Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour II
B-408/2009
{T 0/2}

Arrêt du 8 septembre 2009

Composition

Claude Morvant (président du collège),
Ronald Flury, Frank Seethaler, juges,
Nadia Mangiullo, greffière.

B-408/2009
B-4107/2009

Parties

X._____ SA,
représentée par Maître Séverine Berger,
recourante,

contre

Service de l'emploi du Département de l'économie du canton de Vaud,
Rue Caroline 11, 1014 Lausanne,
représenté par Maître Alexandre Bernel,
autorité inférieure.

Objet

Assurance-chômage
(restitution de subventions perçues indûment).

Faits :

A.
Procédure B-408/2009

A.a Le 30 novembre 2005, X._____ SA et l'Etat de Vaud, représenté par le Conseil d'Etat, lui-même agissant par le Service de l'emploi (SDE), ont conclu un accord de prestations pour le développement et la mise à disposition de mesures de marché du travail et de mesures d'insertion professionnelle de type «formation» (ci-après : l'accord de prestations). Cet accord est entré en vigueur le 1er janvier 2006.

A.b En été 2007, la fiduciaire Y._____ SA a procédé au contrôle des comptes 2006 de X._____ SA. Le 25 septembre 2007, dite fiduciaire a remis son rapport de révision au SDE.

A.c Le 30 octobre 2008, se fondant sur l'art. 25 de l'accord de prestations à teneur duquel le for en cas d'action judiciaire est à Lausanne et la juridiction civile ordinaire est compétente, X._____ SA a adressé une demande auprès de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois tendant au paiement par l'Etat de Vaud d'un montant de Fr. 1'675'934.- correspondant à diverses factures non réglées par ce dernier pour les exercices 2007 et 2008.

A.d Le 19 décembre 2008, le SDE a rendu une décision concernant l'année 2006 intitulée «Décision de restitution de subventions perçues indûment». Il fit valoir qu'il ressortait du rapport établi par la fiduciaire que des subventions avaient été versées à X._____ SA pour des frais non indispensables à l'organisation des cours, ou qui n'avaient pu être attestés comme tels. Considérant que les frais effectifs reconnus s'élevaient à Fr. 1'175'238.55 pour l'année 2006 et que les subventions versées se montaient à Fr. 1'804'821.-, le SDE conclut que le montant perçu indûment à restituer s'élevait ainsi à Fr. 629'582.45 pour l'année 2006. Il ajouta que l'exécution de cette décision, respectivement la compensation éventuelle avec les décisions relatives aux exercices 2007 et 2008 qui feraient l'objet de décomptes et de décisions séparés, était du ressort de la Caisse cantonale de chômage.

A.e Par mémoire du 19 janvier 2009, X._____ SA (ci-après : la recourante) a recouru contre cette décision auprès du Tribunal

administratif fédéral, conformément à l'indication des voies de droit contenue dans ladite décision, en concluant, sous suite de frais et dépens, à ce qui suit :

«A. Principalement :
La décision rendue par le Service de l'emploi du canton de Vaud le 19 décembre 2008 est nulle, subsidiairement annulée.
B. Subsidiairement :
La décision rendue par le Service de l'emploi du canton de Vaud le 19 décembre 2008 est réformée en ce sens que la recourante, X._____ SA, ne doit pas restituer le montant de Fr. 629'582.45 (...).»

La recourante fait en substance valoir que le SDE n'est pas compétent pour ordonner une telle restitution par voie de décision. Dans ce contexte, elle soutient d'une part que la délégation de compétence prévue à l'art. 59c al. 5 LACI ne porte que sur la compétence de «statuer» sur des demandes de subventionnements des mesures de marché du travail collectives pour lesquels les frais de projet à prendre en compte sont inférieurs à Fr. 5'000'000.- et que la compétence de solliciter la restitution de subventions versées, par hypothèse, à tort n'a pas été déléguée à l'autorité cantonale par le Conseil fédéral ou le SECO. Elle allègue d'autre part que, dans le canton de Vaud, les prétentions reposant sur un contrat de droit administratif, comme en l'espèce, doivent être exercées par la voie d'une action d'ordre patrimonial qui relève des tribunaux civils et ne peuvent être invoquées par la voie de la décision. La recourante s'attache ensuite à démontrer que, à supposer que le SDE était habilité à rendre la décision litigieuse, il conviendrait de considérer qu'il n'existe pas de motif justifiant une restitution et que les factures contestées sont justifiées. Elle invoque au surplus la prescription du droit de solliciter une restitution et allègue que le SDE n'a pas examiné si une renonciation à la restitution devait lui être accordée. A titre incident, la recourante requiert la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur sa demande déposée le 30 octobre 2008 auprès du Tribunal cantonal vaudois. Arguant du fait que le système mis en place pour les exercices 2007 et 2008 est le même que celui pour 2006, elle soutient que, si le Tribunal civil admet le bien-fondé des factures adressées à l'Etat de Vaud pour les périodes 2007 et 2008, il conviendra alors de considérer que les factures pour l'année 2006 étaient également dues, que les prestations versées ne l'ont donc pas été à tort et que l'autorité n'est pas fondée à en demander la restitution à la recourante ; la décision attaquée, de même que la présente procédure de recours, deviendraient sans objet.

