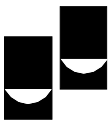
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour II
B-7821/2006
{T 0/2}

Arrêt du 18 décembre 2008

Composition

Claude Morvant (président du collège),
Jean-Luc Baechler, Maria Amgwerd, juges,
Nadia Mangiullo, greffière.

B-7821/2006 et
B-7910/2007

Parties

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 2004, A._____, collaborateur travaillant dans un office régional de placement (ORP) du canton de X._____, a été mis au bénéfice de prestations de retraite anticipée octroyées sur la base de dispositions législatives cantonales (ponts AVS).

Par décision du 25 août 2005, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a donné son agrément aux comptes 2004 des autorités du canton de X._____ (ORP/LMMT/ACt), lesquels incluaient les ponts AVS alloués à A._____ pour l'année 2004.

B.
Procédure B-7821/2006

B.a La société fiduciaire Z._____ SA a procédé à la vérification des comptes 2005 des autorités du canton de X._____ (ORP/LMMT/ACt). Le 29 juin 2006, dite fiduciaire a remis son rapport de révision au SECO.

B.b Par décision du 17 août 2006, le SECO a donné son agrément au compte annuel (bilan et compte d'exploitation) et au compte annuel des 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. 25'800.- correspondant au financement des ponts AVS alloués à A._____ durant l'année 2005. En outre, le SECO a révoqué son agrément pour les ponts AVS versés en 2004 pour le prénommé à raison de Fr. 25'320.-.

Le SECO motiva cette décision en relevant que la principale condition nécessaire pour admettre la retraite anticipée d'un employé ORP résidait dans la situation économique en ce sens que, si le développement du marché du travail devait s'améliorer et qu'une administration doive se séparer d'une partie du personnel qui ne serait pas remplacé, la prise en compte d'un pont AVS serait acceptée. Considérant que tel n'était pas le cas en l'espèce, le SECO conclut que le financement des ponts AVS ne pouvait être pris en compte et se référa à une décision de l'ancienne Commission de recours DFE du 27 avril 2005 (MC/2003-11) statuant sur un cas similaire qui confirmait, selon lui, sa décision.

B.c Par mémoire du 18 septembre 2006, l'Etat de X._____ (ci-après : le recourant) a recouru contre la décision du SECO du 17 août 2006 auprès de la Commission de recours DFE en concluant, sans frais, à son annulation et à l'agrément de la totalité des frais d'exécution. A l'appui de ses conclusions, le recourant fait d'abord valoir qu'il n'a pu obtenir de la part du SECO qu'un extrait de la décision du 27 avril 2005 de la Commission de recours DFE sur laquelle s'appuie ce dernier et que le refus d'en produire l'intégralité relève du défaut de motivation, de sorte que la décision attaquée doit déjà être annulée pour ce motif. Relevant sur le fond que A._____ a pu bénéficier de l'octroi d'un pont AVS en application des règles cantonales en matière de personnel, le recourant soutient qu'il est abusif de déclarer non imputables des montants n'ayant fait l'objet d'aucune remarque lors des révisions des exercices précédents et que, selon le principe de continuité et de permanence des méthodes, il ne saurait lui être reproché de perdurer dans une pratique jugée conforme et précédemment agréée. Il ajoute qu'il pourrait se retrouver dans une situation délicate si la décision attaquée devait être maintenue. Dès lors qu'il a admis un droit à constituer un pont AVS à ses collaborateurs et que ce droit a été admis par le SECO en 2004 par une décision d'agrément, il ne lui revient pas de supporter les conséquences du revirement opéré par le SECO et la situation acquise des collaborateurs concernés devrait au moins être maintenue. Il ajoute que la décision sur laquelle s'appuie le SECO date d'avril 2005 et qu'on ne peut lui faire grief de ne pas avoir tenu compte, pour l'année 2004, d'un précédent qui n'existait pas. Enfin, le recourant conteste l'interprétation faite par la Commission de recours DFE dans sa décision du 27 avril 2005, en relevant que cette décision s'inspire de règles applicables aux demandeurs d'emploi pour en tirer des parallèles en matière de traitement du personnel des ORP et que ladite commission tend ainsi à confondre la question du régime des prestations avec celui des frais d'exploitation selon la LACI. Le recourant considère que l'interprétation par analogie opérée par la Commission de recours DFE entraîne un abus du pouvoir d'appréciation au détriment des cantons puisqu'elle remet en question la délégation fédérale accordée à ces derniers en matière de gestion du personnel et ajoute que dite interprétation constitue un changement de pratique qui va à l'encontre des règles de la bonne foi.

B.d Invité à se prononcer sur le recours, le SECO en a proposé le rejet au terme de sa réponse du 1er novembre 2006 en soutenant que

le recours ne contenait aucun élément susceptible de modifier sa décision d'autant plus que cette dernière se fondait essentiellement sur la décision de la Commission de recours DFE.

