49

Extrait de l'arrêt de la Cour II
dans la cause X. S.A. contre Service de l'emploi du Département de l'économie du Canton de Vaud
B-408/2009 et B-4107/2009 du 8 septembre 2009

Assurance-chômage. Subventions allouées aux organisateurs de mesures collectives relatives au marché du travail. Accord de prestations. Compétence pour exiger la restitution de prestations versées de manière prétendument indue. Contrat de droit administratif. Voie de l'action pour exiger une telle restitution.

Art. 59*c*, art. 61, art. 62 et art. 101 LACI. Art. 81*e* al. 4 OACI. Art. 35 let. a LTAF.

1. **Contrat de droit administratif consistant en un accord de prestations en matière de mesures relatives au marché du travail conclu entre une autorité cantonale et un organisateur de mesures (consid. 4.2).**
2. **La délégation de compétence de l'organe de compensation à l'autorité cantonale prévue à l'art. 81*e* al. 4 OACI comprend, outre la compétence de statuer sur les demandes de subventions inférieures à cinq millions de francs, également celle de demander la restitution des subventions indues (consid. 8).**
3. **Les voies de droit instituées à l'art. 101 LACI, qui désignent le Tribunal administratif fédéral (TAF) comme autorité de recours contre les décisions du Secrétariat d'Etat à l'économie et de l'organe de compensation, sont également applicables en présence d'une décision de l'autorité cantonale compétente agissant en lieu et place de l'organe de compensation (consid. 9.1).**
4. **Vu la nature impérative des règles de compétence, la disposition de l'accord de prestations prévoyant que la juridiction civile ordinaire est compétente 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 (consid. 9.3).**
5. **Les prétentions découlant d'un contrat de droit administratif doivent être invoquées par la voie de l'action devant le TAF, à moins que le droit fédéral ne prévoie la possibilité de rendre une décision ouvrant la voie de la procédure de recours. Faute de disposition légale particulière prévoyant la voie de la décision pour demander la restitution de subventions prétendument ver-**

sées de manière indue, il appartient à l'autorité cantonale d'exiger une telle restitution par la voie de l'action auprès du TAF au sens de l'art. 35 let. a LTAF. La disposition de l'accord de prestations mentionnant la voie de la décision reste ainsi sans effet dans le cas d'espèce (consid. 10).

Arbeitslosenversicherung. Beiträge an Organisationen, welche kollektive arbeitsmarktliche Massnahmen durchführen. Leistungsvereinbarung. Zuständigkeit zur Rückforderung angeblich zu Unrecht erbrachter Leistungen. Verwaltungsrechtlicher Vertrag. Rückforderung im Klageverfahren.

Art. 59*c*, Art. 61, Art. 62 und Art. 101 AVIG. Art. 81*e* Abs. 4 AVIV. Art. 35 Bst. a VGG.

1. **Verwaltungsrechtlicher Vertrag in Form einer Leistungsvereinbarung betreffend arbeitsmarktliche Massnahmen zwischen einer kantonalen Behörde und einer Organisation, die Massnahmen durchführt (E. 4.2).**
2. **Die Übertragung der Entscheidkompetenz von der Ausgleichsstelle an die kantonale Amtsstelle gemäss Art. 81*e* Abs. 4 AVIV umfasst abgesehen von der Zuständigkeit zur Gutsprache von Beiträgen unter fünf Millionen Franken auch die Kompetenz, zu Unrecht ausgerichtete Beiträge zurückzufordern (E. 8).**
3. **Der in Art. 101 AVIG festgehaltene Rechtsmittelweg, der das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) als Beschwerdeinstanz gegen Entscheide des Staatssekretariats für Wirtschaft oder der Ausgleichsfonds vorsieht, gilt auch, wenn die zuständige kantonale Amtsstelle auf Delegation der Ausgleichsstelle entschieden hat (E. 9.1).**
4. **Aufgrund der zwingenden Natur der Kompetenzvorschriften ist die Bestimmung in der Leistungsvereinbarung, wonach die ordentlichen Zivilgerichte über Ansprüche und Leistungen der Arbeitslosenversicherung in Anwendung der Art. 59 ff. AVIG entscheiden sollen wirkungslos (E. 9.3).**
5. **Ansprüche aus einem verwaltungsrechtlichen Vertrag sind im Klageverfahren beim BVGer geltend zu machen, es sei denn, das Bundesrecht sehe den Erlass einer Verfügung vor, welche mittels Beschwerde angefochten werden könnte. Mangels einer spezialgesetzlichen Bestimmung, welche die Rückforderung zu Unrecht ausgerichteter Beiträge in einem Beschwerdeverfahren vorsieht,**