A.f Invité à se prononcer sur la requête de suspension de la procédure, le SDE a conclu à son rejet au terme de sa réponse du 6 avril 2009. Il fait valoir que l'accord en cause constitue un contrat de droit administratif fédéral qui ne doit pas empêcher l'application du droit fédéral selon lequel toute difficulté relative aux subventions collectives pour le marché du travail doit être réglée par voie de décisions de l'autorité compétente, susceptibles de recours auprès du Tribunal administratif fédéral. Arguant du fait que les règles de compétence en droit administratif sont impératives et que les prorogations de juridiction exclues, le SDE soutient que la clause énoncée à l'art. 25 de l'accord est ainsi nulle, ou du moins sans effet, en ajoutant que l'art. 21 de l'accord prévoit du reste que le SDE doit réclamer par la voie de la décision le remboursement d'un excédent de subvention. Il considère enfin que la cause ne devrait pas être suspendue dès lors qu'une saine administration de la justice justifie de ne pas reporter indéfiniment l'entrée en force de décisions rendues par les autorités bénéficiant d'une délégation de compétence.

A.g Dans leur réplique du 6 mai 2009 et duplique du 23 juin 2009, la recourante et le SDE ont pour l'essentiel repris le contenu de leur recours et réponse.

B.
Procédure B-4107/2009

B.a Le 20 novembre 2006, un nouvel accord de prestations pour le développement et la mise à disposition de mesures de marché du travail et de mesures d'insertion professionnelle de type «bilan» ou «formation» a été conclu entre X._____ SA et l'Etat de Vaud. Il est entré en vigueur le 1er janvier 2007.

B.b Le 25 juin 2008, l'organe de révision de X._____ SA a remis son rapport pour l'année 2007 au SDE. Des compléments d'information ont été remis les 22 août et 18 décembre 2008 sur demande du SDE.

B.c Le 25 mai 2009, le SDE a rendu une décision de versement final pour l'année 2007. Rappelant qu'il ressortait du rapport établi par la fiduciaire pour l'année 2006 que des subventions avaient été versées pour des frais non indispensables à l'organisation des cours ou qui n'avaient pas pu être attestés comme tels, le SDE indiqua qu'il avait interrompu, par mesure de précaution, ses versements d'acomptes par

session au début 2008 et qu'il avait ainsi retenu un montant de Fr. 765'324.- en garantie du montant à restituer pour l'année 2006 et dans l'attente du décompte final 2007 à fournir par X._____ SA. Fixant les frais effectifs reconnus à Fr. 1'059'398.- pour l'année 2007 et retenant que les subventions déjà versées à ce jour à X._____ SA se chiffraient à Fr. 832'288.-, le SDE constata que le solde dû à X._____ SA pour l'année 2007 s'élevait à Fr. 227'110.-. Il considéra que ce montant devait être compensé avec la somme de Fr. 629'582.45 dont le remboursement avait été demandé pour l'année 2006 par décision du 19 décembre 2008. La somme désormais due par X._____ SA au SDE pour les exercices 2006 et 2007 se montait à Fr. 402'472.45, somme qui ferait à son tour l'objet d'une compensation avec le montant dû par le SDE à X._____ SA pour l'exercice 2008 dès qu'il aura pu être arrêté. Le SDE releva enfin que l'exécution de cette décision, respectivement la compensation proprement dite avec les décisions relatives aux exercices 2006 et 2008, était du ressort de la Caisse cantonale de chômage.

B.d Par mémoire du 25 juin 2009, X._____ SA a recouru contre cette décision, conformément aux voies de droit y indiquées, auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant, sous suite de frais et dépens, à ce qui suit :

A. Principalement :
La décision rendue par le Service de l'emploi du canton de Vaud le 25 mai 2009 est nulle, subsidiairement annulée.
B. Subsidiairement :
La décision rendue par le Service de l'emploi du canton de Vaud le 25 mai 2009 est réformée en ce sens que l'autorité intimée n'a aucune créance à opposer en compensation à la recourante X._____ SA, que le montant dû à la recourante pour l'exercice 2007 est de Fr. 765'324.- (...) et que la recourante X._____ SA ne doit pas restituer le montant de Fr. 402'472.45 (...).