B.e 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 1er janvier 2007. Par ordonnance du 21 mars 2007, la Cour III du Tribunal administratif fédéral a informé les parties qu'elle reprenait le traitement du recours du 18 septembre 2006.

B.f Par ordonnance du 23 mai 2007, faisant droit à une demande du recourant, le Tribunal administratif fédéral a transmis à ce dernier un exemplaire complet et anonymisé de la décision de la Commission de recours DFE du 27 avril 2005 en lui impartissant un délai pour produire d'éventuelles observations complémentaires.

B.g Par réplique du 5 juillet 2007, le recourant a pour l'essentiel repris les motifs déjà invoqués dans son recours. Ajoutant que la principale condition émise par le SECO pour que les frais de la mise à la retraite anticipée soient imputables était la raison économique déclinée en dix critères cumulatifs, selon les informations qu'il avait pu se procurer, le recourant releva qu'aucune procédure formelle adéquate d'étude ou de soumission des cas n'était clairement définie et qu'il convenait d'être clair et de garantir une cohérence dans le traitement des cas.

B.h Par duplique du 15 août 2007, le SECO a confirmé ses conclusions.

B.i Le 10 décembre 2007, la Cour de céans 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.

C.
Procédure B-7910/2007

C.a Z._____ SA a procédé à la vérification des comptes 2006 des autorités du canton de X._____ (ORP/LMMT/ACt). Le 19 juin 2007, elle a remis son rapport de révision au SECO.

C.b Par décision du 16 août 2007, le SECO a donné son agrément au compte annuel (bilan et compte d'exploitation) et au compte annuel des frais d'exécution de l'exercice 2006 concernant l'indemnisation des frais de la loi sur l'assurance-chômage dans le canton de X._____, à l'exception d'un montant de Fr. 25'800.- correspondant au financement des ponts AVS alloués à A._____ durant l'année 2006, en reprenant l'argumentation déjà développée dans sa décision du 17 août 2006 (voir supra let. B.b).

C.c Par mémoire du 17 septembre 2007, l'Etat de X._____ a recouru contre la décision du SECO du 16 août 2007 auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant, sans frais, à son annulation et à l'agrément de la totalité des frais d'exécution. Il relève en premier lieu qu'il ne verrait aucune objection à ce que le recours du 18 septembre 2006, ayant trait au même objet pour l'année 2005 et actuellement pendant devant le Tribunal administratif fédéral, et le présent recours fassent l'objet d'une seule procédure. Reprenant pour l'essentiel les motifs déjà invoqués dans son recours du 18 septembre 2006 et dans sa réplique du 5 juillet 2007, il conteste le raisonnement du SECO qui fait une distinction entre l'ensemble des charges salariales et les ponts AVS et qui exclut la prise en charge de ces derniers dans le compte d'exécution du canton. S'agissant de la décision du 27 avril 2005 de la Commission de recours DFE, le recourant relève qu'il n'y a pas lieu de penser que l'absence de disposition légale concernant la préretraite du personnel des ORP constitue un silence qualifié de la loi. Ce serait de manière générale que la loi sur l'assurance-chômage parle de l'exploitation des ORP, formulation qui permettrait d'inclure l'ensemble des charges dévolues à ce poste et notamment les prestations sociales dont font partie les ponts AVS. Il relève enfin que les directives financières du SECO ne sauraient constituer une base légale suffisante pour refuser un avantage expressément prévu et accordé par un droit cantonal et en conformité avec la délégation de compétences conclue par la Confédération sur ces questions.

C.d Invité à se prononcer sur le recours, le SECO en a proposé le rejet au terme de sa réponse du 14 novembre 2007 en rappelant ses prises de position dans le dossier relatif au même objet pour l'année 2005. Il ajoute que le recours ne contient aucun élément nouveau susceptible de modifier sa décision, d'autant que celle-ci se fondait

essentiellement sur la décision de la Commission de recours DFE précitée.

C.e Par ordonnance du 10 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 et a procédé à la jonction des causes B-7821/2006 et B-7910/2007.

C.f 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).

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

En vertu de l'art. 31 LTAF, 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 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 (LACI, RS 837.0).

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 ainsi recevables.

2.
Par ordonnance du 10 décembre 2007, les causes B-7821/2006 et B-7910/2007 ont été jointes. Cette jonction se justifie dans la mesure où 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.
Dans les deux décisions attaquées du 17 août 2006 et du 16 août 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 alloués à A._____ pour les années 2005, respectivement 2006. En outre, dans sa décision du 17 août 2006, le SECO a révoqué son agrément s'agissant des comptes 2004 en tant qu'ils portent sur le financement des ponts AVS versés durant l'année 2004.

L'objet du litige consiste donc à déterminer si les ponts AVS constituent des frais d'exécution au sens de l'art. 92 al. 7 LACI et si le SECO peut revenir sur son agrément des comptes pour l'année 2004 en tant qu'ils portent sur les ponts AVS.