hat die kantonale Amtsstelle ihre Ansprüche in Anwendung von Art. 35 Bst. a VGG mittels Klage ans BVGer geltend zu machen. Die Bestimmung in der Leistungsvereinbarung über den Rechtsmittelweg ist im vorliegenden Fall somit wirkungslos (E. 10).

Assicurazione contro la disoccupazione. Sussidi agli organizzatori di provvedimenti collettivi inerenti al mercato del lavoro. Convenzione sulle prestazioni. Competenza per esigere la restituzione di prestazioni ritenute indebitamente versate. Contratto di diritto amministrativo. Detta restituzione va fatta valere mediante azione.

Art. 59*c*, art. 61, art. 62 e art. 101 LADI. Art. 81*e* cpv. 4 OADI. Art. 35 lett. a LTAF.

1. **Contratto di diritto amministrativo nella forma di una convenzione sulle prestazioni in materia di provvedimenti inerenti al mercato del lavoro conclusa tra un servizio cantonale ed un organizzatore di provvedimenti (consid. 4.2).**
2. **La delega di competenza da parte dell'ufficio di compensazione al servizio cantonale prevista dall'art. 81*e* cpv. 4 OADI comprende, oltre alla competenza di decidere in merito alle domande di sussidio inferiori a cinque milioni di franchi, anche quella di chiedere la restituzione dei sussidi indebiti (consid. 8).**
3. **Il rimedio giuridico previsto dall'art. 101 LADI, che indica il Tribunale amministrativo federale (TAF) quale autorità di ricorso contro le decisioni della Segreteria di Stato dell'economia e dell'ufficio di compensazione, è altresì applicabile nel caso di una decisione del servizio cantonale competente che agisce per delega di competenza del fondo di compensazione (consid. 9.1).**
4. **Tenuto conto della natura imperativa delle regole di competenza, la disposizione della convenzione sulle prestazioni che stabilisce la competenza della giurisdizione civile ordinaria non dispiega alcun effetto per quanto riguarda gli importi relativi a dei provvedimenti sussidiati dall'assicurazione contro la disoccupazione giusta gli art. 59 segg. LADI (consid. 9.3).**
5. **Le pretese derivanti da un contratto di diritto amministrativo devono essere fatte valere mediante azione al TAF, a meno che il diritto federale non preveda la possibilità di emanare una decisione, impugnabile con ricorso. In mancanza di una disposizione legale speciale che preveda la via della decisione per chiedere la restituzione di sussidi ritenuti indebitamente versati, spetta al**

servizio cantonale di chiedere tale restituzione mediante azione al TAF ai sensi dell'art. 35 lett. a LTAF. La disposizione della convenzione sulle prestazioni che istituisce la via della decisione non ha quindi effetto nel caso in esame (consid. 10).

Procédure B-408/2009

Le 30 novembre 2005, X. S.A. 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: accord de 2005). Valable pour l'année 2006, cet accord est entré en vigueur le 1er janvier 2006.

Le 30 octobre 2008, se fondant sur l'art. 25 de l'accord de 2005, X. S.A. 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 1,675'934 million de francs correspondant à diverses factures non réglées par ce dernier pour les exercices 2007 et 2008.

