



Cour II
B-5776/2009
{T 0/2}

Arrêt du 8 juillet 2010

Composition

Claude Morvant (président du collège),
Eva Schneeberger, Stephan Breitenmoser, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

Haute Ecole Spécialisée X._____,
recourante,

contre

**Office fédéral de la formation professionnelle et de la
technologie OFFT,**
Effingerstrasse 27, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Refus d'une demande de subventionnement des filières
d'études bachelor sous-critiques d'une HES.

Faits :**A.**

A.a Par décisions du 2 mars 1998, le Conseil fédéral a accordé aux sept hautes écoles spécialisées (HES) de droit public de Suisse, dont la Haute Ecole Spécialisée X._____ (ci-après : la recourante), une autorisation, limitée jusqu'à fin 2003, de gérer celles-ci.

A.b La recourante comprend des sites de formation dans les cantons de A._____, B._____, C._____, D._____, E._____, F._____ et G._____. Elle comprend, en particulier, l'école S._____, laquelle déploie ses activités dans la région de U._____ réunissant les cantons de D._____, de G._____ et de C._____.

A.c Par décisions du 15 décembre 2003, le Conseil fédéral a accordé une autorisation de gestion, non limitée dans le temps, aux sept HES. S'agissant de la recourante, il a assorti sa décision notamment de la condition selon laquelle elle avait jusqu'à fin 2006 pour mettre en place une organisation de conduite adaptée aux nécessités stratégiques et opérationnelles dépassant la logique des sites et basée sur les domaines.

A.d Le 2 avril 2008, le Conseil fédéral a rendu une décision à l'intention de chacune des HES. Il a en particulier indiqué que le nombre minimal d'étudiants requis dans les filières d'études bachelor constituerait à l'avenir le critère appliqué par la Confédération pour l'octroi des subventions fédérales. S'agissant du domaine d'études "Technique et technologies de l'information", la masse critique était fixée à 75 étudiants pour trois ans d'études ou 25 en première année. Le Conseil fédéral a relevé qu'en principe, seules les filières atteignant la masse critique avaient droit aux subventions ; les filières dans lesquelles la première volée d'étudiants atteignait la masse critique durant la première année conservaient le droit aux subventions. Il a ajouté que les filières n'atteignant pas la masse critique avaient néanmoins droit aux subventions si des motifs d'ordre régional (offre unique), des modalités d'admission restrictives ou des impératifs temporaires liés aux infrastructures justifiaient le maintien de l'offre ; dans de tels cas, l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie (OFFT ; ci-après : l'autorité inférieure) détermine, sur demande, le droit aux subventions. Ainsi, s'agissant de la recourante,

le Conseil fédéral a notamment décidé d'une part, qu'elle continuait de remplir les conditions pour une autorisation illimitée de gestion et, d'autre part, qu'elle recevait, à compter de l'année 2008/2009, des subventions fédérales pour les filières d'études atteignant la masse critique ou justifiant du droit aux subventions selon les considérants.

A.e Par demande du 17 novembre 2008, rectifiée le 21 novembre 2008, la recourante a sollicité, auprès de l'autorité inférieure, l'octroi de subventions fédérales pour l'année 2008/2009 en faveur de diverses filières d'études bachelor sous-critiques au jour de référence du 15 octobre 2008. Cette demande visait notamment trois filières de l'école S._____, soit les filières "Génie électrique", "Génie mécanique" et "Informatique", appartenant au domaine d'études "Technique et technologies de l'information". Cette demande était motivée par des impératifs temporaires liés aux infrastructures. La recourante indiquait avoir lancé deux grands projets visant à relever le niveau des effectifs par filière. Le premier projet consistait en un regroupement pour 2012 des sites sur le plateau de la gare de O._____ qui pouvait laisser espérer des effets positifs en termes d'attractivité pour le domaine "Ingénierie". Le second projet visait à réduire le nombre de filières en ingénierie en les concentrant, tout en préservant leur attractivité.

A.f L'autorité inférieure a répondu le 28 novembre 2008 en indiquant qu'à partir du semestre d'hiver 2008/2009, aucune subvention fédérale ne serait accordée pour ces trois filières tant que la masse critique de 75 étudiants ne serait pas atteinte.

A.g Une rencontre a eu lieu le 17 décembre 2008 entre une délégation du Comité directeur de la recourante, les responsables de l'école S._____ et l'autorité inférieure.

A.h Par courrier du 23 décembre 2008, l'autorité inférieure, faisant suite à une demande de la recourante visant à clarifier la question du subventionnement des filières d'études sous-critiques, a notamment indiqué à celle-ci que les motifs d'ordre régional s'appliquaient si l'offre était unique, soit proposée une seule fois sur un seul site dans une région linguistique. Les modalités d'admission restrictives entraînent quant à elles en ligne de compte en présence d'un nombre de places limité ou d'impératifs visant à une sélection des candidats en raison du profil hautement compétitif du domaine ou de la filière. Enfin, les impératifs temporaires liés aux infrastructures s'appliquaient dans le

cas où des effectifs étaient devenus sous-critiques parce que l'offre avait dû être dédoublée ou n'avait pas pu être regroupée dans l'infrastructure existante par manque de places.

A.i Sur cette base, la recourante a complété, le 22 janvier 2009, les arguments relatifs à sa demande.

