



---

Cour II  
B-7915/2007/scl  
{T 0/2}

## Arrêt du 25 novembre 2008

---

Composition

Claude Morvant (président du collège),  
Hans Urech, Bernard Maitre, juges,  
Nadia Mangiullo, greffière.

---

Parties

**Le Fondateur de la caisse 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  
pour l'année 2006 / Convention 2004 portant sur  
l'application de la LACI par les caisses de chômage,  
Malus pour l'année 2006.

**Faits :****A.**

**A.a** Le 6 octobre 2003, le Fondateur de la caisse X.\_\_\_\_\_ (ci-après : le Fondateur) a conclu avec la Confédération suisse, représentée par le Département fédéral de l'économie (DFE), une convention portant sur l'application de la loi fédérale sur l'assurance-chômage (ci-après : la Convention). Cette Convention, valable pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2004 au 31 décembre 2008, énumère les tâches à accomplir par les caisses et établit des indices de performance qui permettent de mesurer les prestations des caisses. Elle définit les conditions-cadres de la collaboration entre la Confédération et le fondateur de la caisse de chômage et a pour objet de donner au fondateur les motifs propres à l'inciter à exécuter la loi avec efficacité (ch. 1).

La Convention règle l'indemnisation des frais d'administration à prendre en compte qui découlent de l'accomplissement des tâches spécifiques et qui est versée au fondateur de la caisse. Les frais d'administration des caisses dont les prestations se situent à l'intérieur d'une marge neutre définie seront indemnisés à 100%. A titre incitatif, le taux d'indemnisation auquel le fondateur de la caisse est remboursé est plus élevé s'il fournit une prestation supérieure à la moyenne (bonus) ou fait l'objet d'une déduction calculée (malus) s'il peut faire uniquement état d'une prestation inférieure à la moyenne. Dans ce cas, les caisses dont les résultats se situent en dessus de la marge de fluctuation doivent assumer en partie leurs frais (ch. 6). L'indemnisation des frais d'administration allouée aux fondateurs des caisses de chômage découle de la performance atteinte par la caisse, mesurée par le biais des unités de prestation (UP). Le taux en francs par UP doit être compris comme le prix que l'assurance-chômage est prête à payer en compensation de la prestation effectuée. Les coûts moyens des caisses de chômage décomptant sur la base de leurs frais effectifs (caisses de référence) déterminent la règle permettant de fixer le montant du taux en francs par UP.

La marge de fluctuation est définie par rapport à une valeur cible fondée sur la moyenne des frais effectifs par UP des caisses de référence au cours de l'année précédente. La valeur cible de base, publiée en début d'année, est actualisée lors de la clôture de l'exercice

annuel, en fonction de l'évolution de la situation du marché du travail propre à l'environnement immédiat de chaque caisse de chômage (annexe 2). Les indices de performance permettant de mesurer l'efficacité des caisses de chômage dans l'accomplissement de leurs tâches spécifiques figurent dans une liste dite L608 qui constitue l'annexe 1 à la Convention. Selon cette liste, chaque activité spécifique correspond à un certain nombre d'UP par poste à temps complet (PTC) (ch. 3).

**A.b** Par une directive 03/2006 du 8 mars 2006 «Indemnisation des frais d'administration 2006 des caisses de chômage, Valeurs de base», le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le seco) a fixé pour l'année 2006 la valeur cible (VC) L10 pour un poste à temps complet (PTC) à 9'910 UP et la valeur A101, soit le nombre d'UP que la caisse peut faire valoir pour l'engagement d'apprentis, à 50% de la VC, soit 4'955 UP. Il a en outre fixé la valeur cible de base à Fr. 11.80/UP, la limite du bonus à Fr. 11.80/UP et la limite du malus à Fr. 20.60/UP.

Le 12 janvier 2007, le seco a indiqué aux caisses les valeurs de référence actualisées pour 2006. Pour la caisse X.\_\_\_\_\_ (ci-après : la Caisse), la valeur cible actualisée a été fixée à Fr. 12.14/UP, la limite du bonus actualisée à Fr. 12.14/UP et la limite du malus actualisée à Fr. 21.18/UP.

**A.c** La société fiduciaire Y.\_\_\_\_\_ a procédé à la vérification des comptes 2006 de la Caisse. Le 12 juin 2007, dite société a établi son rapport de révision et l'a transmis au seco.