Le 19 décembre 2008, le SDE a rendu une décision concernant l'année 2006 dans laquelle il a enjoint X. S.A. de restituer un montant de 629'582 francs 45 perçu selon lui de manière indue. Cette somme correspondait à des frais non indispensables à l'organisation des cours, ou qui n'avaient pu être attestés comme tels.

Par mémoire du 19 janvier 2009, X. S.A. a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF), conformément à l'indication des voies de droit contenue dans ladite décision, en concluant à ce qu'elle soit déclarée nulle ou annulée, subsidiairement à ce qu'il soit constaté que X. S.A. ne doit pas restituer le montant de 629'582 francs 45. La recourante fait d'une part valoir que le SDE n'est pas compétent pour ordonner une telle restitution par voie de décision. 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. Elle s'attache enfin à démontrer que, à supposer que le SDE était habilité à rendre la décision litigieuse, il n'existerait pas de motif justifiant une restitution. A titre incident, la recourante requiert la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur sa demande déposée auprès du Tribunal cantonal vaudois.

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 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 décision de l'autorité compétente, susceptible de recours auprès du TAF. Il soutient que la clause énoncée à l'art. 25 de l'accord de 2005 est ainsi nulle, ou du moins sans effet, et que l'art. 21 de l'accord de 2005 prévoit du reste que le SDE doit réclamer par la voie de la décision le remboursement d'un excédent de subvention.

Procédure B-4107/2009

Le 20 novembre 2006, un nouvel accord de prestations a été conclu entre X. S.A. et l'Etat de Vaud (ci-après: accord de 2006). Valable pour l'année 2007, cet accord entré en vigueur le 1er janvier 2007. Le 25 mai 2009, le SDE a rendu une décision de versement final pour l'année 2007. Le SDE indiqua qu'il avait interrompu, par mesure de précaution, ses versements d'acomptes par session au début 2008 et qu'il avait retenu un montant de 765'324 francs en garantie du montant à restituer pour 2006 et dans l'attente du décompte final 2007 à fournir par X. S.A. Constatant que le solde dû à X. S.A. pour 2007 s'élevait à 227'110 francs et considérant que ce montant devait être compensé avec le montant à restituer pour 2006, le SDE fixa à 402'472 francs 45 la somme désormais due par X. S.A. pour 2006 et 2007.

Par mémoire du 25 juin 2009, X. S.A. a recouru contre cette décision, conformément aux voies de droit y indiquées, auprès du TAF en concluant à ce qu'elle soit déclarée nulle ou annulée, subsidiairement à ce que la décision soit modifiée en ce sens que le SDE n'a aucune créance à opposer en compensation à X. S.A., que le montant dû à cette dernière pour 2007 est de 765'324 francs et que X. S.A. ne doit pas restituer le montant de 402'472 francs 45. La recourante reprend pour l'essentiel les arguments développés dans son recours du 19 janvier 2009 dans la procédure B-408/2009. Comme elle l'avait fait dans ce dernier recours, elle a requis la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur sa demande déposée devant la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois.

Le TAF a admis les recours au sens des considérants.

Extrait des considérants:

3. Le chapitre 6 de la loi sur l'assurance-chômage du 25 juin 1982 (LACI, RS 837.0) 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 (CF) 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 sur l'assurance-chômage du 31 août 1983 (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, Soziale Sicherheit, 2e éd., no 644; ATF 133 V 536 consid. 4.2).