B.

Par décision du 10 juillet 2009, l'autorité inférieure a rejeté la demande de la recourante visant à subventionner les trois filières d'études bachelor sous-critiques de l'école S._____, soit les filières "Génie électrique", "Génie mécanique" et "Informatique". Relevant que la filière "Génie électrique" totalisait, au 15 octobre 2008, 33 étudiants/12 en première année, la filière "Génie mécanique" 58/19 et la filière "Informatique" 51/12, l'autorité inférieure a considéré que la recourante n'était pas parvenue à démontrer que ces effectifs largement insuffisants étaient la conséquence inévitable d'impératifs temporaires liés à des infrastructures et que l'argument des nouvelles infrastructures qui allaient être mises en place n'était pas recevable. Selon elle, la recourante n'a apporté aucun élément attestant qu'elle avait été contrainte de dédoubler l'offre par manque de places. A l'inverse, elle soutient que, vu que les trois filières sous-critiques en question sont toutes uniques dans l'école S._____, le total des étudiants dans chacune d'elles correspond au nombre final d'étudiants dans l'école S._____ dans la filière concernée. Partant, elle fait valoir que, quelles que soient les infrastructures dans l'école S._____, il n'y a, à la base, pas de regroupement possible pour atteindre la masse critique dans chacune des trois filières. Elle a en outre relevé que l'exigence de la masse critique se fonde aussi sur une utilisation efficace des ressources financières et, partant, de l'infrastructure. Or, elle a indiqué que ces effectifs révélaient au contraire une utilisation peu judicieuse des infrastructures. L'autorité inférieure a ainsi conclu que la recourante ne fournissait aucun élément susceptible de justifier, au sens de la décision du Conseil fédéral du 2 avril 2008, la poursuite du subventionnement des trois filières sous-critiques de l'école S._____.

C.

Par mémoire du 14 septembre 2009, déposé au Tribunal administratif fédéral le même jour, la recourante a recouru contre cette décision auprès du Tribunal de céans en concluant à son annulation. A l'appui

de ses conclusions, la recourante fait valoir en substance que ni la loi ni l'ordonnance sur les HES ne déterminent les critères de subventionnement des filières HES et qu'il n'existe pas non plus de réglementation relative aux dérogations permettant de subventionner une filière sous-critique. Aussi, elle relève que, dans sa décision du 2 avril 2008, le Conseil fédéral mentionne pour la première fois "les critères de dérogation à l'octroi de subventions fédérales à des filières sous-critiques" et que, dès lors, en se fondant uniquement sur les critères établis dans ladite décision, l'autorité inférieure a violé le principe de la légalité. La recourante soutient ensuite que l'autorité inférieure a apprécié les faits de manière incorrecte et incomplète en n'examinant que le critère lié aux infrastructures, de sorte que la décision incriminée est à plusieurs égards choquante au point qu'elle engendre même une inégalité de traitement manifeste. Elle considère en effet que la masse critique devrait être déterminée par filière d'études et non par école, en soulignant qu'il ne peut être fait abstraction du bassin et de la densité urbaine dans lesquels sont implantées les écoles. S'agissant des impératifs temporaires liés à des infrastructures, elle soutient que les situations sous-critiques de certaines filières étaient et sont encore imputables à l'absence d'un grand campus attractif et facilement accessible. Or, elle expose que, depuis 2005, des restructurations sont en cours permettant un regroupement optimal, notamment sur le plateau de la gare de O._____. Aussi, elle relève que ces restructurations et l'accroissement de l'attractivité attendue du site de O._____ auront pour conséquence certaine l'augmentation du nombre d'étudiants et la disparition des filières sous-critiques en ingénierie.

D.

Invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure en a proposé le rejet au terme de sa réponse du 4 décembre 2009. Elle expose que les conditions-cadre pour la reconnaissance du droit aux subventions fédérales en faveur des filières d'études HES (masse critique) ont été convenues avec les organes responsables et que le Conseil fédéral s'en est toujours tenu, également dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la continuité, aux critères fixés en 2003 d'entente avec les organes responsables ; les critères (masse critique) et les éventuelles exceptions étaient ainsi connus depuis longtemps des organes responsables et des HES. Elle allègue que plus de 80% des quelques 400 mio de francs de subventions fédérales octroyées chaque année aux sept HES de droit public sont des forfaits par étudiant, soit des