**A.d** Par une première décision du 16 août 2007, le seco a statué sur l'agrément du compte annuel et du compte annuel des frais d'administration de l'exercice 2006. Se fondant sur la directive financière 01/2006 du 30 septembre 2005 concernant le budget 2006, Indemnisation des frais d'administration des caisses de chômage (ci-après : la directive 01/2006), il releva que le suivi d'apprentis par les caisses était honoré par des UP et qu'une caisse ayant jusqu'à 10 employés était gratifiée par des UP représentant ½ poste de travail. Constatant que la Caisse ne comptait que 4.22 PTC au 31 décembre 2006, il refusa en conséquence d'accepter la mise en compte du suivi de 2 apprenties et décida de soustraire 4'773 UP à la valeur L10 «autres tâches» du compte annuel MAVK-IFA.

Par ce qu'il a appelé une «décision ultérieure» datée du 29 août 2007, le seco a réexaminé sa première décision du 16 août 2007 en relevant qu'il accordait, à titre de mesure transitoire, la prise en compte des frais d'encadrement des apprentis qui travaillaient pour la caisse au moment de l'entrée en vigueur de la directive 01/2006, soit le 1<sup>er</sup> janvier 2006, et que cela concernait en l'espèce deux apprenties. Dans la mesure où l'une de ces apprenties avait quitté la caisse à fin août 2006, le seco considéra toutefois que les frais d'encadrement ne devaient être pris en compte qu'au pro rata du temps écoulé, soit 1.66 apprenties et qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de l'apprentie qui avait débuté son apprentissage en septembre 2006. C'est dès lors 8'259 UP (1.66 x 4'955) qui pouvaient être admises de sorte qu'il ne fallait soustraire que 1'469 UP de la rubrique «autres tâches» des comptes 2006.

**A.e** Par une troisième décision du 10 septembre 2007, le seco a statué sur le montant du malus en application de la convention de 2004. Il constata que les frais d'administration de la Caisse s'étaient montés en 2006 à Fr. 26.78/UP (Fr. 588'185.-/21'963 UP) et que cela représentait un dépassement de Fr. 5.60/UP par rapport à la limite fixée pour ledit malus (Fr. 26.78 - Fr. 21.18). En conséquence il établit le malus total à Fr. 122'993.- (Fr. 5.60 x 21'963 UP) et mit ce montant à la charge de la Caisse à raison de 80%, soit pour un montant de Fr. 98'394.-.

## **B.**

Par mémoire du 26 septembre 2007, le Fondateur de la Caisse (ci-après : le recourant) a déclaré recourir contre les décisions du seco du 16 août 2007, complétée par la décision ultérieure du 29 août 2007, et du 10 septembre 2007 auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant à ce qui suit :

«- statuer sur l'agrément des comptes 2006 de notre caisse en tenant compte du point concernant la bonification pour la formation de nos apprenties.  
- prendre position sur les points de la convention qui ne sont pas totalement respectés par le seco.  
- annuler le décompte de malus calculé par le seco en tenant compte du fait que ce dernier n'a pas respecté les prestations à fournir par ses soins prévues dans la convention.»

A l'appui de ses conclusions concernant l'agrément du compte annuel et du compte annuel des frais d'administration de l'exercice 2006, le recourant fait valoir que c'est à tort que le seco n'a pas tenu compte du fait que la Caisse formait 2 apprenties tout au long de l'année 2006.

Relevant que selon l'annexe 1 à la Convention, les caisses obtiennent pour chaque apprenti 50% des UP qui sont bonifiées pour un PTC, le recourant soutient que la directive sur laquelle s'est fondée le seco constitue une modification unilatérale de la Convention et que c'est en conséquence la totalité des UP correspondant à un PTC, soit 9'910 UP, qui aurait dû lui être bonifiée. S'agissant de la décision mettant un malus à sa charge, le recourant allègue que certains points de la Convention n'ont été que partiellement respectés par le seco et que le catalogue des prestations établi par le seco ne tient que partiellement compte du travail effectif réalisé au sein des caisses.

**C.**

Par décision incidente du 11 octobre 2007, le Tribunal administratif fédéral a désigné le collège des juges appelé à statuer sur le fond de la cause.

