



Cour II
B-7822/2006
{T 0/2}

Arrêt du 7 janvier 2009

Composition

Bernard Maitre (président du collège), Jean-Luc Baechler, Vera Marantelli, juges,
Olivier Veluz, greffier.

Parties

B-7822/2006 et
B-7911/2007
Etat de X. _____,
recourant,

contre

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO,
Marché du travail et assurance-chômage,
Effingerstrasse 31, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Comptes annuels et indemnisation des frais d'exécution.

Faits :**A.**

Dès l'année 1999 jusqu'en avril 2005, plusieurs collaborateurs travaillant dans les offices régionaux de placement (ORP) du canton de X._____ ont été mis au bénéfice de prestations de retraite anticipée octroyées sur la base de dispositions législatives cantonales (ponts AVS).

Par décisions des 31 août 2000, 31 août 2001, 20 août 2002, 19 août 2003, 24 août 2004 et 31 août 2005, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a donné son agrément aux comptes respectivement 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 et 2004 des ORP, lesquels incluait les ponts AVS.

B.

Par jugement définitif et exécutoire du 11 octobre 2005, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a considéré que le licenciement de P._____, ancien collaborateur d'un ORP, était abusif et, partant, a condamné l'Etat de X._____ à verser au prénommé, notamment, une indemnité de licenciement de Fr. 47'882.25, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} avril 2003, et Fr. 5'025.- à titre de dépens. Le juge du canton de X._____ n'est cependant pas entré en matière sur la prétention de M. P._____ en paiement de la somme de Fr. 44'630.70, résultant de la perte d'un pont AVS.

C.

Procédure B-7822/2006

C.a La société fiduciaire A._____ SA a procédé à la vérification des comptes 2005 des ORP du canton de X._____. Le 29 juin 2006, dite fiduciaire a remis son rapport de révision au SECO.

C.b Par pli du 22 août 2006 intitulé "Management letter 2005" et adressé à l'Etat de X._____, le SECO a notamment constaté que, "suite au licenciement d'un employé, une indemnité pour licenciement ainsi que le salaire (...) avaient été payés sur demande d'un arrêt du tribunal cantonal". Le SECO a dans ces conditions informé l'Etat de X._____ qu'il avait, à titre exceptionnel, pris en charge la somme totale de Fr. 55'105.56.

C.c Par décision du 22 août 2006, le SECO a accordé son agrément au compte annuel (bilan et compte d'exploitation) et au compte annuel de frais d'exécution de l'exercice 2005 concernant l'indemnisation des frais d'exécution de la loi sur l'assurance-chômage dans le canton de X._____, à l'exception d'un montant de Fr. 98'277.35 correspondant au financement des ponts AVS alloués durant l'année 2005. En outre, le SECO a révoqué son agrément pour les ponts AVS versés en 2003 et en 2004, à raison de respectivement Fr. 57'888.80 et Fr. 61'166.35.

Selon le SECO, la mise en retraite anticipée d'un employé d'un ORP devait être liée à une raison économique. Or, cette condition ne serait pas remplie en l'espèce. Une décision de la Commission de recours DFE du 27 avril 2005 (référence : MC/2003-11) statuant sur un cas similaire confirmerait la décision querellée.

C.d Par mémoire du 19 septembre 2006, mis à la poste le 20 septembre 2006, l'Etat de X._____ (ci-après : le recourant) recourt contre la décision du SECO du 22 août 2006 auprès de la Commission de recours DFE en concluant, sans frais, à l'annulation de la décision entreprise, en tant qu'elle concerne l'agrément des comptes 2003 et 2004 et en particulier les ponts AVS de ces exercices, et à la réforme de la décision entreprise, en tant qu'elle concerne l'agrément des comptes 2005, en ce sens que les ponts AVS 2005 sont agréés et pris en charge par le SECO.

A l'appui de ses conclusions, l'Etat de X._____ fait valoir qu'il ressort d'un principe généralement et tacitement admis par les cantons et le SECO que les collaborateurs des ORP sont soumis aux dispositions légales et aux règles en vigueur dans leur canton respectif. Par conséquent, la loi sur le personnel de l'Etat de X._____ serait applicable aux collaborateurs des ORP du canton de X._____. S'appliqueraient également au personnel soumis à ladite loi du canton de X._____ les dispositions concernant la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité prévues par la loi sur la Caisse de pensions de l'Etat de X._____. Ces dispositions incluraient des règles en matière de retraite anticipée. Pour le recourant, il n'y a aucune raison de faire une distinction entre l'ensemble des charges salariales et les ponts AVS, en excluant la prise en compte de ces derniers dans le compte du canton de X._____ d'exécution de la loi sur l'assurance-chômage.

Le requérant constate que l'autorité inférieure s'est fondée sur une décision de la Commission de recours DFE. Il ne serait toutefois pas à même de se prononcer sur une décision dont il ne connaîtrait qu'une partie des tenants et aboutissants. Par ailleurs, le requérant conteste l'interprétation de dite commission de recours. Cette interprétation consisterait à faire une analogie entre une mesure destinée aux chômeurs proches de la retraite – mesure qui aurait été supprimée en raison de son inefficacité – et les ponts AVS octroyés, en application de normes cantonales, à des collaborateurs d'ORP. Le requérant relève que, dans son message de 2001 relatif à la révision de la loi sur l'assurance-chômage, le Conseil fédéral n'a fait aucune référence en précisant que la suppression de ladite mesure visait aussi les collaborateurs des ORP. De plus, le requérant soutient que l'absence de disposition légale relative à la question des préretraites des collaborateurs d'ORP ne constitue pas un silence qualifié de la loi. Au contraire, la loi sur l'assurance-chômage parlerait de manière générale de l'exploitation des ORP, de sorte que devrait être inclus l'ensemble des charges dévolues à cette tâche, à savoir notamment les charges salariales et les prestations AVS dont feraient parties les préretraites.

Par ailleurs, le requérant considère que la décision attaquée, en tant qu'elle concerne les ponts AVS, viole les règles essentielles de procédure et met gravement en péril les principes de la confiance et de la sécurité du droit. Les comptes litigieux auraient fait l'objet de décisions d'agrément entrées en force de chose jugée et les conditions justifiant leur réexamen ne seraient pas remplies. Le requérant invoque le principe de la non-rétroactivité des lois et des décisions et soutient qu'il n'a pas été informé de la décision de la Commission de recours DFE ni de ses conséquences sur la prise en compte des ponts AVS.

C.e Invité à se prononcer sur le recours, le SECO en a proposé le rejet dans sa réponse du 1^{er} novembre 2006. Il y soutient que le recours ne contient aucun élément nouveau susceptible de modifier sa position qui se fonde essentiellement sur une décision de la Commission de recours DFE statuant sur un cas similaire.

C.f Dans le courant du mois de décembre 2006, la Commission de recours DFE a transmis l'affaire au Tribunal administratif fédéral comme objet de sa compétence depuis le 1^{er} janvier 2007.

Par ordonnance du 22 mars 2007, la Cour III du Tribunal administratif fédéral a repris le traitement du recours du 19 septembre 2006.

Le 17 décembre 2007, la Cour II a informé le recourant et le SECO que, dans le cadre des mesures de décharge de la Cour III, la Cour plénière du Tribunal administratif fédéral avait notamment décidé, lors de la séance du 15 novembre 2007, de transférer à la Cour II le domaine de compétences relevant de l'assurance-chômage.

D.

Procédure B-7911/2007

D.a A._____ SA a procédé à la vérification des comptes 2006 des ORP du canton de X._____. Le 28 juin 2006, dite fiduciaire a remis au SECO son rapport de révision.

D.b Par décision du 28 août 2007, le SECO a accordé son agrément au compte annuel (bilan et compte d'exploitation) et au compte annuel de frais d'exécution de l'exercice 2006 concernant l'indemnisation des ORP, à l'exception des montants de Fr. 66'606.75, correspondant au financement des ponts AVS alloués durant l'année 2006, et de Fr. 104'919.80, correspondant à des indemnités versées pour un licenciement abusif.