subventions calculées en fonction du nombre d'étudiants sur la base d'un taux de coût standard fixé avec les cantons pour une filière d'études. Il est, selon elle, par conséquent logique de définir la réponse à un besoin et l'organisation adéquate comme critères de subventionnement au niveau de la filière et de considérer la taille minimale des filières comme un critère essentiel. Elle ajoute que la concrétisation des principes normatifs de la loi et l'ordonnance sur les HES dans la décision du Conseil fédéral du 2 avril 2008 concorde également avec les objectifs fixés dans l'annexe à l'ordonnance sur les HES qui, notamment, encouragent le regroupement régional et supra-régional des offres d'études et requièrent pour le droit aux subventions, en particulier, une taille minimale pour une filière d'études. S'agissant de l'exception liée aux infrastructures, elle soutient que le Conseil fédéral n'a pas mis en place un critère futur non mesurable mais qu'il considère l'infrastructure en place et qu'il est certain qu'il ne voulait pas créer d'attrait pour des investissements de grande ampleur dans le cas de filières d'études peu demandées, comme c'est le cas pour l'école S._____. Relevant que la recourante dispose aujourd'hui, dans le domaine d'études "Technique et technologies de l'information", de plusieurs offres identiques ou comparables aux trois filières en cause, l'autorité inférieure soutient que les structures actuelles et les tailles des filières de la recourante appellent un processus de concentration urgent avec utilisation des infrastructures déjà existantes. Elle souligne que le Conseil fédéral souhaite une organisation efficace et efficiente de l'offre d'études et que cela s'applique également à la manière dont cette organisation est mise en oeuvre sur les différents sites, notamment dans les structures telles que la recourante, qui ont à plusieurs reprises été jugées comme inadéquates. Elle conclut en relevant que ce sont des déficits au niveau de la conduite globale de la recourante qui ont abouti à des offres sous-critiques en son sein et que l'absence de conduite et d'organisation adéquate va également à l'encontre d'une planification efficiente et appropriée.

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

Droit :**1.**

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, 32 et 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] et art. 5 al. 1 let. c de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]). La recourante est un établissement de droit public doté de la personnalité juridique (art. 5 du concordat intercantonal créant une Haute Ecole Spécialisée X._____). La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (art. 48 al. 1 let. a à c PA). Les autres conditions de recevabilité sont respectées (art. 22a al. 1 let. b, 50, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA). Le recours est ainsi recevable.

2.

La Confédération encourage la création et le développement de HES notamment dans le domaine d'études "Technique et technologies de l'information" (art. 1 al. 1 let. a de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les hautes écoles spécialisées [LHES, RS 414.71]). Ce domaine d'études comprend entre autres les trois filières concernées "Génie électrique", "Génie mécanique" et "Informatique" (annexe à l'ordonnance du DFE du 2 septembre 2005 concernant les filières d'études, les études postgrades et les titres dans les hautes écoles spécialisées [RS 414.712]). La création et la gestion d'une HES sont soumises à l'autorisation du Conseil fédéral (art. 14 al. 1 LHES). Selon l'art. 14 al. 2 LHES, cette autorisation est accordée s'il est prouvé que l'école, notamment : assume les tâches qui lui sont imparties par la LHES (let. a) ; est organisée de manière adéquate et dispose de moyens financiers suffisants (let. b) ; présente des garanties de durée (let. c) ; offre un cycle d'études qui répond à un besoin (let. d). Si les exigences prévues à l'al. 2 ne sont plus remplies ou si l'école ne tient pas compte des objectifs définis par le Conseil fédéral, ce dernier peut assortir l'autorisation de conditions, la limiter dans le temps ou la retirer. L'organe responsable de l'école et le canton où l'école a son siège doivent être entendus (art. 14 al. 4 LHES). L'art. 16 al. 1 LHES prévoit qu'après consultation des organes de la Confédération et des cantons compétents en matière de hautes écoles et de recherche ainsi que des milieux de la pratique, le Conseil fédéral fixe les objectifs des HES.

Dans les limites des crédits alloués, la Confédération verse des

indemnités pour les investissements et l'exploitation des HES de droit public qui sont conformes à la LHES et aux ordonnances fédérales pertinentes (art. 18 al. 1 LHES). Des subventions fédérales ne sont allouées que si la HES concernée : ne poursuit pas de but lucratif (let. a) ; est ouverte en principe à toutes les personnes remplissant les conditions d'admission (let. b) ; répond à un besoin (let. c) ; est organisée de manière adéquate (let. d) (art. 18 al. 2 LHES).

L'art. 14 de l'ordonnance du 11 septembre 1996 sur les hautes écoles spécialisées (OHES, RS 414.711) prévoit qu'en approuvant la création et la gestion d'une HES, il faut aussi décider quelles sont les filières d'études et les domaines de recherches de cette école qui ont droit aux subventions fédérales. Le montant des subventions pour l'enseignement est calculé sur la base des coûts d'exploitation liés à l'enseignement (art. 15 al. 1 OHES). Les subventions pour l'enseignement sont calculées sur la base de la moyenne suisse des coûts d'exploitation des HES pour les mêmes filières d'études, pour des filières d'études comparables ou selon un coût standard moyen fixé en commun avec les cantons (art. 16 OHES). Les demandes de subvention fédérale doivent être soumises à l'office (art. 19 OHES).

L'annexe à l'OHES, à laquelle renvoie l'art. 11 al. 1 OHES en application de l'art. 16 al. 1 LHES, définissait, dans sa teneur au 11 septembre 1996 (RO 1996 2598, spéc. 2607), les objectifs fixés par la Confédération pour la phase de création (1996 à 2003). Elle indiquait ainsi que les objectifs fixés par le Conseil fédéral serviraient à définir le développement, à l'échelle nationale, des hautes écoles spécialisées, au sens de l'art. 1 al. 1 LHES, en ce qui concerne leur mandat, les domaines de spécialisation de l'enseignement et de la recherche ainsi que la politique régionale et de la recherche. Elle prévoyait notamment, à son ch. 3, que l'offre actuelle en matière de formation devait être regroupée à l'échelle régionale et suprarégionale.