**D.**

Invité à se prononcer sur le recours, le seco en a proposé le rejet au terme de sa réponse du 14 novembre 2007. Il relève pour l'essentiel que l'adaptation de la directive 01/2006 se base sur le fait que, pour 2004 et 2005, certaines caisses ont généré plus du tiers des UP pour l'encadrement des apprentis, alors que cette occupation n'entre pas dans le catalogue des tâches définies par la loi sur l'assurance-chômage. En se basant sur la dimension de la caisse, cette adaptation tient compte du principe de proportionnalité. Ajoutant que la Convention doit être interprétée à la lumière de la directive 01/2006, le seco note que la mesure transitoire ne peut en l'espèce pas trouver application pour ce qui concerne une apprentie ayant commencé son apprentissage au cours de l'année 2006, soit après la modification de la directive. Il relève enfin que le recourant n'invoque pas d'erreurs spécifiques dans l'établissement du malus mais qu'il se borne à attribuer la responsabilité du dépassement des coûts au seco sans démontrer l'existence d'un lien de causalité entre les prétendues carences de celui-là et les mauvais résultats enregistrés par la Caisse.

**E.**

Par ordonnance du 13 décembre 2007, la Cour II du Tribunal administratif fédéral a indiqué que, dans le cadre des mesures de décharge de la Cour III dudit tribunal, elle reprenait le traitement de la cause et a désigné le nouveau collège des juges appelé à statuer sur le fond de la cause.

**F.**

Par réplique du 28 janvier 2008, le recourant a maintenu ses conclusions. Il relève que la Convention ne contient aucune information selon laquelle le nombre d'apprentis pouvant être pris en compte serait limité en fonction de l'importance des caisses. Le recourant ajoute que le seco a demandé durant plusieurs années aux entreprises de mettre davantage de places d'apprentissage à disposition des jeunes et que c'est essentiellement pour répondre à cette demande que la Caisse a ouvert une seconde place d'apprentissage. Admettant que la décision attaquée correspond au contenu de la directive 01/2006, le recourant soutient toutefois qu'il s'agit en l'occurrence d'une modification unilatérale de la Convention.

**G.**

Par duplique du 20 février 2008, le seco a conclu à nouveau au rejet du recours.

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).

**1.1** En vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF. Demeurent réservées les exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 LTAF. Les décisions et les décisions sur recours du seco ainsi que les décisions de l'organe de compensation peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 101 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0]).

En l'espèce, nonobstant les termes utilisés par le recourant, il y a lieu de considérer que le recours n'est dirigé que contre deux décisions du seco qui portent sur deux objets différents. Ainsi, le recours est d'une

part formé contre la décision du 29 août 2007, par laquelle le seco a réexaminé sa décision du 16 août 2007 et qui a trait à l'agrément des comptes de l'exercice 2006. D'autre part, il est dirigé contre la décision du 10 septembre 2007 concernant l'application de la Convention et le calcul du malus pour 2006. Ces décisions revêtent la qualité de décisions au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA émanant d'une autorité au sens de l'art. 33 let. d LTAF.

**1.2** Si deux décisions indépendantes sont attaquées par un seul recours, il se justifie de traiter le litige en une seule décision, dans le sens d'une jonction au sens impropre (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1476/2006 du 26 avril 2007 consid. 1.3 ; ANDRÉ MOSER in Moser/Übersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Bâle 1998, ch. 3.12). In casu, les deux décisions contre lesquelles le recours est dirigé sont étroitement liées du fait que la première influe sur le contenu de la seconde. Il convient par conséquent de rendre une seule et même décision en la matière.

**1.3** Le recourant, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteint par ces décisions et a un intérêt digne de protection à leur annulation ou à leur modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

**1.4** Les dispositions relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire 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. Le recours est ainsi recevable.

## **2.**

Les caisses de chômage publiques et les caisses de chômage privées agréées sont notamment chargées de l'application du régime de l'assurance-chômage (art. 76 let. a LACI). Les organisations d'employeurs et de travailleurs d'importance nationale, régionale ou cantonale peuvent instituer séparément ou en commun des caisses de chômage privées. Celles-ci doivent être agréées par l'organe de compensation. Une caisse est agréée lorsque son fondateur offre toute garantie d'une gestion correcte et rationnelle (art. 78 al. 1 LACI). Les tâches incombant aux caisses de chômage sont énumérées à l'art. 81 al. 1 let. a à e LACI. Elles consistent notamment à : déterminer le droit aux prestations (let. a) ; suspendre l'exercice du droit à l'indemnité (let. b) ; fournir les prestations (let. c) ; gérer le fonds de roulement (let. d) ; présenter périodiquement des comptes,