S'agissant des ponts AVS, le SECO a repris l'argumentation déjà développée dans sa décision du 22 août 2006 (cf. supra lettre C.c). Quant aux indemnités de licenciement d'un montant total de Fr. 104'919.80 (soit un pont AVS rétroactif de Fr. 44'630.70, des indemnités de départ de Fr. 55'264.10 et des frais de justice de Fr. 5'025.-), l'autorité inférieure a considéré qu'elles ne pouvaient pas être admises au titre de frais de personnel ordinaires faute de base légale suffisante. Une éventuelle prise en charge serait contraire à l'objet et au but des prescriptions fédérales en matière de remboursement aux cantons des frais occasionnés par la mise en application de la législation fédérale sur l'assurance-chômage.

D.c Par mémoire du 25 septembre 2007, mis à la poste le même jour, l'Etat de X._____ recourt contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral, en concluant à ce qui suit :

"1. Joindre la présente cause à celle portant le numéro de classement C-7740/2006 (recte : B-7822/2006) ;

2. Réformer la décision attaquée en ce sens que l'agrément est accordé à l'intégralité du compte annuel (bilan et compte d'exploitation) et du compte annuel des frais d'exécution de l'exercice 2006, en particulier dire et constater que les frais de ponts AVS, les indemnités de départ et les frais de justice tels qu'énumérés par le SECO dans la décision attaquée pour un montant total de Fr. 171'526.55 sont agréés ;

3. Statuer sans frais ni dépens."

Sous l'angle des ponts AVS, le recourant fait valoir que les conditions de travail du personnel des ORP sont réglées par le droit cantonal qui prévoit des mesures d'encouragement à la retraite, soit l'octroi de ponts AVS. Jusqu'en 2005, les directives financières émises par le SECO n'auraient contenu aucune règle spécifique régissant l'imputation des ponts AVS. Ce ne serait qu'à partir des directives financières de 2006 que l'imputation des rentes transitoires aurait été soumise au respect des exigences du SECO relatives à la retraite anticipée. Le fait d'exclure la prise en compte des ponts AVS en raison de l'absence de base légale le prévoyant expressément serait en outre en complète contradiction avec les différentes versions annuelles des directives financières édictées par le SECO. Selon le recourant, celles-ci prévoient que les prescriptions figurant dans la législation fédérale et les impératifs fixés par le SECO sont applicables, tout comme les directives cantonales pour autant qu'aucune disposition n'ait été prévue à propos d'un type de frais ou de l'une ou l'autre rubrique. Le recourant conteste une application par analogie de la réglementation régissant le droit des chômeurs aux comptes litigieux.

S'agissant du montant qui correspond aux ponts AVS octroyés à six employés d'ORP, le recourant relève qu'ils ont perçu leurs premières prestations au titre d'encouragement à la retraite entre juin 2003 et avril 2005, soit à un moment où le SECO admettait la prise en compte des ponts AVS. Se fondant sur ces décisions successives, l'Etat de X._____ serait parti du principe que le financement des ponts AVS constituait des frais d'exécution qui relèvent de la loi sur l'assurance-chômage. Ce serait dans cet esprit qu'il aurait octroyé de telles prestations aux anciens collaborateurs d'ORP et qu'il aurait pris des engagements durables et irréversibles qu'il doit honorer jusqu'en mars 2008.

Le recourant relève en outre que ce n'est qu'au plus tôt à la fin 2005,

par le biais des directives financières régissant l'année à venir, qu'il a été avisé du changement de règles concernant la prise en compte des ponts AVS. Selon lui, la modification des règles concernant la mise en retraite anticipée ne déploie des effets qu'après sa mise en vigueur, soit pour les cas de retraite anticipée décidés après cette date. Aux yeux du recourant, une solution différente serait abusive, contraire à la sécurité juridique et aux principes constitutionnels régissant le droit administratif.

S'agissant de l'agrément du montant de Fr. 104'919.80 octroyé pour le licenciement abusif d'un collaborateur d'un ORP, le recourant soutient qu'il s'agit de frais de personnel au sens de l'assurance-chômage. Quant au pont AVS octroyé dans ce contexte, il s'agit, d'après le recourant, de prestations accordées d'avril 2003 à octobre 2005 sur la base d'une décision du 9 mai 2003, soit avant le changement de pratique, quand bien même elles ont été en grande partie payées en 2006.

D.d Le 26 septembre 2007, le SECO a reconsidéré sa décision du 28 août 2007 en ce sens qu'il prenait en charge la moitié des frais (50 % de Fr. 44'630.70, soit Fr. 22'315.35) découlant du pont AVS accordé dans le cadre du licenciement abusif. Il a relevé qu'il finançait la moitié des aides à la retraite si les personnes visées remplissaient certains critères, le solde étant, selon ses règles, à charge du canton.

D.e Par mémoire du 4 octobre 2007, mis à la poste le même jour, l'Etat de X. _____ *recourt* auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision de reconsidération du SECO du 26 septembre 2007, en concluant à ce qui suit :

- "1. Joindre la présente cause à celle portant le numéro de classement C-7740/2006 (recte : B-7822/2006) et à celle concernant le recours déposé le 24 septembre 2007 contre la décision rendue par le SECO le 28 août 2007 ;
2. Réformer la décision attaquée en ce sens que l'agrément est accordé à l'intégralité des prestations octroyées à M. P. _____ au titre de ponts AVS, soit Fr. 44'630.70 ;
3. Statuer sans frais ni dépens."

A l'appui de ses conclusions, le recourant reprend l'argumentation développée dans son mémoire du 25 septembre 2007. Pour le reste, il relève que le SECO reconnaît que le collaborateur ayant fait l'objet d'un licenciement abusif remplit certains critères permettant le financement des aides à la retraite par le fond de compensation. Dans la mesure où les exigences sont remplies, les rentes devraient être intégralement imputées ; aucune règle prévoyant une prise en charge partielle ne figurerait d'ailleurs dans les directives financières du SECO. En outre, si le SECO reconnaît que la personne en question remplit les critères permettant la prise en charge des ponts AVS, tel devrait être également le cas des ponts versés en 2006 aux six autres collaborateurs concernés.

Enfin le recourant prétend qu'il n'existe aucune trace des "directives internes" du SECO pour la prise en charge des ponts AVS dans les directives financières émises par celui-ci.

D.f Invité à se prononcer sur le recours, le SECO en a proposé le rejet dans sa réponse du 20 novembre 2007.

A l'appui de sa proposition, l'autorité inférieure relève que le recours ne contient aucun élément nouveau susceptible de modifier sa décision, d'autant que celle-ci se fonde essentiellement sur une décision de l'ancienne Commission de recours DFE.

S'agissant du cas de licenciement abusif, le SECO défend que, au vu de l'âge avancé de la personne congédiée et des circonstances dans lesquelles cette affaire s'est déroulée, il a décidé de financer la moitié du montant du pont AVS. Selon le SECO, cette prise en charge partielle a été admise à titre exceptionnel.

D.g Le 17 décembre 2007, la Cour de céans a informé le recourant et le SECO qu'elle reprenait le traitement du recours suite à la décision du 15 novembre 2007 de la Cour plénière du Tribunal administratif fédéral.

D.h Dans sa réplique du 10 janvier 2008, le recourant maintient ses conclusions et l'argumentation développée dans ses précédentes écritures.

S'agissant de la pièce 4 du bordereau de la réponse du SECO

contenant l'énumération des conditions nécessaires à la prise en charge par le fonds de compensation des prestations d'encouragement à la retraite, le recourant s'interroge "sur la légitimité d'une telle liste" et se demande si elle peut lui être valablement opposée dès lors qu'elle ne revêt pas la forme d'une directive et qu'elle n'a pas bénéficié de la publicité nécessaire.