Dite annexe a été modifiée par le ch. 4 de l'ordonnance du 14 septembre 2005 (RO 2005 4645, spéc. 4652). Entrés en vigueur le 5 octobre 2005, les nouveaux objectifs fixés par la Confédération prévoient, en particulier, que les HES assurent, au-delà de la logique des sites, une gestion et une organisation satisfaisant aux exigences stratégiques et opérationnelles (ch. 3). La Confédération et les cantons coordonnent en commun, à l'échelle nationale, l'offre d'études et la constitution de pôles dans les hautes écoles spécialisées. A cet

effet, elles regroupent des offres d'études à l'échelle régionale et supra-régionale. Elles veillent à la complétude de l'offre d'études. Les hautes écoles spécialisées s'engagent en faveur d'une répartition optimale des tâches avec les autres hautes écoles (ch. 4). La Confédération et les cantons veillent à assurer un financement efficient des HES, visant ainsi un effet optimal et orienté vers l'avenir. Dans ce but, ils conçoivent en commun des principes et des critères de subventionnement (p. ex. coût standard moyen, taille minimale d'une filière d'études) (ch. 5).

3.

L'objet du recours porte sur le rejet de la demande de subventionnement, par la Confédération, à partir de l'année académique 2008/2009, des filières d'études bachelor sous-critiques "Génie électrique", "Génie mécanique" et "Informatique" de l'école S._____.

4.

Se fondant sur une décision du Conseil fédéral du 2 avril 2008 adressée à la recourante, l'autorité inférieure a rejeté la demande de la recourante motif pris qu'elle n'était pas parvenue à démontrer que les effectifs sous-critiques dans chacune des trois filières d'études précitées étaient la conséquence inévitable d'impératifs temporaires liés à des infrastructures.

4.1 Dans son recours, la recourante fait valoir que ni la LHES ni l'OHES ne déterminent les critères de subventionnement des filières HES et qu'il n'existe pas non plus de réglementation relative aux dérogations permettant de subventionner une filière sous-critique. Elle expose qu'il ressort du message relatif à la LHES que le Conseil fédéral avait pour tâche de régler en détail la procédure d'octroi des subventions par le biais d'une ordonnance, ce qu'il n'a jamais fait mais qu'il a toutefois posé certaines considérations y relatives dans sa décision du 2 avril 2008, quand bien même cette dernière ne portait pas sur cet élément. La recourante considère ainsi que cette décision mentionne pour la première fois "les critères de dérogation à l'octroi de subventions fédérales à des filières sous-critiques" et qu'aucune définition n'a été donnée à la notion de "impératifs temporaires liés aux infrastructures justifiant le maintien de l'offre". Elle soutient que l'on peut dès lors s'interroger sur la valeur des critères établis, faute de base légale suffisante. Selon elle, les critères généraux relatifs à

l'octroi de subventions fédérales devraient figurer dans un texte de loi ou dans une ordonnance ; en se fondant uniquement sur les critères établis par le Conseil fédéral dans sa décision du 2 avril 2008, l'autorité inférieure a violé le principe de la légalité, d'autant, ajoute-t-elle, que l'on ne peut parler de pratique du Conseil fédéral en la matière.

4.2 Il s'agit donc, dans un premier temps, de déterminer si la décision entreprise contrevient au principe de la légalité dès lors qu'elle se fonde sur les critères de subventionnement des filières HES contenus dans la décision du Conseil fédéral du 2 avril 2008.

4.2.1 Dans sa décision du 2 avril 2008, le Conseil fédéral s'est notamment référé à un "Cadre de l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie (OFFT) du 11 juin 2003 pour le renouvellement des autorisations des hautes écoles spécialisées en 2003". Il ressort du dossier que l'OFFT a édicté, en avril 2003, un document intitulé "Cadre pour le renouvellement des autorisations des hautes écoles spécialisées en 2003 : commentaires et demande" (ci-après : le Cadre de l'OFFT) ainsi qu'un document daté du 11 juin 2003 et intitulé "Détermination de la masse critique (concertation avec les organes responsables, voir annexe 3, cadre pour le renouvellement des autorisations des Hautes écoles spécialisées en 2003)". Il y a donc lieu d'admettre que la décision du 2 avril 2008 s'appuie sur ces deux documents.

Dans le document édicté en avril 2003, l'OFFT indique en particulier que les conditions-cadres suivantes déterminent le subventionnement des filières d'études : "a) les coûts moyens par filière d'études : les contributions à l'enseignement sont calculées sur la base des coûts d'exploitation moyens des HES, déterminés à l'échelon national, pour des filières d'études identiques ou comparables ; b) la masse critique : fondamentalement, toutes les filières d'études qui atteignent la masse critique sont prises en compte. Des motifs régionaux ou dans une phase transitoire des raisons liées aux infrastructures, peuvent justifier une exception ; c) les offres redondantes : la présence d'offres redondantes au sein d'une haute école spécialisée doit faire l'objet d'une justification. Une forte demande pour des places d'études, des motifs régionaux, ou dans une phase transitoires des raisons liées aux infrastructures peuvent justifier une exception". L'annexe 3 dudit document, intitulé "Masse critique", précise qu'un nombre d'étudiants