conformément aux directives de l'organe de compensation (let. e). L'organe de compensation contrôle périodiquement la gestion des caisses et des autorités cantonales ; il peut confier le contrôle des caisses, en tout ou partie, aux cantons ou à des tiers (art. 83 al. 1 let. c LACI). Il décide de la prise en compte des frais d'administration des caisses, des autorités cantonales, des offices régionaux de placement et des services de logistique des mesures relatives au marché du travail (art. 83 al. 1 let. m LACI). Le remboursement par le fonds de compensation des frais d'administration des caisses de chômage est réglé à l'art. 92 al. 6 LACI. Le fonds de compensation rembourse aux fondateurs des caisses les frais à prendre en compte qui résultent de l'accomplissement des tâches prévues à l'art. 81. Sur proposition de la commission de surveillance, le Conseil fédéral fixe les frais à prendre en compte. Il prend en compte les frais fixes de façon équitable en vue de compenser les fluctuations du marché du travail, ainsi que le risque de responsabilité (art. 82). Les frais à prendre en compte sont remboursés en fonction des prestations fournies. Le Département fédéral de l'économie (DFE) peut conclure des accords de prestations avec les fondateurs. Cette disposition a remplacé l'art. 92 al. 5 qui, dans sa teneur initiale du 25 juin 1982 (aLACI, RO 1982 2184), avait une teneur semblable, à l'exception de la possibilité de conclure des accords de prestations introduite par la nouvelle du 23 juin 2000 (RO 2000 3093). Enfin, les autorités de surveillance, soit en l'occurrence le seco, veille à assurer une application uniforme du droit et peut donner des instructions aux organes d'exécution (art. 110 LACI).

L'art. 122b al. 1 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage (OACI, RS 837.02) prévoit que l'accord de prestations selon l'art. 92 al. 6 LACI régit la coopération entre la Confédération et les fondateurs dans l'exécution de l'art. 81 LACI. Il encourage les fondateurs, par des incitations axées sur les prestations, à conduire l'exécution de manière efficiente. Il définit en particulier : la mise en oeuvre des objectifs de l'exécution de la loi (let. a) ; les indicateurs visant à mesurer les prestations (let. b) ; les conditions-cadres pour la gestion des caisses de chômage (let. c) ; les prestations de l'organe de compensation et des caisses de chômage (let. d) ; le financement (let. e) ; le reporting (let. f) ; la durée de l'accord et les règles de dénonciation (let. g). Si un fondateur ne signe pas l'accord pour une année civile, les frais à prendre en compte sont remboursés sur la base des prestations fournies. Les indicateurs de prestations sont

mesurés conformément à l'accord de prestations visé à l'art. 92 al. 6 LACI que le DFE a conclu avec les autres fondateurs de caisses. Si les indicateurs de prestations d'une caisse se situent dans la zone neutre ou dans la zone de bonus, les frais pris en compte selon l'ordonnance du 12 février 1986 sur l'indemnisation des frais d'administration des caisses de chômage sont entièrement remboursés au fondateur. Si cet indice se trouve dans la zone de malus, le système de malus de l'accord de prestations conclu avec les autres fondateurs est appliqué (art. 122b al. 3 OACI).

En application de l'ancien art. 92 al. 5 LACI, le Conseil fédéral a arrêté l'ordonnance du 12 février 1986 concernant l'indemnisation des frais d'administration des caisses de chômage (RS 837.12 ; ci-après : OIFC). L'indemnisation des frais comprend l'indemnisation des frais d'administration ordinaires, ainsi que les contributions à l'investissement (art. 1 al. 1 let. a et c OIFC). Elle couvre les frais à prendre en compte incombant aux fondateurs et résultant de l'accomplissement des tâches que l'assurance-chômage impose à leurs caisses (art. 1 al. 2 OIFC). Sont pris en compte pour l'indemnisation des frais ordinaires les frais de personnel (let. a), de locaux (let. b), de mobilier (let. c), de matériel de bureau (let. d), les taxes et primes d'assurance (let. e), les frais de voyage (let. f), les frais d'exploitation des installations de traitement électronique des données (let. g) et les frais de formation (let. h) (art. 2 al. 1 OIFC). Les frais ne peuvent être pris en compte que dans la mesure où leur engagement est nécessaire à une gestion rationnelle et ils sont déterminés en tenant compte du nombre de cas liquidés et des frais fixes (art. 2 al. 3 OIFC). L'organe de compensation édicte des directives relatives à la gestion rationnelle et à la détermination des frais à prendre en compte (art. 2 al. 5 OIFC). Chaque année, les caisses soumettent à l'organe de compensation, jusqu'au 30 septembre, un budget des frais d'administration ordinaires prévus pour l'année suivante. L'organe de compensation édicte des directives sur l'établissement du budget. Il approuve le budget en règle générale avant le 31 décembre ou enjoint à la caisse de le modifier (art. 3 al. 1 et 3 OIFC). Il fixe, pour chaque caisse, l'indemnité des frais administratifs en se fondant sur les frais à prendre en compte justifiés dans les comptes annuels (art. 6 al. 1 OIFC).