Dans ses écritures, la recourante reprend pour l'essentiel les arguments précédemment développés dans son recours du 19 janvier 2009 dans la procédure B-408/2009 en ajoutant que le SDE n'a pas la compétence ni la possibilité de statuer sur la compensation par la voie de la décision. Dans ce contexte, elle relève qu'il n'est pas possible de faire référence dans le dispositif d'une décision à un montant fixé dans une décision antérieure qui n'est pas encore définitive et exécutoire mais qui fait l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral. Du reste, le SDE indiquant lui-même dans la décision litigieuse que la compensation est du ressort de la Caisse cantonale de chômage, le SDE ne pouvait pas l'invoquer dans sa décision. Comme elle l'avait fait

dans la procédure B-408/2009, la recourante a requis la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur sa demande déposée le 30 octobre 2008 devant la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois.

C.
Par ordonnance du 6 juillet 2009, le Tribunal administratif fédéral a constaté que les deux décisions du SDE du 19 décembre 2008 et du 25 mai 2009, l'une portant sur l'année 2006 et l'autre sur l'année 2007, apparaissaient étroitement liées et qu'il lui paraissait opportun de réunir les deux affaires B-408/2009 et B-4107/2009 en une seule procédure. Il a invité les parties à lui faire savoir si elles se déclaraient d'accord avec cette jonction des causes. Constatant en outre que la requête de suspension de la procédure formulée dans le recours du 25 juin 2009 était pratiquement identique à celle contenue dans le recours du 19 janvier 2009 qui avait déjà fait l'objet d'un échange d'écritures, il a invité les parties à lui faire savoir si cet échange d'écritures devait également valoir pour le second recours.

D.
La recourante a répondu le 17 août 2009. Considérant que divers éléments plaidaient en faveur d'une instruction séparée des deux affaires, elle a toutefois déclaré s'en remettre à justice quant à la jonction des causes. Elle a également renoncé à un second échange d'écritures à la condition que les écritures concernant le premier recours soient versées dans le second dossier.

E.
Au terme de sa réponse du 20 août 2009, le SDE s'est pour sa part rallié à la proposition de jonction des causes et a renoncé à un nouvel échange d'écritures sur la question de la suspension de ces affaires.

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

Droit :

1.
Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1). En vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral 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 aux art. 33 et 34 LTAF. En particulier, les décisions et les décisions sur recours du SECO ainsi que les décisions de l'organe de compensation peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 101 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0]). En l'espèce, les actes attaqués constituent des décisions au sens de l'art. 5 al. 1 let. a. PA qui émanent d'une autorité au sens de l'art. 33 let. h LTAF agissant sur la base d'une délégation de compétence de l'organe de compensation (voir infra consid. 8). Aucune des clauses d'exception de l'art. 32 LTAF n'étant par ailleurs réalisée, le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître des présents recours.

La recourante, qui a pris part aux procédures devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par les décisions querellées et a un intérêt digne de protection à leur annulation ou à leur modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA). Les dispositions relatives à la représentation, aux délais de recours, à la forme et au contenu des mémoires de recours (art. 11, 50 et 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont respectées. Les recours sont ainsi recevables.

2.
En l'espèce, les deux recours concernent les mêmes parties et un état de fait semblable. Portant sur une même mesure de formation qui s'est poursuivie de 2006 à 2007, sous réserve de quelques adaptations, ils posent en outre des questions juridiques semblables. Il y a dès lors lieu de les réunir en une seule procédure et de les trancher dans un seul arrêt, une telle solution répondant à l'économie de procédure et étant dans l'intérêt de toutes les parties (ATF 131 V 461 consid. 1.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-7849/2007 du 19 novembre 2008 consid. 2).

Pareillement, pour des motifs tirés de l'économie de procédure et dès lors que les parties ne s'y opposent pas, il convient de considérer que l'échange d'écritures sur la seule question de la suspension de la procédure s'étant déroulé dans la procédure B-408/2009 vaut également pour la seconde affaire B-4107/2009. Les écritures

concernant le premier recours sont ainsi versées dans le second dossier.

3.
Le chapitre 6 de la LACI institue des mesures relatives au marché du travail. L'assurance alloue des prestations financières au titre des mesures relatives au marché du travail en faveur des assurés et des personnes menacées de chômage (art. 59 al. 1 LACI). Aux termes de l'art. 59 al. 2 LACI, les mesures relatives au marché du travail visent à favoriser l'intégration professionnelle des assurés dont le placement est difficile pour des raisons inhérentes au marché de l'emploi. Ces mesures ont notamment pour but : d'améliorer l'aptitude au placement des assurés de manière à permettre leur réinsertion rapide et durable (let. a) ; de promouvoir les qualifications professionnelles des assurés en fonction des besoins du marché du travail (let. b) ; de diminuer le risque de chômage de longue durée (let. c) ; de permettre aux assurés d'acquérir une expérience professionnelle (let. d).

3.1 De prime abord, il y a lieu de constater que les recours ne portent que sur des montants ayant trait à des mesures subventionnées par l'assurance-chômage en vertu des art. 59 ss LACI. Ils ne concernent en revanche pas des montants rémunérant la participation de bénéficiaires de mesures d'insertion professionnelle (RI) à des cours organisés par la recourante ; cette dernière admet du reste elle-même dans sa réplique que ces sommes ont été régulièrement acquittées par le canton auquel il revient d'en assumer la charge.