inférieur à 15 à 30 par année d'études est sous-critique et que les ordres de grandeur pour les différents domaines/filières seront déterminés après concertation avec les organes responsables. L'OFFT ajoute, en renvoyant aux objectifs fixés par la Confédération pour la phase de création 1996-2003, ainsi qu'aux décisions du Conseil fédéral du 2 mars 1998, que l'exigence de regroupement pour atteindre une certaine masse critique se justifie notamment des points de vue suivants : 1) l'utilisation optimale des ressources financières à disposition et les coûts moyens par étudiant ; 2) la modularisation, très souhaitable, est liée à la nouvelle organisation des études et nécessite des effectifs suffisants pour être réalisable ; 3) seuls les centres d'une certaine importance pourront à terme attirer les meilleurs professeurs, chercheurs et étudiants, et se développer en visant l'excellence, tant en formation qu'en Ra&D; les petits centres de formation et de recherche, ceux qui n'atteignent pas une certaine masse critique, ne pourront pas lutter à armes égales dans un environnement concurrentiel (voir le site Internet www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/fr/6372).

Dans le document daté du 11 juin 2003 intitulé "Détermination de la masse critique (concertation avec les organes responsables, voir annexe 3, cadre pour le renouvellement des autorisations des Hautes écoles spécialisées en 2003)" et produit par l'OFFT devant le Tribunal de céans, celui-ci indique que la détermination de la masse critique est effectuée notamment selon les ordres de grandeur effectifs des filières actuelles, les besoins de l'économie et de la société et des aspects économiques et financiers. Il relève que le nombre critique par filière est fixé de manière uniforme au sein de chaque domaine d'études. Sur une base de 15 à 30 étudiant-e-s (selon les domaines) par filière et par année d'études, il indique que l'on obtient, pour le domaine d'études "Technique et technologies de l'information" notamment, le nombre critique par filière de 75 étudiants pour l'ensemble des trois années constituant la durée normale des études. Il indique également qu'en règle générale, les nouvelles filières d'études nécessitent une période de lancement de trois années. Durant cette période de mise en place et de consolidation, la nouvelle filière conserve un droit aux subventions même si elle n'atteint pas la masse critique correspondante, c'est-à-dire, pour le domaine "Technique et technologies de l'information" notamment, moins de 25 étudiants par filière d'études et par année.

4.2.2 Il résulte de ce qui précède que les critères de subventionnement des filières HES contenus dans la décision du Conseil fédéral du 2 avril 2008 (voir let. A.d), et sur laquelle se fonde la décision dont est recours, correspondent en définitive aux critères fixés en 2003 en la matière dans le Cadre de l'OFFT et dans le document du 11 juin 2003 y relatif – à l'exception toutefois des dérogations liées aux "modalités d'admission restrictives" mais qui ne font pas l'objet de la présente procédure. Par ailleurs, dans sa décision du 15 décembre 2003 accordant à la recourante une autorisation de gestion non limitée dans le temps, le Conseil fédéral se référait déjà au Cadre de l'OFFT pour déterminer le droit aux subventions des filières de la recourante.

Le Cadre de l'OFFT fixe les conditions requises au renouvellement des autorisations accordées, pour une durée déterminée, aux sept HES le 2 mars 1998. Eu égard à l'art. 14 OHES, il détermine en même temps les critères de subventionnement des filières HES. Il convient dès lors d'examiner si les critères fixés dans le Cadre de l'OFFT reposent sur une application correcte du droit.

4.2.3 L'art. 18 al. 2 LHES dispose que *des subventions fédérales ne sont allouées que si la haute école spécialisée concernée : ne poursuit pas de but lucratif (let. a) ; est ouverte en principe à toutes les personnes remplissant les conditions d'admission (let. b) ; répond à un besoin (let. c) ; est organisée de manière adéquate (let. d).*

Il convient de constater que si l'OHES prévoit la manière dont est calculé le montant des subventions pour l'enseignement (art. 15 al. 1 et 16), de même que la procédure d'octroi des subventions (art. 14 et 19), elle ne dit en revanche rien sur l'existence d'une éventuelle masse critique d'étudiants que devraient atteindre les filières HES pour être subventionnées ni même sur les possibles dérogations à celle-ci. Le Conseil fédéral n'a pas non plus édicté une ordonnance propre aux critères de subventionnement des filières HES et aux éventuelles exceptions possibles. De même, si l'annexe à l'OHES prévoit que la Confédération et les cantons conçoivent en commun des principes et des critères de subventionnement (ch. 5), ceux-ci n'ont rien convenu en la matière depuis l'élaboration du Cadre de l'OFFT en 2003.

4.2.4 Dans son message du 30 mai 1994 relatif à la LHES (FF 1994 III 777), le Conseil fédéral indiquait que les filières d'études devaient être

regroupées afin de garantir une formation de qualité ainsi qu'une utilisation judicieuse des ressources en personnel et des moyens financiers (p. 780). Il relevait également que c'est en regroupant les filières de formation et les installations de recherche appliquée et de développement qu'on garantirait une formation d'excellente qualité et une utilisation optimale des moyens techniques et financiers disponibles. Il indiquait qu'il fallait donc regrouper les écoles dont la plupart étaient séparées géographiquement, procéder à une restructuration des établissements actuels et à une nouvelle répartition des filières (p. 822). Il ajoutait encore que le succès du futur système de HES dépendait pour une grande part de la dimension minimale que chaque école devait atteindre, que les échanges interdisciplinaires et les échanges entre enseignants d'une même discipline, vitaux pour toute haute école, ne pouvaient se développer dans les écoles trop petites et qu'on chercherait par des regroupements à atteindre des effectifs plus élevés (p. 823).