E.

Par décision incidente du 23 janvier 2008, le Tribunal administratif fédéral a considéré le mémoire de recours du 4 octobre 2007 comme une réponse à la reconsidération du SECO du 26 septembre 2007, a joint les causes B-7822/2006 (recours du 19 septembre 2006 [point C]) et B-7911/2007 (recours du 25 septembre 2007 [point D]), a invité l'autorité inférieure à dupliquer et à produire divers documents et a transmis au recourant une copie de la décision de l'ancienne Commission de recours DFE du 27 avril 2005 dans une version anonymisée.

F.

Dans sa duplique du 19 février 2008, à laquelle étaient joints les documents requis, le SECO a confirmé ses conclusions.

G.

Le recourant n'ayant pas déposé de demande pour des débats publics, il est réputé qu'il y a renoncé tacitement.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle 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 ; ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^e éd., Zurich 1998, n° 410).

1.1 A teneur de l'art. 53 al. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, les recours pendants devant les commissions de recours avant

l'entrée en vigueur de la présente loi sont traités par le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où celui-ci est compétent. Ils sont jugés sur la base du nouveau droit de procédure.

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 ; art. 31 LTAF), prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF. Demeurent réservées les exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 LTAF.

Les actes attaqués sont des décisions au sens de l'art. 5 al. 1 PA. Ils peuvent être déférés au Tribunal administratif fédéral en application de l'art. 101 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI, RS 837).

Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître des présents recours.

1.2 Le recourant, qui a pris part aux procédures devant l'autorité inférieure, est spécialement atteint par les décisions attaquées 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 PA).

1.3 Les dispositions relatives aux délais de recours, à la forme et au contenu des mémoires de recours (art. 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 donc recevables.

2.

Par décision incidente du 23 janvier 2008, les causes B-7822/2006 et B-7911/2007 ont été jointes. Cette jonction se justifie, dans la mesure où, conformément à la jurisprudence, les recours concernent les mêmes parties, des faits de même nature et portent sur des questions matérielles semblables (voir en ce sens : ATF 131 V 461 consid. 1.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1476/2006 du 26 avril 2007 consid. 1.3 ; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, p. 114 s.

n. 3.17 ; ANDRÉ MOSER, in Moser/Übersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Bâle 1998, p. 89 n° 3.12).

3.

Aux termes de l'art. 58 PA, l'autorité inférieure peut, jusqu'à l'envoi de sa réponse, procéder à un nouvel examen de la décision attaquée (al. 1). L'autorité de recours continue à traiter le recours, dans la mesure où la nouvelle décision de l'autorité inférieure ne l'a pas rendu sans objet (al. 3).

Dans sa nouvelle décision du 26 septembre 2007, le SECO a décidé de prendre en charge la moitié du pont AVS alloué dans le cas du licenciement abusif de M. P._____. Pour sa part, le recourant demande la prise en charge intégrale du pont AVS en question. Force est donc de constater que la nouvelle décision du SECO n'a pas rendu le recours du 25 septembre 2007 sans objet.

4.

Dans les deux décisions querellées d'août 2006 et 2007, le SECO a donné son agrément aux comptes 2005 et 2006 concernant l'indemnisation des frais d'exécution de la LACI dans le canton de X._____, à l'exception des montants correspondant au financement des ponts AVS. En outre, dans sa décision du 22 août 2006, il a révoqué son agrément s'agissant des comptes 2003 et 2004 en tant qu'ils portaient sur le financement des ponts AVS. Enfin, dans sa décision du 28 août 2007, reconsidérée le 26 septembre 2007, il a refusé de prendre en charge les indemnités allouées pour le licenciement de M. P._____ jugé abusif par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne et a pris en charge la moitié du pont AVS accordé à la personne concernée.

L'objet du litige consiste donc à déterminer : a) si les ponts AVS constituent des frais d'exécution au sens de l'art. 92 al. 7 LACI ; b) si le SECO peut revenir sur son agrément des comptes pour les années 2003 et 2004 en tant qu'ils portent sur les ponts AVS ; et c) si les indemnités pour licenciement abusif constituent également des frais d'exécution au sens de l'art. 92 al. 7 LACI.

5.

5.1 A teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales

(LPGA, RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI ne déroge expressément à la LPGA. En l'espèce, la LPGA n'est pas applicable du fait que son champ d'application ne s'étend pas au rapport entre la Confédération et les cantons dans le cadre de l'exécution de la LACI (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7913/2007 du 13 mars 2008 consid. 3.1 et la réf. cit.).

5.2 Le titre 5 de la LACI, consacré au financement, distingue les sources de financement (art. 90 à 91 LACI) et les règles relatives au remboursement des frais liés à l'exécution de l'assurance-chômage aux divers organes d'exécution (art. 92 et 93 LACI). Selon l'art. 92 al. 7 LACI, le fond de compensation rembourse aux cantons les frais à prendre en compte qui leur incombent dans le cadre du service de l'emploi, pour l'exécution des tâches prévues aux art. 83 al. 1 let. n^{bis}, et 85 al. 1 let. d, e et g à k, l'exploitation des offices régionaux de placement conformément à l'art. 85b et l'exploitation des services de logistique des mesures relatives au marché du travail (LMMT) conformément à l'art. 85c. Sur proposition de la commission de surveillance, le Conseil fédéral fixe les frais à prendre en compte. Il prend en compte, de façon équitable, les frais fixes permettant de faire face aux fluctuations du marché du travail, le risque de responsabilité (art. 85g) et les frais additionnels temporaires générés par la collaboration intercantonale (art. 85e) et interinstitutionnelle (art. 85f). Les frais à prendre en compte sont remboursés en fonction des résultats des prestations fournies. Le Département fédéral de l'économie (DFE) peut conclure des accords de prestations avec les cantons. Les autorités cantonales présentent périodiquement à l'organe de compensation, conformément aux directives de celui-ci et à l'intention de la commission de surveillance, le compte des frais d'administration de l'autorité cantonale, des ORP et du service LMMT (art. 85 al. 1 let. k LACI).

5.3 Se fondant sur l'art. 109 LACI, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage (OACI, RS 837.02). Selon l'art. 122a OACI relatif aux frais à prendre en compte pour la gestion des ORP, du service LMMT et de l'autorité cantonale, les frais d'exploitation et les frais d'investissement sont pris en compte (al. 1). Le DFE peut fixer une indemnité forfaitaire ou des montants plafonds pour certaines dépenses. En cas de doutes, l'organe de compensation décide au cas par cas des frais pris en

compte (al. 2). Le canton présente à l'organe de compensation un budget général des dépenses prévues pour les ORP, le service LMMT et l'autorité cantonale. L'organe de compensation fixe dans quel délai et sous quelle forme le budget doit être présenté (al. 4). Après examen du budget, l'organe de compensation prononce une décision de principe (décision d'octroi) (al. 5).

A la fin janvier au plus tard, le canton présente à l'organe de compensation un décompte détaillé des frais effectifs de l'année précédente (art. 122a al. 7 OACI). L'organe de compensation examine le décompte conformément à l'ordonnance du 29 juin 2001 sur l'indemnisation des cantons pour l'exécution de la LACI (RS 837.023.3 ; ci-après : l'ordonnance sur l'indemnisation des cantons) (al. 8).

L'art. 1 de l'ordonnance sur l'indemnisation des cantons prévoit que des indemnités pour frais d'exécution au sens de l'art. 92 al. 7 LACI sont allouées aux cantons notamment pour l'accomplissement des tâches visées à l'art. 85 al. 1 let. d, e et g à k LACI (let. a) et pour la gestion des ORP (art. 85b LACI) (let. b). L'indemnité versée pour l'exécution des tâches visées à l'art. 1 est calculée d'après les frais d'exploitation pris en compte et les frais d'investissements pris en compte, déduction faite des recettes (art. 2 de l'ordonnance sur l'indemnisation des cantons). L'art. 3 de dite ordonnance détermine la base de calcul du montant des frais d'exécution pris en compte. L'indemnité versée pour les frais d'exploitation est obtenue en multipliant la base de calcul par le tarif des frais d'exploitation (art. 4 de l'ordonnance sur l'indemnisation des cantons).