**3.**

Le recours est formé pour une part contre la décision du 29 août 2007 portant sur l'agrément du compte annuel (bilan et compte d'exploitation) et du compte annuel des frais d'administration 2006. Cette décision est fondée sur l'art. 6 al. 1 OIFC et sur les directives financières 01/2006 du seco. Il s'agit dès lors d'examiner si, comme le fait valoir le recourant, ces directives sont contraires à ce que prévoit la convention.

**3.1** La convention du 6 octobre 2003, dont le contenu a été rappelé sous lettre Aa ci-dessus, a été passée entre la Confédération et le fondateur de la Caisse. Cette convention se fonde sur l'art. 92 al. 6 LACI qui habilite le Département fédéral de l'économie à conclure des accords de prestations avec les fondateurs. Selon le message du Conseil fédéral du 23 février 2000 à l'appui d'une révision de la loi sur l'assurance-chômage (FF 2000 1588, 1596), une telle convention est un mandat de prestations dont le but est d'inciter les organes d'exécution de l'assurance-chômage à obtenir de meilleurs résultats, pour en définitive réduire les coûts. Pour le Conseil fédéral, un tel mandat, qui laisse aux caisses une plus grande liberté d'organisation en leur offrant des attraits financiers – certes avec des risques plus importants – devrait leur permettre de faire un usage plus efficace des moyens dont elles disposent. La convention conclue en l'espèce a pour but de régler la collaboration entre la Confédération et le fondateur en ce qui concerne l'application de l'art. 81 LACI, soit des tâches incombant aux caisses, et des art. 103 à 108 OACI ayant trait à l'organisation et au financement des caisses. Elle rappelle les buts assignés par la loi à la caisse en tant qu'organe d'exécution de la LACI (ch. 2), les indices de performance servant à mesurer l'efficacité de la caisse (ch. 2), les prestations du fondateur (ch. 4) les prestations du fonds de compensation (ch. 5) ainsi que le financement (ch. 6). Sous ce dernier point, la convention prévoit que l'indemnisation des frais d'administration à prendre en compte versée au fondateur est basée sur l'art. 92 al. 6 LACI et sur l'OIFC. Ces charges découlent de l'accomplissement des tâches spécifiques de la caisse de chômage conformément à l'art. 81 LACI.

Il ressort ainsi de ce qui précède que la convention a d'une part pour but de régler l'accomplissement par la caisse de tâches réglementées par le droit public ainsi que le financement de cette activité par le fonds de compensation. Elle revêt ainsi la nature juridique d'un contrat

de droit de public, lequel est caractérisé par le fait qu'il a directement pour objet l'accomplissement d'une tâche publique ou qu'il concerne un objet réglementé par le droit public, comme par exemple les équipements, les expropriations ou les subventions (voir RENÉ A. RHINOW, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in : Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, p. 303 ; ATF 128 III 250 et les remarques de Yvo Hangartner concernant cet arrêt in : AJP/PJA 2002, p. 1497). Comme c'est le cas des contrats de droit privé au sens des art. 1 ss CO, un tel contrat repose sur un échange de manifestations de volonté concordantes entre les parties (BERNHARD WALDMANN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag - eine Einführung in : Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 3).

**3.2** L'indemnisation versée à la caisse pour l'occupation d'apprentis est réglée dans l'annexe 1 à la convention qui définit les indices de performance. Cette annexe, comme au demeurant les annexes 2 (système de décompte) et 3 (prestations couvertes par l'OIFC) fait partie intégrante de la convention (ch. 9). Le catalogue des indices de performance prévoit sous rubrique A101 «Engagement d'apprentis par les caisses de chômage» une indemnisation correspondant à 50% de la valeur cible, la bonification s'effectuant au pro rata en cas d'interruption des années vouées à l'apprentissage. La rubrique consacrée à la description des indices de performance précise, à propos de la rubrique A101, que «la formation d'apprentis dans le domaine d'administration "caisses de chômage" est encouragée. Pour chaque apprenti, la caisse obtient 50 pour-cent des unités qui lui sont bonifiées pour un poste à plein temps. La base tenue est la valeur cible annuelle».