Dans son commentaire de l'actuel art. 18 al. 2 LHES (art. 15 du projet de loi), le Conseil fédéral relevait que la let. c, relative au besoin, exprimait la volonté de la Confédération de coordonner l'offre en matière de formation et de recherche et qu'elle se réservait le droit de prendre des sanctions touchant aux subventions au cas où les objectifs fixés ne seraient pas respectés (FF 1994 III 816).

Lors des débats parlementaires, en première lecture, la Commission du Conseil des Etats a proposé de biffer les let. c et d en relevant qu'elles étaient superflues dès lors que les mêmes critères étaient prévus pour l'octroi de l'autorisation de créer et de gérer une HES à l'art. 11 du projet, soit l'actuel art. 14 LHES (BO CE 1995 57, *Andreas Iten*). La Commission du Conseil national a pour sa part proposé d'adhérer au projet du Conseil fédéral s'agissant de ces deux lettres. Dans ce contexte, le rapporteur de la Commission a en substance relevé que les questions du besoin et de l'organisation adéquate devaient rester des conditions pour l'octroi de subventions et qu'elles devaient figurer aussi bien à l'art. 11 qu'à l'art. 15 du projet. Alors qu'il s'agissait d'une décision qualitative pour l'autorisation, la réglementation sur les subventions touchait à des changements quantitatifs qui pouvaient être adaptés au fil du temps. Ainsi, il pouvait s'avérer nécessaire qu'un jour un domaine d'études soit redimensionné et qu'une telle mesure soit imposée sur le versement des contributions sur la base des critères «besoin» et «organisation

adéquate» (BO CN 1995 1780, *Martin Bundi*). Le Conseil des Etats s'est rallié à la décision du Conseil national au stade de l'élimination des divergences (BO CE 1995 911).

Il a du reste été relevé, lors des travaux préparatoires de la LHES, que, compte tenu de la situation financière des pouvoirs publics et des fonds à disposition limités, une concentration des institutions était impérative car c'était la seule manière de garantir la nécessaire qualité de la réforme et la nécessaire définition de priorité. Le mandat de prestations auquel les HES devaient se soumettre comportait notamment le critère d'une masse critique permettant des études universitaires (BO CN 1995 1744, *Francine Jeanprêtre*).

Dans son message du 29 novembre 2002 relatif à l'encouragement de la formation, de la recherche et de la technologie pendant les années 2004 à 2007 (FF 2003 2067), le Conseil fédéral relevait notamment que l'idée qu'il existait un seuil critique en dessous duquel les conditions de créativité scientifique et technologique n'étaient plus remplies s'était imposée dans les années 2000 sous l'effet de la concurrence internationale. Il indiquait que la qualité de la recherche et de l'enseignement pouvait être améliorée par une mise en réseau ou par la création de centres de compétences regroupant les unités de formation et de recherche sous-critiques. Le Conseil fédéral faisait également valoir que la résolution des questions liées à la masse critique exigeait un engagement décidé et concerté des hautes écoles, des cantons et de la Confédération lequel permettrait aux hautes écoles d'attirer à long terme les meilleurs enseignants et chercheurs et de coopérer avec les meilleures entreprises privées et publiques (p. 2147 à 2149).

4.2.5 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir qu'en subordonnant le subventionnement des filières HES à la condition que celles-ci atteignent une certaine masse critique, le Cadre de l'OFFT répond à la volonté du législateur, traduite à l'art. 18 al. 2 let. c et d LHES notamment, de regrouper les nombreux sites de formation et les filières d'études accueillant un nombre insuffisant d'étudiants et proposant la même offre, afin d'assurer en particulier une formation de qualité, de demeurer concurrentiel dans le domaine de la formation et de la recherche et d'utiliser de manière optimale les fonds à disposition limités, notamment en réduisant les coûts moyens par étudiant. La fixation d'une masse critique permet justement de réaliser

cet objectif, en tant que seul un regroupement des sites de formation permettrait aux filières sous-critiques d'atteindre les effectifs requis. Cette volonté ressort par ailleurs des objectifs fixés par la Confédération dans l'annexe à l'OHES qui prévoit, à son ch. 4, que la Confédération et les cantons coordonnent en commun, à l'échelle nationale, l'offre d'études et la constitution de pôles dans les HES. A cet effet, elles regroupent des offres d'études à l'échelle régionale et supra-régionale ; elles veillent à la complétude de l'offre d'études. En outre, la fixation d'une masse critique d'étudiants à atteindre au sein d'une filière d'études est également un moyen, parmi d'autres, de mesurer si celle-ci répond à un besoin dans la région dans laquelle elle est implantée. Cette volonté de ne subventionner que les filières atteignant une certaine masse critique a par ailleurs été reprise dans l'annexe à l'OHES qui prévoit que la Confédération et les cantons conçoivent en commun des principes et des critères de subventionnement, avec comme exemple cité la taille minimale d'une filière d'études (ch. 5). Quant à la masse critique articulée, pour le domaine d'études "Technique et technologies de l'information", de 75 étudiants sur trois ans ou 25 en première année, rien ne permet ici de mettre en doute que de tels effectifs soient raisonnables ; le document de l'OFFT du 11 juin 2003 indiquant par ailleurs que la masse critique est notamment déterminée en fonction des ordres de grandeur des effectifs des filières actuelles, des besoins de l'économie et de la société et des aspects économiques et financiers. Cela étant, il y a lieu d'admettre que le critère de la masse critique, en tant que condition au subventionnement des filières HES, émanant du Cadre de l'OFFT, ne sort pas du cadre fixé par l'art. 18 al. 2 LHES ni ne restreint ou étend son champ d'application. La décision du Conseil fédéral qui reprend ce critère n'apparaît ainsi nullement critiquable et repose donc sur une base légale suffisante.