Les cantons tiennent une comptabilité en bonne et due forme des frais engagés. L'organe de compensation contrôle si les comptes et le décompte sont corrects et complets. Il peut confier cette tâche à une société de révision externe (art. 8 al. 1 et 2 de l'ordonnance sur l'indemnisation des cantons). L'organe de compensation peut édicter des directives sur la prise en compte des frais (art. 9 let. b de l'ordonnance sur l'indemnisation des cantons).

6.

L'art. 92 al. 7 LACI prévoit que le fonds de compensation rembourse aux cantons les frais à prendre en compte pour l'exécution des tâches qui leur incombent en vertu de la LACI. Mais la loi ne précise pas ce

qu'il faut entendre par frais imputables. Quant à l'art. 122a OACI, il distingue à l'al. 1^{er} les frais d'exploitation des frais d'investissement sans définir ces notions. Il en va de même dans l'ordonnance sur l'indemnisation des cantons. Celle-ci se borne à mentionner que l'indemnité versée pour l'exécution des tâches visées dans la loi est calculée d'après les frais d'exploitation pris en compte (art. 2 de l'ordonnance sur l'indemnisation des cantons) et détermine la base et la période de calcul (art. 3 de l'ordonnance sur l'indemnisation des cantons), ainsi que le mode de calcul de l'indemnité versée pour les frais d'exploitation (art. 4 de l'ordonnance sur l'indemnisation des cantons).

Dans un arrêt du 3 septembre 2007, le Tribunal fédéral a précisé que le fait que la loi parle de frais à prendre en compte ("anrechenbare Kosten") indique que la prise en charge des frais ne s'étend pas à n'importe quelle dépense en lien avec l'exécution des tâches incombant aux cantons. Au contraire, en recourant à cette formulation, le législateur entend limiter les frais. C'est donc le remboursement des frais usuels d'exécution ("übliche Vollzugsaufwand") qui est ainsi visé ; par quoi, il faut entendre les frais qui découlent de ce qui relève normalement de l'exécution des tâches conférées. La concrétisation des frais à prendre en compte relève en définitive de l'application du droit.

Pour le Tribunal fédéral, cette interprétation restrictive est justifiée au regard de la genèse de l'art. 92 al. 7 LACI, de l'égalité de traitement entre les cantons, ainsi que de la procédure mise en place à l'art. 122a al. 4 à 8 OACI (voir arrêt du TF C 263/06 du 3 septembre 2007 consid. 4.3 et les réf., 4.4 et 4.5).

7.

7.1 Le recourant soutient qu'en vertu d'un principe tacitement admis par les cantons et le SECO, les collaborateurs des ORP sont soumis aux dispositions légales et aux règles en vigueur dans les cantons. Selon lui, les dispositions concernant la retraite anticipée de la loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de X._____ (LPers-VD) s'appliquent aux collaborateurs des ORP. Pour le recourant, il n'y a aucune raison de faire une distinction entre l'ensemble des charges salariales et les ponts AVS, en excluant la prise en compte de ces derniers dans le compte du canton de X._____ d'exécution de la loi

sur l'assurance-chômage.

De son côté, le SECO relève que la mise en retraite anticipée d'un employé d'un ORP doit être liée à une raison économique. Or, cette condition n'est, selon lui, pas remplie en l'espèce. Il s'appuie sur une décision de l'ancienne Commission de recours DFE du 27 avril 2005 (référence : MC/2003-11) selon laquelle les frais liés aux retraites anticipées ne peuvent pas être pris en compte faute de base légale.

7.2 Les Directives financières 2003 à 2005 sur le Budget, Indemnisation des cantons (ORP/LMMT/ACt) pour les frais d'exécution de la LACI (Directive financière 01/2003 ; Directive financière 01/2004 ; Directive financière 01/2005) édictées par le SECO mentionnent au chiffre 3 intitulé "Compte annuel" sous la rubrique a2 "Prestations sociales" en sus des cotisations sociales AVS/AI/APG/AC, "les autres charges sociales dans la mesure, toutefois, où elles se situent dans les limites des réglementations cantonales comparables y relatives". La première mention restrictive concernant les retraites anticipées apparaît dans la Directive financière 01/2006 au chiffre 2 "Genres de frais" sous la rubrique a2 "Prestations sociales" : "Frais imputables sous certaines conditions : (...) Les rentes transitoires liées aux institutions de caisse de retraite sont imputables dans la mesure où les exigences du **SECO** relatives à la retraite anticipée sont remplies". Les Directives financières 01/2007 et 01/2008 contiennent les mêmes remarques, avec toutefois, pour l'édition 2008, une note de bas de page qui renvoie à une communication du SECO du 21 mars 2007 adressée notamment aux ORP ("Communication ORP/LMMT/ACT 2007/01 Adaptation des structures d'exécution"). Dans cette communication, le SECO, qui se réfère à une série de documents joints en annexes, relève en particulier que la plupart des cantons doivent réduire leurs structures en raison de la situation sur le marché de l'emploi. Parmi les documents annexés, on trouve une note **interne** sur la "Retraite anticipée du personnel des organes d'exécution de la LACI et des organisateurs de MMT" datée du 12 février 2001 et adressée à M. Babey. Il y est indiqué ce qui suit :

"Le financement des projets de retraite anticipée est soumis aux conditions suivantes :

1. L'évolution positive du marché du travail ayant entraîné une baisse du nombre des chômeurs et des demandeurs d'emploi, le poste concerné est supprimé jusqu'à nouvel avis.
2. Il est manifeste que les efforts en vue de continuer à employer la personne concernée auprès du fondateur de la caisse, du canton ou de l'organisateur de la MMT ont échoué.

3. Au moment prévu de la réalisation du projet, la personne concernée aura atteint l'âge minimum de 62 ans pour les hommes et 60 ans pour les femmes.
4. Au moment de prendre sa retraite anticipée, la personne concernée aura travaillé au minimum pendant cinq ans pour un organe d'exécution de la LACI ou un organisateur de MMT.
5. Le revenu provenant de la mesure, d'éventuelles prestations de la caisse de pension et d'un quelconque revenu annexe, ne doit pas excéder 80% du gain assuré de la personne concernée. Si cette limite est dépassée, les subventions sont réduites en conséquence. Les fondateurs des caisses, les cantons ou les organisateurs de MMT sont chargés de contrôler que ces dispositions sont bien respectées.
6. La personne concernée ne peut pas toucher d'indemnités de chômage pendant toute la durée de ce projet.
7. Le fondateur de la caisse, resp. le canton, prend en charge au moins 50 pour cent des coûts de la mesure.
8. Les coûts de la mesure engendrés pour l'assurance-chômage sont à reporter sur le compte de l'organe d'exécution AC et sont imputés aux montants maximaux applicables.
9. Les organes d'exécution qui déduisent leurs frais de personnel par forfait (par ex. caisses soumises au régime forfaitaire) sont exclus de ce projet.
10. Les organisateurs de MMT doivent de plus remplir les conditions suivantes : (...)"

7.3 Afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des ordonnances administratives (directives, circulaires, instructions ; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, 2^e éd., Berne 1994, ch. 3.3.5.1 et 3.3.5.2, p. 264 s. ; ATF 121 II 473 consid. 2b). La fonction principale de ces ordonnances est de garantir l'unification et la rationalisation de la pratique ; ce faisant, elles permettent aussi d'assurer l'égalité de traitement et la prévisibilité administrative et facilite aussi le contrôle juridictionnel (MOOR, op. cit., vol. I, ch. 3.3.5.3, p. 268 ; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, n° 124 ; GIOVANNI BIAGGINI, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung : Rechtsnorm oder Faktum ?, in ZBL 1997 p. 4). Les ordonnances administratives n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure, ni restreindre ou étendre son champ d'application. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 133 II 305 consid. 8.1, 123 II 16 consid. 7, 121 II 473 consid. 2b ; MOOR, op. cit., vol. I, ch. 3.3.5.2 et 3.3.5.3, p. 266-271).