La directive financière 01/2006 sur laquelle se fonde la décision attaquée est applicable pour l'année 2006. S'agissant du compte n° 631.110 «Traitements et salaires», elle prévoit que eu égard à l'intensification de la promotion des apprentissages, il convient de saisir 0% au titre de taux d'occupation des apprentis et que le suivi des apprentis est honoré par des UP. La part qui revient aux apprentis par rapport à l'effectif total du personnel doit toutefois être appréciée de façon réaliste. Au besoin, la caisse peut facturer au fonds de compensation une dépense globale induite par le suivi des apprentis, et, au maximum, une dépense globale supplémentaire pour chaque

autre dizaine de PTC. Ainsi, la directive prévoit que, jusqu'à 10 PTC, la caisse peut facturer 1 dépense globale [= 1] ; à compter de 10 PTC, elle peut facturer 1 dépense globale + 1 [= 2] ; enfin, à compter de 20 PTC, elle peut facturer 1 dépense globale + 2 [= 3] (p. 5 et 6).

**3.3** Afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des directives. Celles-ci n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. 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). 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. En outre, 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<sup>e</sup> éd., Bâle 1991, n° 371).

**3.4** Comme relevé au consid. 2 ci-dessus, l'art. 2 al. 5 OIFC habilite l'organe de compensation, soit le seco, à édicter des directives relatives à la gestion rationnelle et à la détermination des frais à prendre en compte. Sous ch. 4, la Convention impose pour sa part aux fondateurs des caisses de chômage de saisir dans le système de gestion des bénéficiaires de l'assurance-chômage les cas concrets pertinents qui ont débouché sur des prestations fournies. Ils doivent le faire de manière complète et conforme aux directives (ch. 4a). Le fondateur garantit la tenue de bonne et due forme de la comptabilité et du décompte avec le fonds de compensation de l'assurance-chômage conformément aux directives édictées par ce dernier (ch. 4b).

**3.5** Le seco fait valoir dans sa réponse que l'adaptation de la directive financière 01/2006 est due au fait que, pour les années 2004 et 2005, certaines caisses ont généré plus du tiers des UP pour l'encadrement des apprentis alors que cette occupation n'entre pas dans le catalogue des tâches définies par l'art. 92 al. 6 LACI en lien avec l'art. 81 LACI. Il est vrai que l'encouragement de la formation d'apprentis par les caisses de chômage n'entre pas dans le catalogue des tâches

énuméré dans la loi. Il n'en reste cependant pas moins que cette clause, dont il y a tout lieu d'admettre qu'elle est en lien étroit avec les efforts déployés à l'époque par la Confédération pour la promotion des places d'apprentissage (voir rapport final de la Task Force «places d'apprentissage 2003» du 22 mars 2004 consultable sur internet ; [www.bbt.admin.ch/themen/berufsbildung](http://www.bbt.admin.ch/themen/berufsbildung)), a été introduite dans la convention sur la base de la volonté concordante des parties. En outre, on ne voit pas en quoi l'engagement d'apprentis et les frais de personnel qui en découlent serait de nature à contredire les exigences d'une gestion rationnelle de la caisse au sens de l'art. 2 al. 5 OIFC. Comme c'est le cas pour les contrats privés, les contrats de droit administratif doivent en principe être interprétés selon les règles de la bonne foi, notamment sous l'angle du principe de la confiance. Il convient donc de donner à une déclaration de volonté le sens que le destinataire pouvait lui accorder de bonne foi au moment où elle a été faite, compte tenu des circonstances prévalant à ce moment-là (ATF 103 Ia 505 consid. 2b). En l'occurrence, au regard du texte clair de la convention, le recourant pouvait donc sans autre admettre qu'il ne serait pas pénalisé s'il se conformait à l'objectif poursuivi et qu'il engageait des apprentis.