3.2 Les prestations dont la restitution est demandée relèvent de la section 2 de ce chapitre, à savoir les mesures de formation prévues aux art. 60 à 62 LACI. Sont notamment réputés mesures de formation les cours individuels ou collectifs de reconversion, de perfectionnement ou d'intégration, la participation à des entreprises d'entraînement et les stages de formation (art. 60 al. 1 LACI). L'assurance peut allouer aux organisations d'employeurs ou de travailleurs, aux institutions créées en commun par les partenaires sociaux, aux cantons et aux communes ainsi qu'à d'autres institutions publiques ou privées des subventions à titre de participation aux frais d'organisation de mesures de formation relevant de l'art. 60 (art. 61 al. 1 LACI). L'assurance rembourse aux organisateurs les frais attestés indispensables à l'organisation du cours collectif de l'entreprise d'entraînement ou du stage de formation ; elle peut

moduler ce remboursement en fonction des résultats (art. 62 al. 1 LACI). Le Conseil fédéral règle les modalités (art. 62 al. 3 LACI). Les frais à prendre en compte pour l'organisation d'une mesure de formation sont énumérés à l'art. 88 al. 1 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage (OACI, RS 837.02).

3.3 Les prestations dont la restitution est demandée ont par ailleurs été allouées à titre de mesures collectives relatives au marché du travail au sens de l'art. 1 al. 3 LACI (art. 1 let. a OACI). Par opposition aux mesures individuelles, dont les bénéficiaires directs sont les assurés eux-mêmes, les mesures collectives sont accordées, sous la forme de subventions, à des institutions qui se voient confier l'exécution d'une mesure préventive en matière de chômage (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2e éd., n° 644 ; ATF 133 V 536 consid. 4.2).

4.
L'art. 81d al. 1 OACI prévoit qu'un accord de prestation entre l'autorité compétente et l'organisateur de la mesure collective relative au marché du travail est établi et signé par les deux parties avant le début de la mesure. Cet accord indique les parties à l'accord et règle au moins la nature et le montant de la subvention, les bases légales, la durée et le(s) but(s) de la mesure, le mandat, le(s) groupe(s) cible(s), les valeurs cibles et les indicateurs, les droits et les devoirs des parties, les modalités de résiliation ou de modification de l'accord et la procédure à suivre en cas de litige (art. 81d al. 2 OACI).

4.1 Pour les années 2006 et 2007, le SDE et la recourante ont conclu deux accords de prestations pratiquement identiques pour le développement et la mise à disposition de mesures de marché du travail et de mesures d'insertion professionnelle de type «formation» (année 2006), respectivement de type «bilan» ou «formation» (année 2007). Ces accords s'appliquent aux bénéficiaires d'indemnités de chômage, aux demandeurs d'emploi inscrits auprès d'un ORP ainsi qu'aux bénéficiaires du RI inscrits auprès d'un ORP (art. 6). Le SDE se prononce sur les demandes de subvention concernant les mesures de marché du travail et les mesures d'insertion professionnelle. Il garantit à l'organisateur le financement des frais subventionnables pour l'organisation des sessions planifiées, sous réserve que le nombre minimum de participants fixé par le descriptif de cours soit

atteint au jour de référence (art. 7 de l'accord pour 2006), respectivement, il garantit à l'organisateur le financement des frais subventionnables pour l'organisation des mesures planifiées et effectivement organisées (art. 7 de l'accord pour 2007). Le SDE se réserve le droit de vérifier à tout moment la comptabilité de l'organisateur ; à cette fin, il peut mandater un organisme externe (art. 9). Les frais indispensables à l'organisation de la mesure sont énumérés à l'art. 18. L'art. 21 prévoit que s'il s'avère à la clôture de l'exercice comptable que les frais effectivement engagés et indispensables à l'organisation de la mesure sont inférieurs aux montants versés par le SDE, le solde est restitué au fonds de compensation. Le SDE réclame, par voie de décision, le remboursement de l'excédent de subvention. Par ailleurs, s'il s'avère, après examen du décompte, que l'organisateur a perçu des subventions de façons indue, le SDE en réclame, par voie de décision, le remboursement. L'art. 25 indique que le for en cas d'action judiciaire est à Lausanne ; la juridiction civile ordinaire est compétente.