S'il est vrai que les ordonnances administratives interprétatives ne lient en principe ni les tribunaux ni les administrés, il n'en reste pas

moins que les uns et les autres en tiennent largement compte. Dans la mesure où ces directives assurent une interprétation correcte et équitable des règles de droit, le juge les prendra en considération (ATF 132 V 121 consid. 4.4 ; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, n° 371).

Ne contenant aucune règle de droit "stricto sensu", les ordonnances administratives sont en principe applicables dans le temps de la même manière que les dispositions qu'elles interprètent, notamment en ce qui concerne un éventuel effet rétroactif (arrêt du TF 2A.555/1999 du 15 mai 2000). Elles ne sont toutefois pas immuables et des motifs sérieux et objectifs, soit une connaissance plus approfondie de l'intention du législateur, un changement de circonstances extérieures ou l'évolution des conceptions juridiques, permettent à l'autorité de les modifier sans violer les principes de l'égalité de traitement et de la sécurité du droit (arrêt précité et les réf. aux ATF 125 II 152 consid. 4c/aa et 102 Ib 45 consid. 1).

8.

Entre 2003 et 2005, les directives financières se référaient de manière générale aux réglementations cantonales pour la prise en charge des ponts AVS. Le SECO a par la suite adapté ses directives financières en précisant dans celles de 2006 et 2007 que les rentes transitoires liées aux institutions de caisse de retraite étaient imputables "dans la mesure où les exigences du SECO relatives à la retraite anticipée sont remplies".

Par décisions des 24 août 2004 et 31 août 2005, le SECO a agréé sans réserve les comptes annuels et l'indemnisation des frais d'exécution pour les exercices 2003 et 2004 ; ces comptes englobaient les ponts AVS préretraite prévus par le statut du personnel cantonal et versés à six employés pour un montant total de Fr. 57'888.80 en 2003 et de Fr. 61'166.35 en 2004 (cf. ch. 3.9 autres frais). Par décision du 22 août 2006, le SECO a refusé d'agréer les frais d'exécution pour l'exercice 2005 en ce qui concerne les ponts AVS 2005 pour un montant total de Fr. 98'227.35 et, avec effet rétroactif, les ponts AVS 2003 (Fr. 57'888.80) et 2004 (Fr. 61'166.35), motif pris qu'ils ne répondaient pas à une raison économique.

Il convient d'examiner dans un premier temps si la nouvelle pratique

du SECO repose sur une application correcte du droit et, dans un deuxième temps, si elle peut être appliquée avec effet rétroactif.

9.

9.1 L'exécution de la LACI poursuit quatre objectifs : la prévention du chômage, la réinsertion rapide et durable des demandeurs d'emploi inscrits, la prévention du chômage de longue durée et de l'arrivée en fin de droits et, enfin, l'exécution efficace de la LACI et de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de service (LSE, RS 823.11) (BORIS RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2^e éd., Zurich 2006, p. 710). Ces objectifs impliquent l'engagement d'un personnel qui dispose non seulement de connaissances spéciales, mais également et surtout d'une certaine expérience. Or, la gestion des ressources humaines ne peut pas, dans le secteur de l'assurance-chômage, être planifiée à long terme (Message du Conseil fédéral du 29 novembre 1993 à l'appui de la deuxième révision partielle de LACI, FF 1994 I 340, 366). Les organes d'exécution doivent s'adapter lorsque le chômage décroît fortement. Ce faisant, ils doivent également éviter le démantèlement des structures mises en place pour l'exécution de l'assurance-chômage ainsi que la perte des compétences existantes afin d'éviter de devoir tout reconstruire en cas de recrudescence du chômage (voir en ce sens l'annexe à la Communication ORP/LMMT/ACt 2007/01 "Adaptation des structures d'exécution en cas de baisse du nombre de demandeurs d'emploi"). Lorsque les mesures prises (p. ex. : optimisation des structures d'exécution, collaboration intercantonale, fluctuations naturelles de personnel, placement du personnel dans d'autres services) ne suffisent pas, d'autres moyens peuvent être envisagés, comme par exemple la mise à la retraite anticipée de certains employés. Dans le document précité, le SECO soumet cette solution aux conditions suivantes : le poste est supprimé en raison de l'évolution positive du marché du travail et de la baisse du nombre de demandeurs d'emploi ; le placement de la personne dans une structure d'exécution de la LACI ou dans le canton a échoué ; la personne concernée a atteint l'âge de la retraite anticipée, soit 62 ans pour les hommes, respectivement 60 ans pour les femmes ; la personne a travaillé au moins durant cinq ans dans une structure d'exécution de la LACI.

9.2 Conformément à l'art. 92 al. 7 LACI, le fonds de compensation rembourse aux cantons les frais à prendre en compte pour les tâches qui leur incombent dans le cadre du service public de l'emploi, pour l'exécution des tâches prévues dans la loi (art. 83 al. 1 let. n^{bis} et 85 al. 1 let. d, e et g à k), l'exploitation des ORP (art. 85b) et l'exploitation des services LMMT (art. 85c). Lors de la révision de la loi sur l'assurance-chômage du 23 juin 2000, l'art. 92 al. 7 LACI a été complété afin de permettre la prise en compte des frais fixes générés par les fluctuations du marché du travail ainsi que le risque de responsabilité (Message du Conseil fédéral du 23 février 2000 à l'appui d'une révision de la LACI, FF 2000 1588, 1600). Ce complément a été adopté par le législateur sans modification (RO 2000 3093) et sans donner lieu à une discussion lors des débats parlementaires (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale [BO] 2000 N 681 ss et 854, BO 2000 E 258 et 479). L'art. 92 al. 7 LACI a par la suite subi diverses modifications sans incidence sur la présente procédure (RO 2003 1728 : adjonction de l'art. 85c LACI et des frais additionnels temporaires générés par la collaboration intercantonale [art. 85e] et interinstitutionnelle [art. 85f] ; RO 2006 979 : adjonction de l'art. 83 al. 1 let. n^{bis} ; RO 2007 5779 : al. 7^{bis} 2^e phrase).

Il appert ainsi de ce qui précède que les coûts administratifs à prendre en compte comprennent non seulement ceux qui sont induits par l'exécution des tâches prévues par la loi, mais aussi ceux engendrés par les fluctuations du marché du travail, soit en cas de décreue du chômage. L'art. 92 al. 7 LACI ne mentionne toutefois pas à quelles conditions ces coûts supplémentaires sont soumis pour être pris en compte, mais laisse au Conseil fédéral le soin de régler cette question.

Dans son ordonnance, le Conseil fédéral prévoit que sont pris en compte les frais d'exploitation et les frais d'investissement (art. 122a al. 1 OACI). Le DFE peut fixer une indemnité forfaitaire ou des montants plafonds pour certaines dépenses. En cas de doutes, l'organe de compensation décide au cas par cas des frais pris en compte (art. 122a al. 2 OACI). L'art. 122a al. 3 laisse au DFE le soin de définir la structure minimale propre à garantir le service minimal des ORP, du service LMMT et de l'autorité cantonale et de fixer le coût de ce service minimal compte tenu de la nécessité de préserver le niveau de qualification du personnel et de garantir un agrandissement rapide des structures en cas d'augmentation du nombre de demandeurs d'emploi. Quant aux al. 4 et 5, ils décrivent la procédure :

le canton soumet un budget général des dépenses prévues pour les ORP, le service LMMT et l'autorité cantonale à l'organe de compensation qui prononce une décision de principe (décision d'octroi).