4. L'art. 81*d* 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. 81*d* 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 office régional de placement (ORP) ainsi qu'aux bénéficiaires du RI inscrits auprès d'un ORP (art. 6 commun aux deux accords). 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 de 2005), 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 de 2006). 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 commun aux deux accords). Les frais indispensables à l'organisation de la mesure sont énumérés à l'art. 18 commun aux deux accrods. L'art. 21 commun aux deux accords 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 façon indue, le

SDE en réclame, par voie de décision, le remboursement. L'art. 25 commun aux deux accords 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, no 63; arrêt du TAF 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: Juristische Fakultät der Universität Basel [éd.], 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 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 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 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220), 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 [éd.], Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 3). Le Tribunal fédéral (TF) 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. 59*c* al. 5 LACI ne porte que sur la compétence de « statuer » sur des 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 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 629'582 francs 45. Dans sa décision du 25 mai 2009 relatif à l'exercice 2007, il a fixé à 1,059'398 million de francs les frais effectifs reconnus pour l'année 2007. Retenant que les subventions déjà versées se montaient à 832'288 francs et que le solde dû par conséquent à la recourante pour l'année 2007 s'élevait à 227'110 francs, le SDE a compensé ce dernier montant avec la somme due pour l'année 2006 de 629'582 francs 45 et a finalement retenu que le montant dû par la recourante au SDE, pour les années 2006 et 2007, se montait à 402'472 francs 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 528'697 francs a été réglée par le SDE. En revanche, le SDE n'a versé qu'un acompte de 283'120 francs sur la seconde facture du 10 janvier 2008 de 1,048'444 million de francs, retenant ainsi un montant de 765'324 francs « 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 1,577'141 million de francs (528'697 francs + 1,048'444 million de francs). Partant, en fixant dans sa décision du 25 mai 2009 à 1,059'398 million de francs 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 517'743 francs (1,577'141 million de francs – 1,059'398 million de francs). Ainsi, en procédant préalablement à une retenue « par mesure de précaution » de 765'324 francs 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 TF 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. 59*c* 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 de l'art. 59*c* al. 5 LACI et de l'art. 81*e* 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. 59*c* LACI. Cette disposition, issue de la 3e révision de la LACI et entrée en vigueur le 1er juillet 2003 (novelle du 22 mars 2002, RO 2003 1728), prévoit notamment à son al. 5 que le CF 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 CF a fait usage de cette délégation de compétence à l'art. 81*e* OACI, introduit par le ch. I de la novelle du 28 mai 2003 et en vigueur depuis le 1er juillet 2003 (RO 2003 1828). A teneur de l'art. 81*e* 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 (ch. marginal A12 de la circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie [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 concernant la révision de la loi sur l'assurance-chômage du 28 février 2001, 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, Recueil systématique de la législation vaudoise 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 de francs. 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 TAF comme autorité de recours contre les décisions du seco et de l'organe de compensation. Dans un arrêt du 30 août 2007, le TF 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 commun aux deux 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 (TA) du 24 octobre 2006 (PS.2006.0043).

La lecture de l'arrêt précité montre que le TA 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 TA 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 (Recueil annuel de la législation vaudoise 2002 p. 498), 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 TF 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 TA s'était saisi du litige en annulant la décision du SDE. La Haute Cour a renvoyé la cause au TAF comme objet de sa compétence.

Ayant repris le traitement de l'affaire, qu'il a jointe avec une cause similaire, le TAF 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 TAF, dès lors que le litige reposait sur un problème d'exécution de contrats de droit public (arrêt du TAF 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: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], VwVG − Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich/Bâle/Genève 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 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]; message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la procédure administrative du 24 septembre 1965 [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, Bundesverwaltungsrechtspflege, 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: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [éd.], VwVG − Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich/St. Gall 2008, n° 24 ad art. 7; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération 67.66 consid. 2a).

Il ressort ainsi de ce qui précède que l'art. 25 commun aux deux 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 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 TAF 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 TAF 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 (BLANCHARD, 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 TAF 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 B-7849/2007 consid. 7.2). L'art. 21 commun aux deux 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 ayant conduit à l'arrêt du TAF 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 par la recourante auprès du Tribunal cantonal vaudois. (...)