4.2 En droit suisse, le contrat de droit privé et le contrat de droit administratif se distinguent essentiellement par leur objet. Un contrat de droit administratif est ainsi un acte bilatéral dont l'objet est régi par le droit public (Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, p. 353 ; Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2003, n° 63 ; arrêt du TAF précité B-7849/2007 consid. 5). Le contrat de droit administratif est caractérisé par le fait qu'il a directement pour objet l'accomplissement d'une tâche publique ou qu'il concerne un objet réglementé par le droit public, comme par exemple les équipements, les expropriations ou les subventions (René A. Rhinow, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in : Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, p. 303 ; ATF 128 III 250 consid. 2b et les remarques de Yvo Hangartner concernant cet arrêt in : Pratique juridique actuelle [PJA] 2002 p. 1497 ; ATF 105 Ia 392 consid. 3). En principe, un contrat de droit administratif lie un sujet de droit public avec un autre sujet de droit public ou un sujet de droit privé (arrêt du TAF précité B-7849/2007 consid. 5 et les réf. cit.). Comme c'est le cas des contrats de droit privé au sens des art. 1 ss CO, un tel contrat repose sur un échange de manifestations de volonté concordantes entre les parties (Bernhard Waldmann, Der verwaltungsrechtliche Vertrag - eine Einführung in : Isabelle Häner/Bernhard Waldmann, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 3). Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de qualifier de contrat de droit

administratif l'accord passé entre l'autorité cantonale et un particulier en matière de mesures relatives au marché du travail (ATF 128 III 250 consid. 2).

5.
Sous l'angle formel, la recourante soutient que le SDE n'est pas compétent pour ordonner une restitution de subventions par voie de décision. A cet égard, elle fait valoir d'une part que la délégation de compétence prévue à l'art. 59c al. 5 LACI ne porte que sur la compétence de «statuer» sur des demandes de subventionnement des mesures de marché du travail collectives pour lesquels les frais de projet à prendre en compte sont inférieurs à Fr. 5'000'000.- et que la compétence de solliciter la restitution de subventions versées, par hypothèse, à tort n'a pas été déléguée à l'autorité cantonale. Elle allègue d'autre part que, dans le canton de Vaud, les prétentions reposant, comme en l'espèce, sur un contrat de droit administratif doivent être exercées par la voie d'une action d'ordre patrimonial qui relève des tribunaux civils. Dans son recours du 25 juin 2009, la recourante relève de surcroît que le SDE n'a pas la compétence de statuer sur la compensation par voie de décision, mais que c'est à la caisse cantonale de chômage qu'il revient de l'invoquer.

6.
Dans sa décision du 19 décembre 2008 concernant l'exercice 2006, le SDE a exigé la restitution de subventions perçues selon lui de manière indue, pour un montant de Fr. 629'582.45. Dans sa décision du 25 mai 2009 relatif à l'exercice 2007, il a fixé à Fr. 1'059'398.- les frais effectifs reconnus pour l'année 2007. Retenant que les subventions déjà versées se montaient à Fr. 832'288.- et que le solde dû par conséquent à la recourante pour l'année 2007 s'élevait à Fr. 227'110.-, le SDE a compensé ce dernier montant avec la somme due pour l'année 2006 de Fr. 629'582.45 et a finalement retenu que le montant dû par la recourante au SDE pour les années 2006 et 2007 se montait à Fr. 402'472.45.

Si l'on se fonde sur les allégations de la recourante, non contestées par le SDE, cette dernière a fait parvenir au SDE deux factures pour l'année 2007. La première datée du 25 mai 2007 d'un montant de Fr. 528'697.- a été réglée par le SDE. En revanche, le SDE n'a versé qu'un acompte de Fr. 283'120.- sur la seconde facture du 10 janvier 2008 de Fr. 1'048'444.-, retenant ainsi un montant de Fr. 765'324.-

«par mesure de précaution» comme il le relève dans sa décision du 25 mai 2009.

En additionnant les montants des factures émises par la recourante pour l'année 2007, il appert qu'elle souhaitait obtenir des subventions pour l'année 2007 à hauteur de Fr. 1'577'141.- (Fr. 528'697.- + Fr. 1'048'444.-). Partant, en fixant dans sa décision du 25 mai 2009 à Fr. 1'059'398.- les frais effectifs reconnus pour l'année 2007, le SDE a, selon toute vraisemblance, estimé que les frais non indispensables se montaient en 2007 à Fr. 517'743.- (Fr. 1'577'141.- - Fr. 1'059'398.-). Ainsi, en procédant préalablement à une retenue «par mesure de précaution» de Fr. 765'324.- pour l'année 2007, le SDE s'est en définitive épargné une demande formelle de restitution qu'il aurait été amené à faire pour l'année 2007 s'il avait régulièrement réglé les factures adressées par la recourante.

L'objet du litige consiste donc en l'espèce à déterminer si le SDE était compétent pour exiger, par voie de décision, la restitution de subventions perçues prétendument de manière indue.