Ces dispositions énoncent des critères généraux ; elles visent à donner à l'administration les lignes générales pour assurer une gestion qui répond aux exigences de l'art. 92 al. 7 LACI qui prescrit au Conseil fédéral de prendre en compte de façon équitable les frais fixes permettant de faire face aux fluctuations du marché du travail. Ces critères font appel à des concepts juridiques indéterminés qui laissent par essence à l'autorité comme au juge une très large latitude d'appréciation (MOOR, op. cit., vol. I, ch. 2.1.1.3, p. 37 et 4.3.3.1, p.379 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n° 428 ss). Cette latitude d'appréciation apparaît également à l'art. 122a al. 2 OACI qui prévoit que l'organe de compensation décide pour certaines dépenses au cas par cas des frais pris en compte lorsqu'il y a des doutes. Cela dit, la procédure mise en place aux al. 4 et 5 (présentation d'un budget général et décision d'octroi) permet à l'organe de compensation d'indiquer, déjà lors de l'examen du budget, les dépenses qui ne seront pas prises en compte, voire les conditions auxquelles elles seront soumises pour être prises en compte afin d'assurer la prévisibilité administrative et l'égalité de traitement. L'unification de la pratique et la sécurité du droit peuvent en outre être assurées par le truchement des directives portant en particulier sur la prise en compte des frais ; l'art. 9 let. b de l'ordonnance sur l'indemnisation des cantons autorise précisément l'organe de compensation à édicter des directives en ce sens.

En résumé, il ressort de ce qui précède qu'il existe une base légale formelle suffisante autorisant la prise en compte des frais fixes découlant des fluctuations du marché du travail ; que les dispositions consacrées à ce sujet dans l'ordonnance du Conseil fédéral respectent le cadre légal ; qu'en l'espèce, la nature des règles de droit à appliquer implique de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manoeuvre lors de la concrétisation de ces normes (ATF 123 I 112 consid. 7a, 122 I 360 consid. 5b/bb, 109 la 273 consid. 4d) ; qu'enfin, la procédure mise en place permet de garantir la prévisibilité administrative, et donc la sécurité du droit, ainsi que l'égalité de traitement.

Force est dès lors de constater que la nouvelle pratique du SECO, qui soumet la prise en compte des frais générés par la mise en retraite anticipée, soit les ponts AVS, à la condition qu'elle soit due à des raisons économiques, repose sur une base légale suffisante. Par ailleurs, les conditions émises dans la note interne (cf. supra consid. 7.2) ne paraissent pas sortir du cadre fixé par la loi, ni restreindre ou étendre son champ d'application.

9.3 En revanche, les frais générés par les ponts AVS qui découlent, comme en l'espèce, de la mise à la retraite anticipée sur une base volontaire ne peuvent pas être pris en compte dès lors qu'ils sortent du cadre fixé par la loi – la loi du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp) règle et assure l'exécution dans le canton de X._____ de la législation sur l'assurance-chômage (art. 2 al. 1 LEmp) ; le service public de l'emploi est l'autorité compétente pour mettre en oeuvre le service public de l'emploi en application des art. 24 ss LSE (art. 10 LEmp) ; dit service exerce les compétences dévolues à l'autorité cantonale en application de la LACI (art. 11 al. 1 LEmp) ; selon l'art. 14 al. 2 LEmp, les collaborateurs des ORP sont administrativement rattachés au service et sont soumis à LPers-VD ; le programme d'encouragement à la retraite instaurée par le Conseil d'État de 1996 à 2004 en vertu de l'art. 56 al. 1 LPers-VD leur est donc applicable.

Les motifs développés par l'ancienne Commission de recours DFE dans sa décision du 27 avril 2005 (MC/2003-11) doivent être précisés. Dans cette cause, le SECO avait refusé d'agréer un montant de Fr. 20'600.- relatif au pont AVS d'un employé d'un ORP, motif pris que la mise à la retraite anticipée ne résultait ni du développement du marché du travail, ni d'une suppression de poste. L'ancienne Commission de recours DFE s'était, quant à elle, notamment appuyée sur le fait que le législateur avait abrogé, après un court laps de temps, l'art. 65a LACI (RO 1996 283) qui permettait au Conseil fédéral d'introduire, pour une durée limitée, une réglementation en matière de préretraite si un chômage important et persistant, frappant une région, un secteur économique ou l'ensemble du pays, rendait cette mesure nécessaire. Il s'agissait en substance, par le biais d'une allocation versée par l'assurance-chômage, de favoriser le départ en retraite anticipée de travailleurs âgés à la condition, notamment, que le poste libéré par ce collaborateur soit repourvu par un chômeur (RO 1996 283 ; BO 1994 E 316, BO 1994 N 1683, BO 1995 E 110, BO 1995 N

1135, BO 1995 E 628 s. ; RO 1996 3085). Ce faisant, dite commission n'a pas distingué les retraites anticipées volontaires de celles dues aux fluctuations du marché du travail visées précisément par la nouvelle de 2002. Elle a ainsi perdu de vue que, dans la prise en compte des frais d'exécution de la LACI, il convient de tenir compte de ceux induits en raison de la fluctuation du marché du travail, en application de l'art. 92 al. 7 LACI.

10.

Dans la décision du 22 août 2006 (procédure B-7822/2006), le SECO a révoqué les décisions des 24 août 2004 et 31 août 2005 en tant qu'elles portaient sur les ponts AVS agréés sans réserve pour les exercices 2003 et 2004. Ainsi, il convient d'examiner, d'une part, si l'autorité inférieure pouvait changer sa pratique en matière d'agrément des ponts AVS (consid. 10.2) et, d'autre part, si c'est à bon droit qu'elle a révoqué son agrément pour les ponts AVS versés en 2003 et 2004 (consid. 10.3).

Par ailleurs, le SECO a refusé dans cette même décision d'agréer les frais d'exécution portant sur les ponts AVS 2005. Dans ce contexte, il sied d'examiner si c'est à bon droit que le SECO a procédé de la sorte (consid. 10.4).

10.1 Pour être compatible avec le principe de l'égalité de traitement prévu à l'art. 8 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), un changement de pratique doit – de la même manière qu'un revirement de jurisprudence décidé par une autorité judiciaire (MOOR, op. cit., vol. I, p. 76) – reposer sur des motifs sérieux et objectifs, à savoir une connaissance plus approfondie de l'intention du législateur, un changement des circonstances extérieures ou l'évolution des conceptions juridiques. Une mauvaise application du droit peut également motiver un tel changement. Les raisons qui militent en faveur d'un nouveau point de vue doivent être plus importantes que les effets négatifs pour la sécurité du droit résultant d'un changement de pratique (THOMAS PROBST, *Änderung der Rechtsprechung*, St-Gall 1992, p. 66 ; MOOR, op. cit., vol. I, p. 463 ; ATF 126 V 36 consid. 5a, 125 II 152 consid. 4c/aa, 125 III 312 consid. 7 ; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 64.57 consid. 4).

Lorsqu'une décision est entrée en force de chose jugée, elle ne peut

en principe pas être modifiée (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n° 822 et 992). Toutefois, une décision matériellement d'emblée erronée ou qui l'est devenue suite à une modification de la situation de fait ou de droit peut, à certaines conditions, être annulée par l'autorité qui l'a rendue après son entrée en force. A cet égard, il convient de mettre en balance l'intérêt à l'application correcte du droit objectif et celui à la sauvegarde de la sécurité juridique (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n° 823 ; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, 2^e éd., Berne 2002, p. 327 ss ; ATF 121 II 276 consid. 1a/aa, 119 la 305 consid. 4c). Selon la doctrine et la jurisprudence, le postulat de la sécurité du droit l'emporte en général lorsque la décision précédente a fondé un droit subjectif, lorsque le particulier a déjà fait usage de la faculté octroyée de manière irrévocable ou encore lorsque dite décision a été prise dans une procédure au cours de laquelle tous les intérêts antagonistes devaient être examinés sous tous leurs aspects. Cette règle n'est toutefois pas absolue. Une révocation peut en effet aussi intervenir dans un des trois cas évoqués ci-dessus lorsqu'elle est imposée par un intérêt public particulièrement important (ATF 121 II 276 consid. 1a/aa, 119 la 305 consid. 4c, 115 lb 155 consid. 3a, 109 lb 252 consid. 4b ; ANDRÉ GRISSEL, Traité de droit administratif, vol. I, Neuchâtel 1984, p. 431 ss ; MOOR, op. cit., vol. II, p. 330 ss).