Dans le cas d'espèce, il apparaît que la directive 01/2006 contient une disposition indubitablement plus restrictive que ce que prévoit la convention dans la mesure où elle introduit une limitation du nombre d'apprentis pouvant bénéficier d'une bonification au sens du ch. A101 du catalogue des indices de performance. Le seco semble voir dans l'engagement d'apprentis tel que prévu par la convention un potentiel d'abus non conforme au but poursuivi d'une gestion rationnelle des caisses dans la mesure où il serait utilisé comme un moyen de compenser, en termes d'UP, les lacunes d'une caisse par hypothèse insuffisante dans sa gestion et lui permettre ainsi de réduire un risque de malus ou au contraire d'améliorer encore sensiblement les prestations d'une caisse de manière à lui permettre d'atteindre la limite du bonus prévue dans la convention. L'intérêt public invoqué par le seco trouve toutefois sa limite dans le principe de la confiance et ne peut en l'espèce pas conduire à ce que, dans l'interprétation nouvelle qu'elle fait d'une clause du contrat, la collectivité publique mette à la charge de son partenaire privé une charge que celui-ci ne pouvait raisonnablement pas prévoir au moment de la conclusion du contrat. Le fait que, selon la convention, le fondateur s'engage à effectuer les saisies dans le système de gestion des bénéficiaires d'une manière

complète et conforme aux directives et garantit la tenue en bonne et due forme de la comptabilité et du décompte avec le fonds de compensation de l'assurance-chômage conformément aux directives édictées par ce dernier n'y change en l'occurrence rien. En effet, lié par le contrat qu'il a conclu, le seco ne pouvait pas en modifier unilatéralement la teneur au détriment de la caisse par le biais d'une directive financière qui, en l'occurrence, va au-delà du cadre fixé par la convention.

**3.6** Il résulte de ce qui précède que c'est à tort que le seco a refusé de prendre en compte l'intégralité des UP, soit 9'910 UP, dues à la caisse pour les deux apprenties qu'elle occupait en 2006. Le recours doit en conséquence être admis et la décision du 29 août 2007 portant sur l'approbation des comptes et des frais d'administration pour 2006 annulée.

#### **4.**

Le recours est dirigé d'autre part contre la décision du 10 septembre 2007 mettant à la charge du recourant un malus de Fr. 98'394.-.

**4.1** La question se pose préalablement de savoir si le seco pouvait en cette matière statuer par voie de décision.

Il a été établi au consid. 3 ci-dessus que la Confédération et le recourant sont liés par un contrat de droit administratif portant sur l'application de la LACI et que ce contrat s'appuie sur l'art. 92 al. 6 LACI et l'OIFC. L'art. 92 al. 6 LACI prévoit que les frais à prendre en compte sont remboursés en fonction des prestations fournies et que le DFE peut conclure des accords de prestations avec les fondateurs. Ni cette disposition ni l'art. 122b OACI qui la concrétise ne définissent cependant comment les prestations en question sont mesurées. Quant à l'OIFC, qui définit à son art. 2 quels sont les frais pris en compte, elle ne dit rien non plus sur la manière dont les prestations sont mesurées. Il apparaît au contraire que l'institution du système du bonus et du malus et son aménagement ne sont réglées que par la convention, sous ch. 9 «financement» et dans l'annexe 2 à la convention. Seule la convention concrétise ce qu'il y a lieu d'entendre par administration des caisses fondées sur les prestations. C'est elle qui définit la méthode de calcul du bonus et du malus, le système de décompte, la manière de fixer la valeur cible et l'affectation d'un éventuel bonus. Quant au malus, la directive financière 02/2006 du 31

octobre 2005 sur les règles de tenue des comptes 2006 des caisses de chômage précise s'agissant du compte n° 144 «Créances Malus fondateur» que si la caisse n'atteint pas le nombre d'UP qui a été défini, le seco facture à la fin de l'année le malus et le met à la charge du fondateur. Il apparaît ainsi que la créance concernant le malus à l'encontre du fondateur est une prétention qui découle directement de la convention (p. 17).

Depuis l'entrée en vigueur de la LTAF, de telles prétentions découlant d'un contrat de droit public doivent être invoquées par la voie de l'action devant le Tribunal administratif fédéral à moins que le droit fédéral ne prévoie la possibilité de rendre une décision ouvrant la voie de la procédure de recours (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2006, n° 1131b). Dans le cas d'espèce, faute de disposition légale particulière prévoyant la voie de la décision pour assujettir la caisse au paiement d'un malus, une telle prétention ne peut dès lors être invoquée que par la voie de l'action au sens de l'art. 35 let. a LTAF (voir arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7957/2007 du 4 novembre 2008 consid. 4.2). Selon cette disposition en effet, le Tribunal administratif fédéral connaît par voie d'action en première instance des contestations qui reposent sur des contrats de droit public signés par la Confédération.

**4.2** Il résulte de ce qui précède que le seco n'avait pas la compétence d'obliger le recourant à comptabiliser un malus par voie de décision. Le recours doit donc être admis pour ces motifs et la décision du 10 septembre 2007 annulée.