7.
Aux termes de l'art. 1 al. 3 LACI, la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) ne s'applique pas à l'octroi de subventions pour les mesures collectives relatives au marché du travail, à l'exception des art. 32 et 33 LPGA. La LPGA a en effet pour vocation de régler les relations entre assureurs et assurés mais non les problèmes internes qui se posent aux offreurs de prestations (Boris Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2e éd., Zurich 2006, p. 783). Le Tribunal fédéral a relevé qu'il faut également entendre par là leur restitution éventuelle, de sorte que la procédure en matière de décisions rendues en vertu de l'art. 59c LACI pour ce qui est des mesures collectives relatives au marché du travail est principalement régie par la PA. Cela vaut également lorsque l'organe de compensation a délégué sa compétence en application des art. 59c al. 5 LACI et 81e al. 4 OACI ; cette délégation ne change rien au fait que l'autorité cantonale assume sur mandat la tâche d'une autorité fédérale et est réputée agir en cette qualité (ATF 133 V 536 consid. 5.1 et 5.2).

8.
La compétence et la procédure en matière de mesures relatives au marché du travail sont réglées à l'art. 59c LACI. Cette disposition, issue de la 3ème révision de la LACI et entrée en vigueur le 1er juillet 2003 (RO 2003 1728), prévoit notamment à son al. 5 que le Conseil fédéral peut autoriser l'organe de compensation à déléguer la compétence de statuer sur les demandes de subventionnement des mesures collectives de formation ou d'emploi jusqu'à un montant maximum qu'il fixe lui-même ; à cet effet, il peut édicter des directives sur le contrôle de qualité des mesures de formation. Le Conseil fédéral a fait usage de cette délégation de compétence à l'art. 81e OACI, introduit par le ch. I de l'ordonnance du 28 mai 2003 et en vigueur depuis le 1er juillet 2003 (RO 2003 1828). A teneur de l'art. 81e al. 4 OACI, l'organe de compensation peut déléguer à l'autorité cantonale la compétence de statuer sur les demandes de subventionnement des mesures de marché du travail collectives pour lesquelles les frais de projet à prendre en compte sont inférieurs à cinq millions de francs.

Par une directive du 19 juin 2003, l'organe de compensation a délégué aux autorités cantonales compétentes la compétence de statuer sur des demandes de subventions des mesures de marché du travail collectives pour lesquelles les frais de projet à prendre en compte sont inférieurs à cinq millions de francs (chiffre marginal A 12 de la circulaire du seco d'octobre 2004 relative aux mesures du marché du travail [MMT]). Cette délégation repose sur l'idée que les cantons disposent des structures nécessaires pour opérer eux-mêmes la sélection des organisateurs et allouer les subventions. Elle laisse aussi à l'organe de compensation plus de champ pour assumer ses tâches de surveillance et de contrôle, en particulier pour effectuer des contrôles plus nombreux et approfondis (message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision de la loi sur l'assurance-chômage, FF 2001 2123, 2166 s. ; ATF 133 V 536 consid. 4.4).

Contrairement à l'opinion de la recourante, il y a lieu de conclure que la délégation de compétence à l'autorité cantonale comprend, outre la compétence de statuer sur les demandes de subventions inférieures à cinq millions de francs, également la compétence de solliciter la restitution de telles subventions, précédemment octroyées par cette même autorité cantonale. Dans le canton de Vaud, le SDE est l'autorité compétente en application des art. 10 ss de la loi du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp, RSV 822.11). En l'espèce, les accords ont

été conclus pour les années 2006 et 2007 et les budgets prévus par la recourante s'avèrent en deçà de la valeur seuil de cinq millions. Partant, le SDE était fondé à solliciter la restitution de subventions qu'il considérait comme indûment perçues.

9.

9.1 S'agissant des litiges en matière d'assurance-chômage dans les domaines non soumis à la LPGA, des voies de droit ont été prévues à l'art. 101 LACI. Cette disposition désigne le Tribunal administratif fédéral comme autorité de recours contre les décisions du SECO et de l'organe de compensation. Dans un arrêt du 30 août 2007, le Tribunal fédéral a relevé que ces voies de droit étaient également applicables en présence d'une décision de l'autorité cantonale compétente, soit le SDE, agissant en lieu et place de l'organe de compensation. Cette interprétation de la délégation de compétence aux cantons s'impose par souci de cohérence et de coordination dans l'organisation des voies de recours ; admettre des voies de droit différentes selon que la décision, pour un même domaine, émane formellement de l'autorité cantonale ou de l'organe de compensation reviendrait indirectement à reconnaître à celui-ci le pouvoir de soumettre, par le biais d'une simple circulaire, un litige à la LPGA, que la LACI exclut précisément de son champ d'application (ATF 133 V 536 consid. 5.3).

9.2 Aux fins de démontrer que le SDE ne peut invoquer des prétentions découlant d'un contrat de droit administratif par la voie de la décision et qu'il doit agir devant le juge civil, la recourante invoque en particulier l'art. 25 des accords à teneur duquel le for en cas d'action judiciaire est à Lausanne et la juridiction civile ordinaire est compétente. Elle se réfère également à une décision du Tribunal administratif vaudois du 24 octobre 2006 (PS.2006.0043).

