 al. 1 LTF dans deux situations : lorsqu'elle est atteinte de la même manière qu'un particulier dans sa situation juridique ou matérielle, notamment s'il s'agit de sauvegarder son patrimoine administratif ou financier, ou lorsqu'elle est touchée dans ses prérogatives de puissance publique (in ihren hoheitlichen Befugnissen berührt) et dispose d'un intérêt public propre digne de protection à l'annulation ou à la modification de l'acte attaqué (ATF 141 II 161 consid. 2.1 et 140 I 90 consid. 1.2.2 et les références ; Florence Aubry Girardin, in : Commentaire de la LTF, 3e éd. 2022, art. 89 LTF no 50). Lorsqu'il est porté atteinte à ses intérêts spécifiques, la collectivité publique peut ainsi se voir reconnaître la qualité pour recourir, pour autant qu'elle soit touchée de manière qualifiée (ATF 141 II 161 consid. 2.3, 140 I 90 consid. 1.2.2 et 1.2.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1105/2016 du 20 février 2018 consid. 1.3.1). Tel est le cas lorsque l'acte attaqué concerne des intérêts publics essentiels dans un domaine qui relève de sa compétence propre (ATF 137 IV 269 consid. 1.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_282/2017 du 4 décembre 2017 consid. 1.2 et les références citées). Un intérêt général à une correcte application du droit n'est cependant pas suffisant au regard de l'art. 89 al. 1 LTF (ATF 140 I 90 consid. 1.2.2, 135 II 156 consid. 3.1 et 134 II 45 consid. 2.2.1).

#### **E. 4.4**

En cas de décisions ayant des répercussions financières, n'importe quel intérêt financier de la collectivité publique découlant directement ou indirectement de l'exécution d'une tâche publique ne suffit pas (ATF 140 I 90 consid. 1.2.2 et 134 II 45 consid. 2.2.1 et les références citées). Il faut dans ce cas qu'elle soit touchée dans des intérêts centraux liés à sa puissance publique (ATF 140 I 90 consid. 1.2.2 et 138 II 506 consid. 2.1.1). La qualité pour recourir est admise lorsque les prétentions litigieuses atteignent un montant considérable ou que la question juridique en cause a une valeur de précédent pour l'exécution d'une tâche publique avec une répercussion financière importante qui dépasse le cas particulier (ATF 141 II 161 consid. 2.3 et 138 II 506 consid. 2.1.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_226/2021 du 24 août 2021 consid. 2.4, 2C\_783/2017 du 25 janvier 2018 consid. 2.3.1 et 2C\_949/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.2.2). La qualité pour recourir doit en particulier être reconnue lorsque la décision attaquée a une influence négative sur le fonctionnement des organes de l'Etat susceptible de le toucher sensiblement dans un intérêt public important (ATF 137 IV 269 consid. 1.4).

#### **E. 4.5**

Néanmoins, selon la jurisprudence constante, un justiciable peut former un recours contre une décision sur les frais, même s'il n'a pas qualité pour recourir au fond ; en effet, la décision sur les frais (émoluments de justice et/ou dépens) le touche personnellement et directement dans ses intérêts (ATF 129 II 295 consid. 2, 109 Ia 91 et 100 Ia 298 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_293/2020 du 22 juin 2021 consid. 2.7). Il a ainsi un intérêt légitime et actuel à obtenir l'annulation de cette condamnation (ATF 117 Ia 251 consid. 1b ; arrêt du TAF B-4494/2008 du 15 octobre 2008 consid. 1.3.3 et les références citées).

Toutefois, l'examen de la décision sur les frais et dépens ne saurait servir à contrôler de manière indirecte la décision au fond, alors que les griefs se rapportant à celle-ci sont sans objet ou irrecevables (ATF 129 II 297 consid. 2.2 et 100 Ia 298 consid. 4 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C\_293/2020 du 22 juin 2021 consid. 2.7 et 2C\_1088/2016 du 2 juin 2017 consid. 1.4 ; arrêt du TAF B-3719/2021 du 22 septembre 2021 consid. 3.6). Dans une telle hypothèse, le recourant doit invoquer d'autres motifs que ceux qu'il faisait valoir à propos de la question principale (ATF 109 Ia 90 ; arrêts du Tribunal fédéral 1B\_451/2016 du 3 mars 2017 consid. 1.4, 4A\_576/2014 du 25 mars 2015 consid. 1.3.2, 4A\_364/2014 du 18 septembre 2014 consid. 1.2.2 et les références citées ; arrêt du TAF B-3719/2021 du 22 septembre 2021 consid. 3.6).