5.

Dans son recours, la recourante fait valoir que la masse critique doit être déterminée par filière d'études et non par école contrairement à ce que considère l'autorité inférieure. Elle relève à cet égard qu'il ne peut être fait abstraction du bassin et de la densité urbaine dans lesquels sont implantées les écoles. Elle considère ainsi choquant de retenir les mêmes critères pour la région de U._____ que pour le bassin lémanique ou même zurichois. De même, elle souligne que la prise en considération de la densité urbaine pour définir quelles écoles peuvent poursuivre leurs activités revient à contrecarrer la volonté du

législateur qui a souhaité que les HES soutiennent l'économie régionale. Elle mentionne encore que la centralisation de l'offre de formation HES dans les grands pôles urbains telle que l'encouragement d'une norme unique au niveau Suisse est de plus en contradiction avec les objectifs de la Nouvelle Politique Régionale. Elle expose que la gestion des HES est centralisée au niveau de la recourante et que la gouvernance par domaine existe à mesure qu'aucune école/site n'a la compétence de prendre des décisions relatives aux formations de base, sans avoir préalablement obtenu un avis du conseil de domaine puis l'accord du Comité directeur, voire du Comité stratégique de la recourante (ci-après : COSTRA). Or, un préavis négatif du conseil de domaine L._____ entraîne en principe un rejet de la part des instances supérieures. De plus, les décisions prises par le COSTRA le sont toutes sur la base de rapports établis par un domaine L._____ et non par les établissements. Elle ajoute que la méthode de calcul et l'attribution des étudiants par année perd de sa précision avec la mise en oeuvre du modèle de Bologne qui ne "compartimente" plus les années académiques et se fonde sur une promotion par module, ce qui rend difficile la délimitation objective et uniforme des étudiants de première année. Dès lors, elle considère que l'on peut légitimement prétendre à un calcul de la masse critique des filières au niveau L._____ et non par site. Une comptabilisation par site aurait pour conséquence la disparition d'offres de formation et partant la mise en péril des sites moins bien localisés.

Il a été établi plus haut que l'exigence d'une masse critique d'étudiants vise un regroupement des sites de formation et des filières d'études sous-critiques (voir consid. 4.2.5). Aussi, subordonner le subventionnement d'une filière d'études à la condition que celle-ci atteigne, pour L._____, une certaine masse critique, comme suggéré par la recourante, reviendrait à vider l'exigence même de la masse critique de sa substance, dès lors que celle-ci pourrait être atteinte sans même procéder au regroupement voulu par le législateur. En outre, cela signifie également qu'une filière d'études serait subventionnée alors même qu'elle ne répondrait pas à un besoin dans la région dans laquelle elle serait implantée, dès lors qu'elle attirerait moins de 75 étudiants, respectivement moins de 25. Enfin, la recourante semble perdre de vue qu'une prise en compte de la masse critique par filière et non par site de formation donnerait lieu à des offres redondantes non justifiées au regard du Cadre de l'OFFT (voir consid. 4.2.1). Force est donc d'admettre qu'une prise en compte de la

masse critique par filière/domaine, comme le soutient la recourante, ne repose pas sur une application correcte de l'art. 18 al. 2 let. c et d LHES.

6.

En l'espèce, il n'est pas contesté que les filières d'études bachelor "Génie électrique", "Génie mécanique" et "Informatique" de l'école S._____ totalisaient, au 15 octobre 2008, respectivement 33 étudiants sur trois ans/12 en première année, 58/19 et 51/12. Ceci étant, il sied de constater que les filières, objet du litige, sont sous-critiques.

6.1 Il reste ainsi à examiner si la recourante peut néanmoins bénéficier des subventions fédérales en faveur desdites filières en regard des exceptions prévues dans le Cadre de l'OFFT.

6.2 Le Cadre de l'OFFT mentionne que "fondamentalement, toutes les filières d'études qui atteignent la masse critique sont prises en compte. Des motifs régionaux, ou dans une phase transitoire des raisons liées aux infrastructures, peuvent justifier une exception".