La lecture de l'arrêt précité montre que le Tribunal administratif vaudois avait été saisi d'un recours d'une fondation de droit privé à l'encontre d'une décision du SDE qui lui réclamait la restitution de subventions perçues de manière indue. Un accord, ayant pour objet des mesures relatives au marché du travail subventionnées par l'assurance chômage en vertu des art. 59 ss LACI, avait été conclu entre la fondation et le Centre vaudois de gestion des programmes d'insertion (CGPI), lui-même cocontractant d'un accord de ce type avec le SDE. Retenant que l'accord passé entre la fondation et le CGPI présentait les traits d'un contrat de droit administratif, le Tribunal

administratif vaudois avait conclu que la loi ne conférait en ce domaine pas de pouvoir de décision à l'autorité administrative, de sorte que la cause relevait du juge civil conformément à l'art. 1 al. 3 de la loi vaudoise du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administratives, selon lequel les actions d'ordre patrimonial intentées pour ou contre une collectivité ou un établissement de droit public cantonal sont exclues du champ d'application de la loi et il en va de même des contestations relatives aux contrats de droit administratif. Il a ainsi annulé la décision du SDE.

Saisi par la suite d'un recours du SDE contre cette décision, le Tribunal fédéral a annulé ce précédent jugement par arrêt du 30 août 2007 (ATF 133 V 536). Il a en substance considéré que l'on était en présence d'une décision du SDE qui agissait en lieu et place de l'organe de compensation et que les voies de droit prévues à l'art. 101 LACI étaient également applicables. C'était ainsi à tort que le Tribunal administratif vaudois s'était saisi du litige en annulant la décision du SDE. La Haute Cour a renvoyé la cause au Tribunal administratif fédéral comme objet de sa compétence.

Ayant repris le traitement de l'affaire, qu'il a jointe avec une cause similaire, le Tribunal administratif fédéral a annulé deux décisions du SDE. Pour motifs, il a fait valoir que le SDE n'était pas partie aux contrats de droit administratif conclus entre le CGPI et la recourante et qu'il revenait au CGPI, qui avait reçu du SDE la compétence de conclure des contrats de droit administratif avec la recourante, d'exiger la restitution des prestations que la recourante aurait perçues de manière indue. Il a ajouté que le CGPI n'avait toutefois aucun pouvoir de décision et qu'il lui appartenait d'exiger cette restitution par une action auprès du Tribunal administratif fédéral, dès lors que le litige reposait sur un problème d'exécution de contrats de droit public (arrêt précité B-7849/2007).

9.3 Les règles de compétence, qui garantissent la sécurité du droit et l'égalité de traitement, sont de nature impérative (Benoît Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 88 ; Thomas Flückiger in : Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Zurich 2009, n° 49 ad art. 7 ; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, n° 231 p. 85 ; ATF 99 Ia 317 consid. 4a). La compétence ne peut être créée par accord entre l'autorité et la partie (art. 7 al. 2 PA ; message du

Conseil fédéral du 24 septembre 1965 à l'appui du projet de loi sur la procédure administrative [FF 1965 II 1383, 1400] ; THIBAULT BLANCHARD, Le partage du contentieux administratif entre le juge civil et le juge administratif, Lausanne 2005, p. 122 ; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungs-rechtspflege, 2e éd., Berne 1983, p. 81). Les prorogations de juridiction par lesquelles les parties conviennent de déroger à une règle de compétence pour attribuer à un tribunal un litige qui n'entre normalement pas dans sa compétence sont en principe exclues aussi bien en procédure de décision qu'en procédure de recours ou d'action (BLANCHARD, op. cit., p. 122 ; KÖLZ/HÄNER, op. cit., n° 231 p. 85 ; MICHEL DAUM in : Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich/St. Gall 2008, n° 24 ad art. 7 ; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC]) 67.66 consid. 2a).

Il ressort ainsi de ce qui précède que l'art. 25 des accords demeure sans effet pour ce qui concerne des montants relatifs à des mesures subventionnées par l'assurance-chômage en vertu des art. 59 ss LACI, comme en l'espèce, et qu'il ne revient pas au juge civil de se saisir de tels litiges résultant de l'exécution de contrats de droit administratif en ce domaine. Les accords litigieux doivent au contraire être soumis aux règles du droit public (arrêt du TAF précité B-7849/2007 consid. 6.2 et les réf. cit.).

10.
Depuis l'entrée en vigueur de la LTAF, les prétentions découlant d'un contrat de droit public doivent être invoquées par la voie de l'action devant le Tribunal administratif fédéral à moins que le droit fédéral ne prévoie la possibilité de rendre une décision ouvrant la voie de la procédure de recours (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Zurich 2006, n° 1131b ; arrêt du TAF B-7957/2007 du 4 novembre 2008 consid. 4.2). Selon l'art. 35 let. a LTAF en effet, le Tribunal administratif fédéral connaît par voie d'action en première instance des contestations qui reposent sur des contrats de droit public signés par la Confédération, ses établissements, ses entreprises ou par des organisations visées à l'art. 33 let. h LTAF.