10.2 A la lumière de ce qui précède, on doit bien reconnaître que le changement de pratique du SECO repose sur des motifs objectifs et sérieux. L'évolution des concepts juridiques a en effet permis, d'une part, de mieux comprendre ce qu'il fallait entendre par frais d'exécution de la LACI à prendre en compte. D'autre part, les considérants qui précèdent mettent également en évidence que l'ancienne pratique qui consistait à prendre en charge dans leur intégralité tous les ponts AVS – départs à la retraite dus à des raisons économiques et départs à la retraite volontaires – constituait une mauvaise application du droit. C'est donc à bon droit que l'autorité inférieure a changé sa pratique.

10.3 Se fondant sur cette nouvelle pratique, le SECO a révoqué deux précédentes décisions d'agrément en tant qu'elles portaient sur les ponts AVS. Le SECO justifie cette révocation en se basant sur la décision de l'ancienne Commission de recours DFE du 27 avril 2005 précitée. Il ne prétend toutefois à aucun moment qu'un intérêt public prépondérant imposait la révocation de ces décisions, que ce soit dans la décision querellée ou dans sa réponse au recours. D'ailleurs,

l'attitude du SECO ne permet pas d'admettre l'existence d'un tel intérêt public. En effet, malgré la décision de l'ancienne Commission de recours DFE du 27 avril 2005, le SECO n'a changé sa pratique que durant l'année 2006, lors de l'agrément des comptes de l'année 2005. En outre, les autorités cantonales d'exécution de la LACI n'ont pas été informées de cette nouvelle pratique. Et ce n'est que lors de l'édition de la Directive financière 01/2006 relative au budget de l'année 2006 qu'une réserve a été expressément faite s'agissant de la prise en charge des ponts AVS.

Force est donc d'admettre que, dans la situation du cas d'espèce, le postulat de la sécurité du droit et le principe de la prévisibilité de l'activité administrative l'emportent sur l'intérêt public à la révocation des décisions des 24 août 2004 et 31 août 2005 en tant qu'elles portent sur les ponts AVS agréés sans réserve pour les exercices 2003 et 2004. C'est dès lors à tort que ces décisions ont été révoquées.

Le recours est donc bien fondé sur ce point.

10.4 S'agissant de l'agrément des comptes de l'exercice 2005, il convient de prime abord de constater que le recourant a soumis au SECO son budget annuel 2005, qui a fait l'objet d'une décision d'octroi au sens de l'art. 122a al. 5 OACI. Comme nous l'avons vu ci-dessus (cf. consid. 9.2), cette décision d'approbation de budget permet au SECO d'indiquer quels frais seront pris en charge, voire les conditions auxquelles ils seront soumis pour être pris en compte, afin d'assurer la prévisibilité administrative et l'égalité de traitement. Aussi peut-on sérieusement se poser la question de savoir si cette décision d'octroi est une décision au sens de l'art. 5 PA qui lie le SECO et si, par conséquent, ce dernier ne l'a pas révoquée par la décision attaquée.

Cette question peut toutefois rester ouverte. En effet, comme rappelé ci-dessus, la Directive financière 01/2005 ne faisait mention d'aucune réserve s'agissant des ponts AVS. Le recourant était ainsi fondé à croire que la pratique déjà suivie en 2004 perdurait dès lors qu'elle n'avait donné lieu à aucune contestation de la part du SECO lorsqu'il a approuvé les comptes 2004 le 31 août 2005. A cela s'ajoute que le changement de pratique n'a été porté à la connaissance du recourant que le 30 septembre 2005 lorsque le SECO a publié sa Directive financière 01/2006. Applicable pour l'année 2006, cette directive n'a au

surplus aucun effet rétroactif pour l'année 2005. Il résulte de ce qui précède que, en refusant de prendre en compte les frais liés aux ponts AVS dans la décision attaquée du 22 août 2006, le SECO a modifié les règles de prise en charge des frais d'exécution de la LACI au mépris de la prévisibilité de l'activité administrative. Dès lors, ce qui a été dit au consid. 10.3 vaut, mutatis mutandis, également dans ce contexte.

Le recours se révèle dès lors également bien fondé sur ce point.

11.

Dans la décision du 28 août 2007 (procédure B-7911/2007), le SECO a notamment déclaré non-imputables les ponts AVS de l'année 2006 et les indemnités de licenciement versées à M. P._____, lesquelles comprennent un pont AVS rétroactif, une indemnité de départ et des frais de justice. Le 26 septembre 2007, le SECO a partiellement reconsidéré sa décision du 28 août 2007 en ce qui concerne M. P._____ et a pris en charge la moitié du pont AVS de ce dernier.

11.1 Il est admis et non contesté que les ponts AVS de l'année 2006 n'ont pas été versés dans le cadre de départs à la retraite anticipée pour des raisons économiques. Ainsi donc, l'autorité inférieure a refusé avec raison de prendre en charge ces rentes transitoires au regard de sa nouvelle pratique, ces départs n'entrant pas dans le cadre des fluctuations du marché du travail de l'art. 92 al. 7 LACI (cf. supra consid. 9.2).

La Directive financière 01/2006 "Budget 2006", éditée en septembre 2005, indique clairement que les rentes transitoires sont imputables dans la mesure où les exigences du SECO relatives à la retraite anticipée sont remplies. Le recourant ne pouvait donc pas ignorer l'existence de la nouvelle pratique du SECO en matière de ponts AVS lorsqu'il a établi son budget. On peut également exiger du recourant qu'il ait pris connaissance des exigences du SECO en matière de retraite anticipée, dès lors que la directive précitée y fait expressément référence (voir en ce sens l'arrêt du TF 2D_136/2007 du 19 juin 2008 consid. 3.1 s. et les réf. cit.). En outre, les Directives financières 02/2006 "Règles de tenue des comptes 2006", éditée en octobre 2005, et 01/2007 "Budget 2007", éditée en septembre 2006, mentionnent les mêmes réserves. C'est dire que le recourant savait que seuls les ponts AVS qui respectaient les conditions du SECO en

matière de retraite anticipée allaient être pris en charge lors de l'agrément des comptes annuels de l'exercice 2006.

Le droit cantonal prévoit à certaines conditions l'octroi d'un pont AVS (voir consid. 9.3 ci-dessus). Mais, comme établi plus haut (voir consid. 9.2), le droit fédéral ne permet d'en mettre les coûts à la charge du fonds de compensation de l'assurance-chômage que dans des limites étroites, liées aux fluctuations du marché du travail, conformément à l'art. 92 al. 7 LACI. Or, il est en l'espèce admis et non contesté que les ponts AVS 2006 n'ont pas été versés dans le cadre de départs à la retraite anticipée pour des raisons économiques. Ainsi donc, l'autorité inférieure a refusé avec raison de prendre en charge ces rentes transitoires au regard de sa nouvelle pratique. Le fait que les ponts AVS soient des prestations qui s'inscrivent dans la durée de par leur nature et que certains ont été octroyés avant le changement de pratique n'est pas pertinent. En effet, le SECO serait amené, dans le cas contraire, à tenir compte des spécificités de la législation du canton de X._____ sur le personnel au risque de violer l'égalité de traitement entre cantons.

Le recours est donc mal fondé sur ce point.