## **5.**

Le recourant conclut à l'annulation de la décision concernant le malus au motif que le seco n'aurait pas rempli les obligations lui incombant en vertu de la convention.

La question peut ainsi se poser de savoir si, par économie de procédure, il convient de considérer le recours comme une action en constatation négative de droit.

A teneur de l'art. 25 de la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (PCF, RS 273), applicable en vertu de l'art. 44 LTAF, lorsque le Tribunal administratif fédéral statue en tant que première instance, une action peut être intentée à l'effet de faire

constater l'existence ou l'inexistence d'un rapport de droit lorsque le demandeur a un intérêt juridique à une constatation immédiate. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'action en constatation suppose pour le demandeur un intérêt digne de protection à une constatation immédiate. L'intérêt ne sera pas nécessairement juridique. Un intérêt de fait suffit mais sera toujours un intérêt majeur. Cette condition est remplie lorsqu'une incertitude plane sur les relations juridiques des parties et qu'une constatation judiciaire pourrait l'éliminer. Une incertitude quelconque ne suffit pas. Il faut qu'en se prolongeant elle entrave le demandeur dans sa liberté d'action et lui soit insupportable. Pour une action négative, il faut aussi avoir égard aux intérêts du défendeur. La partie qui agit en constatation de l'inexistence d'une créance contraint le défendeur à soutenir prématurément le procès. C'est une entorse à la règle suivant laquelle le créancier, et non pas le débiteur, choisit le moment de faire valoir sa prétention. Il le force à fournir des preuves avant qu'il soit prêt et en état de les administrer, avant qu'il ouvre action de son propre chef. L'inconvénient est d'autant plus sérieux que, même dans un procès en constatation négative, il incombe au créancier de prouver l'existence de sa créance (ATF 131 III 319 consid. 3.5, 123 III 414 consid. 7b, 120 II 20 consid. 3a/JdT 1995 I 130).

Dans le cas d'espèce, du fait de l'annulation, pour défaut de compétence, de la décision mettant un malus à la charge du recourant, ce dernier n'a plus d'intérêt actuel et digne de protection à recourir. On ne voit dès lors pas de quel intérêt majeur il pourrait se prévaloir pour que le Tribunal de céans examine déjà matériellement le bien fondé d'un éventuel malus sans attendre le dépôt d'une action fondée sur la convention par le seco. Enfin, l'incertitude qui plane sur la question d'un éventuel malus n'entrave pas la liberté d'action du recourant d'une manière qui peut être qualifiée d'insupportable. Ainsi, il n'y a pas lieu de considérer le recours comme une action en constatation négative.

## **6.**

La décision portant sur l'approbation des comptes examinée au consid. 3 ci-dessus et la question d'un éventuel bonus ou malus sont indépendantes, mais liées. Ce n'est en effet que lorsque les frais d'administration pouvant être pris en compte ont été établis dans le cadre de l'approbation des comptes qu'il est possible d'examiner l'efficacité de la caisse et de déterminer si elle se trouve dans la zone

du bonus ou du malus selon la convention. La question d'un éventuel malus à faire valoir par l'action au sens de l'art. 35 al. 1 LTAF ne pourra par conséquent être examinée qu'après l'entrée en force de chose jugée du présent arrêt dans la mesure où il statue sur l'approbation des comptes.

**7.**

Le recourant obtenant gain de cause, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure (art. 63 al. 1 PA). En conséquence, l'avance de frais de Fr. 1'200.- versée par le recourant le 15 octobre 2007 lui sera restituée dès l'entrée en force du présent arrêt. Le recourant n'est pas représenté par un avocat et ne peut faire valoir de frais nécessaires au sens de l'art. 8 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2). Il n'y a en conséquence pas lieu de lui allouer des dépens.

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours dirigé contre la décision du seco du 29 août 2007 est admis et la décision attaquée annulée.

**2.**

Le recours dirigé contre la décision du seco du 10 septembre 2007 est admis au sens des considérants, la décision attaquée annulée et la Confédération renvoyée à la voie de l'action pour faire valoir une éventuelle prétention découlant de la Convention passée avec le fondateur de la caisse.

**3.**

Il n'est pas perçu de frais de procédure et l'avance de frais déjà versée de Fr. 1'200.- sera restituée 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)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 2007-07-09/245 Caisse de chô. ; Acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie (Acte judiciaire)

Le Président du collège :

La Greffière :

Claude Morvant

Nadia Mangiullo

**Indication des voies de droit :**

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition : 1<sup>er</sup> décembre 2008