#### **E. 4.6**

Par ailleurs, le Tribunal a récemment nié la qualité pour recourir de EXPERTsuisse - Association suisse des experts en audit, fiscalité et fiduciaire et de l'Organisation faitière pour l'examen professionnel supérieur d'expert fiscal contre les décisions du Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI en matière d'examen professionnel supérieur (arrêts du TAF B-2889/2022 du 12 janvier 2023 et B-3719/2021 du 22 septembre 2021), ainsi que celle de la Croix-Rouge suisse contre les décisions en matière de reconnaissance d'un diplôme étranger (arrêt du TAF B-563/2019 du 24 juin 2019). Auparavant, le Tribunal avait fait de même en ce qui concerne une commission d'examen en matière de spécialiste en prévoyance professionnelle (arrêt du TAF B-4494/2008 du 15 octobre 2008).

#### **E. 5.1**

La décision attaquée retient en résumé que ni le procès-verbal d'examen ni la prise de position de l'association professionnelle (i.e. la recourante) devant l'autorité inférieure n'ont permis de reconstituer le déroulement de l'examen. Les annotations des experts étaient très sommaires voire télégraphiques, rendant difficile, voire impossible, selon l'autorité inférieure, la compréhension de l'attribution des points et du déroulement de l'examen (no 31). Cela a été constaté avec précision pour les thèmes "indemnité journalière en cas de maladie" (no 32 s.), "assurances de choses", une question complémentaire (no 36 s.), "tremblements de terre", "responsabilité civile" et "autres exemples" (no 38 s.). Des manquements similaires ont été relevés pour la partie de l'examen "Compétences sociales et méthodologiques (no 40 ss). Moyennant quoi, l'autorité inférieure a retenu une violation des dispositions d'exécution qui prévoient expressément l'obligation à charge de l'un des deux experts d'établir un procès-verbal (no 44) et partant une violation du droit d'être entendu du candidat (i.e. l'intimé ; no 45).

#### **E. 5.2**

Pour fonder sa qualité pour recourir contre cette décision, la recourante explique que la décision attaquée aurait des répercussions organisationnelles et financières majeures sur la manière dont les examens seront menés à l'avenir. Elle explique qu'il s'agit maintenant pour elle de prendre des dispositions matérielles comme par exemple l'enregistrement des examens oraux avec des appareils techniques, un rôle accru des experts pour rendre le procès-verbal plus précis. Selon elle, cela ne saurait être financé avec les émoluments actuels et ne pourrait pas être géré en termes de personnel, nécessiterait des adaptations structurelles considérables et le recours à davantage d'experts que l'on ne saurait recruter sur un marché du travail qu'elle dit asséché (prise de position du 16 janvier 2023 p. 2). La recourante se plaint aussi de l'arbitraire de la décision attaquée selon laquelle il serait possible, selon sa lecture, de réussir un examen avec 58 points au lieu de 60. Cela ne serait pas seulement une question d'application correcte du droit, mais une intervention "massive" dans le processus d'examen (ibidem). La recourante fait enfin valoir que la condamnation à verser à l'intimé une indemnité de 300 francs la léserait financièrement, ce qui lui donnerait la légitimité pour déposer un recours. (ibidem).

### **E. 5.3**

Cette motivation ne saurait convaincre le Tribunal.

#### **E. 5.3.1**

La recourante invoque des répercussions organisationnelles et financières majeures en raison de la décision attaquée. En fait, la recourante se méprend sur la portée de la décision attaquée. Cette décision ne concerne que le sort d'un candidat à l'examen d'intermédiaire en assurance. Elle ne lui donne aucune directive précise quant à la manière de procéder à l'avenir pour la conduite des examens. Certes, pour éviter des décisions analogues, la recourante pourrait devoir adapter ses pratiques, notamment en ce qui concerne la tenue des procès-verbaux des examens oraux. Cela ne découle cependant pas directement de la décision attaquée, mais de ses propres dispositions d'exécution (consid. 3.4) qu'elle peine manifestement à mettre en oeuvre. En aucun cas, la décision attaquée ne lui enjoint de procéder à des enregistrements des examens oraux contrairement à ce qu'elle allègue (voir la duplique de l'autorité inférieure du 13 février 2023). Par ailleurs, on peine à voir en quoi cette modalité, si elle devait être adoptée par l'autorité inférieure, aurait d'importantes répercussions organisationnelles ou financières, dès lors que l'enregistrement peut être fait avec des moyens rudimentaires. Plus généralement, la recourante, dans ce premier moyen, ne fait que critiquer l'application du droit d'être entendu par l'autorité inférieure. Ce faisant, cette motivation est insuffisante (consid. 4.3 in fine).