6.3 Invoquant dans son recours des impératifs temporaires liés aux infrastructures, la recourante expose que l'école S._____ comptait encore 13 sites en 2005 et qu'afin de répondre aux exigences fédérales, elle a entamé une réforme de ses structures et de profondes restructurations et qu'en 2011, elle ne comptera ainsi plus que 4 sites, dont le principal se tiendra sur le plateau de la gare de O._____. Aussi, elle relève que les situations sous-critiques de certaines filières étaient et sont encore imputables à l'absence d'un grand campus attractif et facilement accessible. Or, elle expose que, depuis 2005, des restructurations sont en cours permettant ainsi un regroupement optimal et que des impératifs liés aux infrastructures étaient donc déjà présents depuis 2005. A titre d'exemple, elle expose que la haute école de gestion J._____ a regroupé ses effectifs, alors disséminés à plusieurs endroits, dans un seul bâtiment à la gare de O._____ et que, depuis ce regroupement sur un seul site, les effectifs de l'informatique de gestion ont connu une augmentation de près de 400% en 2009 (inscription de 46 nouveaux étudiants pour 2009-2010), alors que cette filière était sous-critique auparavant (12 étudiants en première année pour 2008-2009). Aussi, elle souligne que ces restructurations et l'accroissement de l'attractivité attendu du site de O._____ auront pour conséquence certaine l'augmentation

du nombre d'étudiants et la disparition des filières sous-critiques en ingénierie, lesquelles sont fondamentales pour l'industrie de la région.

6.4 Si le Cadre de l'OFFT énonce qu'il s'agit-là d'un motif pouvant justifier le subventionnement d'une filière d'études sous-critique, il ne dit en revanche pas ce qu'il y a lieu d'entendre par impératifs temporaires liés aux infrastructures. Dans son courrier du 23 décembre 2008 à l'adresse de la recourante, l'autorité inférieure a indiqué que les impératifs temporaires liés aux infrastructures s'appliquaient dans le cas où des effectifs étaient devenus sous-critiques car l'offre avait dû être dédoublée ou n'avait pas pu être regroupée par manque de places dans l'infrastructure existante (voir let. A.h). De même, dans sa réponse au recours, l'autorité inférieure a précisé que, pour ce qui est du domaine d'études "Technique et technologies de l'information" notamment, dans les écoles supérieures transformées en HES (écoles techniques supérieures ETS), les constructions et le subventionnement établis précédemment étaient prévus pour un ordre de grandeur de 24 étudiants par classe. Les organes responsables et les HES ont fait valoir que les infrastructures souvent petites des HES exigeaient, dans certains cas, pour 40 à 50 étudiants, des redondances, au moins dans une phase transitoire, et qu'il était donc justifié de subventionner, à titre exceptionnel, également des filières d'études comprenant moins de 25 étudiants par année académique ; ajoutant que, dans le cas présent, ces conditions n'étaient selon toute vraisemblance pas remplies.

6.5 Si la masse critique d'une filière d'études n'est pas atteinte car l'infrastructure du site de formation sur lequel elle est proposée ne permet pas d'accueillir un nombre suffisant d'étudiants et que, pour cette raison, l'offre a dû être répartie sur plusieurs lieux d'activités mais qu'en regroupant les étudiants se trouvant dans chacun de ceux-ci, la masse critique est atteinte, il y a alors lieu de considérer que, nonobstant le nombre insuffisant d'étudiants qu'elle accueille, dite filière répond néanmoins à un besoin et, partant, doit être subventionnée eu égard au but poursuivi par l'art. 18 al. 2 LHES. Il y a lieu de retenir que l'exception relative aux impératifs temporaires liés aux infrastructures prévue dans le Cadre de l'OFFT repose donc sur une application correcte du droit.

6.6 En l'occurrence, comme il a été exposé plus haut, les filières d'études bachelor de l'école S._____ "Génie électrique", "Génie

mécanique" et "Informatique" totalisaient, au 15 octobre 2008, respectivement 33 étudiants/12 en première année, 58/19 et 51/12. Indépendamment de la question de savoir si ces filières d'études sont uniques dans l'école S._____ ou, au contraire, offertes sur plusieurs sites de formation, force est de constater que la masse critique des trois filières concernées ne serait pas davantage atteinte par une concentration de l'offre sur un seul lieu d'activités. En effet, les effectifs précités correspondent aux effectifs totaux de chacune des trois filières et ce nombre est inférieur à la masse critique fixée par l'OFFT, et ceci indépendamment de leur répartition dans plusieurs écoles. En conséquence, il y a lieu d'admettre que les effectifs sous-critiques des trois filières d'études bachelor en cause ne sont en aucun cas liés à la taille des infrastructures en place au 15 octobre 2008 dans la région de U._____ mais tiennent au fait qu'à cette date, celles-ci ne répondaient de toute évidence pas à un besoin au sein de l'école S._____ et l'argument de la recourante selon lequel la construction d'un grand campus à O._____ augmentera l'attractivité des filières sous-critiques n'est pas de nature à modifier cet état de fait.

6.7 Partant, il y a lieu d'admettre que les filières, objet du litige, ne satisfont pas aux conditions fixées dans le Cadre de l'OFFT, qu'elles ne peuvent bénéficier des exceptions prévues et que c'est donc à juste titre que l'autorité inférieure a rejeté la demande de subventions de la recourante.

7.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision attaquée ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

8.

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur

situation financière (art. 2 al. 1 1^{ère} phrase et art. 4 FITAF). En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 5'000.-. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant versée par la recourante le 6 octobre 2009.

9.

Compte tenu de l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF a contrario).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 5'000.-, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie (acte judiciaire)

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

Le Président du collège :

La Greffière :

Claude Morvant

Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 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 : 16 juillet 2010