11.2 S'agissant enfin du cas P._____, il convient dans un premier temps d'examiner la question du pont AVS pris en charge par moitié par le SECO (consid. 11.2.1). Restera ensuite à déterminer si c'est à bon droit que ce dernier a déclaré non-imputables les indemnités de licenciement versées à M. P._____, comprenant une indemnité de départ et les frais de justice (consid. 11.2.2).

11.2.1 Le SECO a déclaré, dans un premier temps, non-imputable le pont AVS alloué à M. P._____. Il a par la suite reconsidéré sa décision en prenant en charge la moitié de ce pont, bien que, aux dires du SECO lui-même, les conditions pour une telle prise en charge n'étaient pas toutes réunies.

Il est vrai que l'art. 122a al. 2 OACI permet au fonds de compensation, en cas de doutes pour certaines dépenses, de décider au cas par cas. Et il semble que le SECO a fait in casu usage de cette faculté. Cependant, la jurisprudence a déduit du droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 Cst. le devoir pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse apprécier la portée du prononcé et de le

contester efficacement, s'il y a lieu, devant une instance supérieure. Elle tend aussi à éviter que l'autorité ne se laisse guider par des considérations subjectives ou dépourvues de pertinence ; elle contribue, par là, à prévenir une décision arbitraire. L'objet et la précision des indications à fournir dépendent de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas. Néanmoins, il suffit, en règle générale, que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée (arrêt du TF 1C_171/2008 du 20 juin 2008 consid. 2.1 ; voir également : ATF 126 I 97 consid. 2b, 125 II 369 consid. 2c, 124 II 146 consid. 2a, 112 1a 107 consid. 2b).

En l'espèce, le SECO n'expose pas les motifs qui l'ont conduit à prendre en charge par moitié le pont AVS litigieux – il soutient d'ailleurs que les conditions pour une telle prise en charge n'étaient pas toutes réunies. Invité à deux reprises à se prononcer sur le recours, il s'est de surcroît limité à exposer que la prise en charge du pont AVS litigieux a été faite à titre exceptionnel, compte tenu de l'âge de l'intéressé et de la situation dans laquelle son licenciement s'est déroulé. Force est dès lors de constater que la motivation de la décision querellée est, sur ce point, non seulement insuffisante, mais également contradictoire.

Par ailleurs, il ressort de la décision du 28 août 2007 que le pont AVS litigieux est rétroactif. Rien n'indique toutefois sur quelles années ces prestations ont été allouées à M. P._____. C'est dire que les faits pertinents n'ont pas été établis de manière complète.

11.2.2 Le SECO a déclaré non-imputables les indemnités de licenciement versées à M. P._____, lesquelles sont constituées d'une indemnité de départ (Fr. 55'264.10) et de frais de justice (Fr. 5'025.-). L'autorité inférieure prétend qu'il n'existe aucune base légale pour justifier leur agrément qui contreviendrait sinon à l'objet et au but de la loi.

La décision du 22 août 2006 portant sur l'agrément des comptes 2005 (procédure B-7822/2006) indique, dans son préambule, qu'elle est notamment fondée sur la Management letter 2005 du 22 août 2006 du SECO. Cette dernière fait donc partie de la décision d'agrément. Dans la partie "Régularité des comptes" (point 1.3), ce document contient des constatations du SECO. C'est ainsi qu'il est noté que, suite au licenciement d'un employé, une indemnité pour licenciement ainsi que

le salaire ont été payés sur demande d'un arrêt du Tribunal cantonal et que la somme totale de Fr. 55'105.56 était prise en charge à titre exceptionnel et sans créer un précédent. Il en résulte que dite indemnité de licenciement a été intégrée dans le montant figurant dans le compte de frais d'exécution agréé au chiffre 1.2 de la décision du 22 août 2006.

Au vu de ce qui précède, la décision du 28 août 2007, en tant qu'elle déclare non-imputable l'indemnité de licenciement, pourrait être considérée comme une révocation de la décision du 22 août 2006. Il incombait dès lors au SECO de démontrer l'existence d'un intérêt public prépondérant justifiant une telle révocation (cf. notamment consid. 10.1), ce qu'il n'a manifestement pas fait. En effet, le SECO n'a jamais exposé les motifs qui l'ont conduit à prononcer les décisions contradictoires des 22 août 2006 et 28 août 2007. Dans la Management letter du 22 août 2006, le SECO s'est limité à prétendre que la prise en charge de l'indemnité de licenciement était exceptionnelle. Dans la décision du 28 août 2007, il a considéré qu'il n'existait aucune base légale pour justifier l'agrément de l'indemnité de départ et des frais de justice litigieux ; en outre, invité à deux reprises à se prononcer sur le recours, le SECO n'a pas apporté la moindre explication supplémentaire sur ce point. Par conséquent, ce qui a été dit plus avant au consid. 11.2.1 vaut, mutatis mutandis, également dans ce contexte.

Au demeurant, en dépit du fait que tout porte à croire que les constatations mentionnées dans la Management letter du 22 août 2006 font référence au cas P._____, on doit bien constater que, sur cette question, l'état de fait est lacunaire. En effet, le montant de l'indemnité de licenciement mentionné dans ladite lettre est, d'une part, différent de celui de l'indemnité de départ indiqué dans la décision du 28 août 2007. D'autre part, même si l'indemnité de licenciement de la Management letter s'avère liée au cas P._____, on ne peut pas savoir à quel moment le recourant s'est vu indemniser les montants litigieux.

12.

Il suit de ce qui précède que le recours du 20 septembre 2006 contre la décision du SECO du 22 août 2006 (procédure B-7822/2006) doit être admis et le chiffre 2 de dite décision annulé.

Le recours du 25 septembre 2007 contre la décision du SECO du 28 août 2007 (procédure B-7911/2007) est quant à lui partiellement admis. Partant, le chiffre 2 de dite décision, en tant qu'il porte sur les indemnités pour le licenciement abusif de M. P._____ (un pont AVS rétroactif, des indemnités de départ et des frais de justice), est annulé et la cause renvoyée au SECO pour qu'il établisse les faits et rende une décision motivée.

13.

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 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 et 4 FITAF). Le recourant obtenant partiellement gain de cause, les frais de procédure doivent être réduits (art. 63 al. 1 PA).

La procédure n'ayant pas occasionné de frais relativement élevés au recourant, il n'y a pas lieu de lui allouer de dépens (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 2 FITAF).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours du 20 septembre 2006 contre la décision du Secrétariat d'Etat à l'économie du 22 août 2006 (procédure B-7822/2006) est admis. Partant, le chiffre 2 de ladite décision est annulé.

2.

Le recours du 25 septembre 2007 contre la décision du Secrétariat d'Etat à l'économie du 28 août 2007 (procédure B-7911/2006) est partiellement admis. Partant, en tant qu'il porte sur les indemnités de licenciement allouées à M. P._____ (pont AVS, indemnité de départ et frais de justice), le chiffre 2 de ladite décision est annulé et la cause est renvoyée au Secrétariat d'Etat à l'économie pour qu'il établisse les faits et rende une décision motivée. Pour le reste, le recours est rejeté.

3.

L'avance de frais de Fr. 1'700.- versée dans la procédure B-7822/2006 sera restituée au recourant dès l'entrée en force du présent arrêt.

Les frais concernant la procédure B-7911/2007, d'un montant de Fr. 850.-, sont mis à la charge du recourant et imputés sur l'avance de frais déjà versée de Fr. 1'700.-. Le solde de Fr. 850.- sera restitué au recourant dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Il n'est pas alloué de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire ; annexes : formulaires "adresse de paiement")
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 2006-08-02/12 ; Acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie (Acte judiciaire)
- au Service public de l'emploi du canton de X._____, (courrier A)
- au Département des finances du canton de X._____, (courrier A)

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

Le président du collège :

Le greffier :

Bernard Maitre

Olivier Veluz

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 : 13 janvier 2009