#### **E. 5.3.2**

En ce qui concerne le soi-disant arbitraire de la décision attaquée, la recourante ne fait, là aussi, que se plaindre d'une mauvaise application du droit, ce qui est en soi insuffisant (consid. 4.3 in fine). Par ailleurs, elle fait une interprétation erronée de la décision attaquée. Selon elle, l'autorité inférieure estimerait qu'il est possible de réussir un examen avec 58 points au lieu des 60 requis. Or, l'autorité inférieure ne dit rien de tel. Elle a retenu qu'une question complémentaire, prévue par le règlement d'examen, n'avait pas été posée lors de l'examen partiel oral et que le barème aurait alors dû être adapté pour que le seuil de réussite soit fixé à 58 au lieu de 60 (décision attaquée no 37) ce qui ne signifie pas du tout qu'un candidat pourrait réussir l'examen plus facilement que prévu par les règlements applicables.

#### **E. 5.3.3**

La recourante se plaint enfin de ce que des dépens ont été alloués à l'intimé, ce qui la pèjorerait financièrement. Au regard de la jurisprudence précitée, la recourante ne saurait obtenir un contrôle de la décision attaquée sous l'angle des dépens (consid. 4.5). Par ailleurs, elle n'invoque aucunement un autre motif que son opposition à la solution au fond pour motiver son recours sur les dépens ; elle n'explique pas en quoi l'octroi de dépens par l'autorité inférieure serait en lui-même contraire au droit (consid. 4.5). Par ailleurs, la somme en cause (300 francs) ne porte pas une atteinte suffisante à son patrimoine pour être vue comme ayant pour elle une répercussion financière importante (consid. 4.4).

#### **E. 5.3.4**

En conclusion, sous tous les angles, la recourante se plaint de ce que l'autorité inférieure aurait mal appliqué le droit, notamment ses dispositions d'exécution. Or, une telle motivation est insuffisante au regard de la jurisprudence exposée plus haut (consid. 4) pour fonder sa qualité pour recourir.

#### **E. 6**

L'art. 48 al. 2 PA prévoit qu'a également qualité pour recourir toute personne, organisation ou autorité qu'une autre loi fédérale autorise à recourir. Tel est notamment le cas par exemple pour le Conseil des EPF, les EPF et les établissements de recherche qui ont qualité pour recourir contre les décisions rendues sur recours s'ils ont statué dans la même cause à titre de première instance (art. 37 al. 2 de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les écoles polytechniques fédérales [loi sur les EPF, RS 414.110]). En revanche, aucune base légale n'octroie en l'espèce la qualité pour recourir à la recourante, de sorte que cette dernière ne saurait se prévaloir de l'art. 48 al. 2 PA.

#### **E. 7**

Partant, la recourante n'a pas la qualité pour recourir. Son recours doit donc être déclaré irrecevable.

#### **E. 8.1**

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 1ère phrase 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]). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures ni des autorités fédérales recourantes et déboutées ; si l'autorité recourante qui succombe n'est pas une autorité fédérale, les frais de procédure sont mis à sa charge dans la mesure où le litige porte sur des intérêts pécuniaires de collectivités ou d'établissements autonomes (art. 63 al. 2 PA).

#### **E. 8.2**

Dans la mesure où la recourante entendait défendre ses intérêts patrimoniaux (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_509/2007 du 19 novembre 2007 consid. 5 ; arrêt du TAF B-3719/2021 du 22 septembre 2021 consid. 5), elle doit, ayant succombé, supporter les frais de procédure de recours lesquels sont fixés à 1'000 francs. Ce montant devra être versé sur le compte du Tribunal après l'entrée en force du présent arrêt. Le délai de paiement sera de 30 jours à compter de la date de facturation. Le bulletin de versement sera envoyé par courrier séparé.

#### **E. 9.1**

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à la recourante qui succombe (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF).

### **E. 9.2**

L'autorité inférieure n'y a en toute hypothèse pas droit (art. 7 al. 3 FITAF).

### **E. 9.3**

En outre, l'intimé n'a pas droit aux dépens, dès lors qu'il n'est pas représenté et n'a pas autrement fait valoir de frais nécessaires à sa défense (art. 64 al. 1 PA et art. 8 FITAF).

### **E. 10**

Selon l'art. 83 let. t LTF, 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. Le motif d'irrecevabilité contenu dans cette disposition se réfère tant aux résultats d'examens au sens strict, qu'aux autres décisions d'évaluation des aptitudes ou des capacités intellectuelles ou physiques d'un candidat (ATF 138 II 42 consid. 1.1 et les références citées). En revanche, les autres décisions, qui ne concernent que la procédure d'examen, en particulier les aspects organisationnels ou procéduraux, ne tombent pas sous le coup de la clause d'irrecevabilité (ATF 147 I 73 consid. 1.2.1 et les références citées).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.