BLANCHARD fait notamment valoir que, le contrat constituant une réglementation conventionnelle des rapports de droit entre deux personnes placées sur un pied d'égalité, il est difficile d'admettre que

l'autorité puisse, en cas de divergence ou de litige, imposer son point de vue par une décision unilatérale sujette à recours, et se créer ainsi des avantages procéduraux. L'introduction d'un élément d'unilatéralité est étranger à un engagement consensuel et dénature l'équilibre du contrat. L'auteur ajoute que la procédure d'action respecte l'égalité juridique des parties en cas de litige ; elle laisse à celui des cocontractants qui est en désaccord avec un acte ou une omission de l'autre le soin de saisir le juge pour faire valoir ses droits. L'administration ne doit pas pouvoir renverser les rôles procéduraux en rendant une décision, ce qui place l'administré dans la position du recourant et le contraint à prendre l'initiative du procès et à en assumer la responsabilité. L'autorité administrative est tout à la fois partie au contrat et arbitre en première instance des litiges qui peuvent survenir en relation avec l'interprétation et l'exécution du contrat, ce qui n'est pas satisfaisant sous l'angle de l'impartialité de ses prononcés (op. cit., p. 420 s.).

Le SDE doit être considéré comme une autorité au sens de l'art. 33 let. h LTAF. Faute de disposition légale particulière prévoyant la voie de la décision pour demander la restitution de subventions prétendument versées de manière indue, il appartient au SDE d'exiger par la voie de l'action auprès du Tribunal administratif fédéral au sens de l'art. 35 let. a LTAF la restitution de prestations financières que la recourante aurait perçues de manière indue (arrêt du TAF précité B-7849/2007 consid. 7.2). L'art. 21 des accords reste ainsi sans effet dans le cas d'espèce. A cet égard, le raisonnement du SDE tendant à dire que la voie de l'action était ouverte dans l'affaire B-7849/2007 du seul fait que le CGPI, organisateur de la mesure, était un organe d'une association de droit privé alors qu'il existe en l'espèce un lien direct entre le SDE et la recourante, tombe à faux. En effet, dans cette précédente affaire, le CGPI, bien qu'organe d'une association de droit privé, avait agi sur la base d'une délégation de compétence du SDE. La situation n'est dès lors pas différente de la présente affaire où le SDE a lui-même agi.

11.
Il résulte de ce qui précède que le SDE n'avait pas la compétence d'exiger de la recourante par voie de décision la restitution de prestations qu'il considère comme perçues indûment. Les recours doivent donc être admis et les décisions des 19 décembre 2008 et 25 mai 2009 annulées.

Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de suspendre les procédures B-408/2009 et B-4107/2009 jusqu'à droit connu sur la demande déposée le 30 octobre 2008 par la recourante auprès du Tribunal cantonal vaudois. En outre, il ne se justifie pas non plus, vu l'issue de la procédure, de percevoir une avance de frais dans la procédure B-4107/2009. Enfin, il n'y a pas lieu de procéder dans les deux affaires B-408/2009 et B-4107/2009 à un échange d'écritures quant au fond.

12.
La recourante obtenant gain de cause, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure (art. 63 al. 1 et 2 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]). En conséquence, l'avance de frais de Fr. 6'000.- versée par la recourante le 27 janvier 2009 dans la procédure B-408/2009 lui sera restituée dès l'entrée en force du présent arrêt.

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). En l'espèce, la recourante, qui obtient gain de cause et qui est représentée par un mandataire, n'a pas présenté de note de frais. Sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF), les dépens sont équitablement fixés à Fr. 3'000.- (TVA comprise) et mis à la charge du SDE qui succombe.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Les demandes de suspension des procédures B-408/2009 et B-4107/2009 sont rejetées.

2.
Les recours sont admis au sens des considérants. Partant les décisions du Service de l'emploi du canton de Vaud des 19 décembre 2008 et 25 mai 2009 sont annulées et le Service de l'emploi du canton de Vaud est renvoyé à la voie de l'action.

3.
Il n'est pas perçu de frais de procédure et l'avance de frais de Fr. 6'000.- versée par la recourante dans la procédure B-408/2009 lui sera restituée dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.
Un montant de Fr. 3'000.-, (TVA comprise), est alloué à la recourante à titre de dépens et mis à la charge du Service de l'emploi du canton de Vaud.

5.
Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire ; annexe : formulaire «Adresse de paiement»)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie (Acte judiciaire)
- au Secrétariat d'Etat à l'économie (Courrier A)
- à la Caisse cantonale de chômage du canton de Vaud (Courrier A)

Le Président du collège : La Greffière :

Claude Morvant Nadia Mangiullo

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, 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 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). 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 (voir art. 42 LTF).

Expédition : 9 septembre 2009