4.
Dans son recours du 18 septembre 2006, le recourant invoque en premier lieu des motifs de nature formelle. Il fait valoir qu'il n'a pu obtenir qu'un extrait de la décision de la Commission de recours DFE du 27 avril 2005 sur laquelle se fonde le SECO, soit uniquement les consid. 6 à 6.2.4, et qu'en dépit de plusieurs demandes insistantes, le SECO a refusé de fournir l'intégralité du document en prétextant que les données non transmises relevaient de la confidentialité. Selon le recourant, une simple anonymisation des données aurait suffi à protéger les intérêts en cause et il aurait ainsi pu connaître les éléments essentiels de la décision de manière à pouvoir en estimer la portée par rapport au cas d'espèce. Considérant que le refus par le SECO de produire l'intégralité de cette décision relève du défaut de motivation, il conclut à l'annulation de la décision du 17 août 2006. A tout le moins, il ne saurait lui être reproché de former le présent recours pour sauvegarder ses droits.

4.1 Aux termes de l'art. 35 PA, même si l'autorité les notifie sous forme de lettre, les décisions écrites sont désignées comme telles, motivées, et indiquent les voies de droit (al. 1). L'autorité peut renoncer à motiver la décision et à indiquer les moyens de droit, si elle fait entièrement droit aux conclusions des parties et si aucune partie ne réclame une motivation (al. 3). La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu celui d'obtenir une décision motivée. Il suffit cependant que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 129 I 232 consid. 3.2). La doctrine et la jurisprudence admettent, en relation avec l'art. 35 PA, que la motivation d'une décision peut résulter de correspondances antérieures ou de documents séparés à condition qu'il soit clair que le renvoi fait office de motivation et que les bases juridiques soient évoquées (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3343/2007 du 5 décembre 2007 consid. 5.2 et les réf. cit.). Par exception au principe de la nature formelle du droit d'être entendu, une violation de ce dernier est considérée comme réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure et qui peut ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa). Toutefois, la réparation de la violation du droit d'être entendu doit

rester l'exception et n'est admissible que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée. Si, par contre, l'atteinte est importante, il n'est pas possible de remédier à la violation (ATF 124 V 180 consid. 4a et 4b).

4.2 En l'espèce, le SECO s'appuie notamment sur la décision de la Commission de recours DFE du 27 avril 2005 pour justifier ses décisions. L'examen du dossier montre que par courrier du 25 janvier 2006, soit avant même que la première décision attaquée ne soit rendue, le SECO a donné suite à une requête du 17 janvier 2006 du service public de l'emploi du canton de X._____ relative au pont AVS en lui transmettant un extrait de ladite décision. A aucun moment cependant, le SECO n'a communiqué un exemplaire complet de ladite décision.

Dans la mesure où le SECO entendait se prévaloir de la décision du 27 avril 2005 pour fonder sa position, il lui revenait d'en communiquer un exemplaire complet au recourant, à tout le moins avec la décision attaquée, de manière à ce qu'il puisse s'exprimer sur les éléments qu'elle contenait. La seule communication d'une sélection de considérants ne permet en effet pas d'apprécier l'état de fait dans son intégralité et de connaître l'ensemble de la réflexion opérée par la Commission de recours DFE et les motifs ayant dicté la décision. Du reste, l'anonymisation des données sensibles contenues dans cette décision n'aurait pas requis une charge de travail trop importante vu leur nombre limité. Dans ces circonstances, force est d'admettre que le SECO a violé le droit d'être entendu du recourant en ne lui communiquant pas un exemplaire complet et anonymisé de la décision du 27 avril 2005. Point n'est cependant besoin de s'attarder sur ce grief dès lors que cette atteinte a été réparée au cours de la présente procédure de recours. En effet, un exemplaire complet et anonymisé de la décision du 27 avril 2005 a été transmis au recourant par le Tribunal administratif fédéral en date du 23 mai 2007. Le recourant a eu la possibilité de s'exprimer dans le cadre d'une réplique et il n'en résulte pour lui aucun préjudice (ATF 125 I 209 consid. 9a).

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 fonds 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 (al. 7). 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 loi sur l'assurance-chômage (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 offices régionaux de placement 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 ladite 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. 1er 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) et détermine la base et la période de calcul (art. 3), ainsi que le mode de calcul de l'indemnité versée pour les frais d'exploitation (art. 4).

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 consid. 4.3 et les réf. cit., 4.4 et 4.5).

7.

7.1 Le recourant fait valoir que, selon l'accord de base passé entre la Confédération suisse et le canton de X._____ pour l'exécution de la LACI, l'autorité fédérale délègue au canton la gestion du personnel, que tout le personnel financé par le compte ORP/LMMT/ACt est soumis à la loi sur le personnel de l'Etat de X._____ et que les ponts AVS sont régis par un arrêté du Conseil d'Etat auquel est soumis ce personnel. Il ne peut suivre le raisonnement du SECO qui fait une distinction entre l'ensemble des charges salariales et les ponts AVS et qui exclut la prise en charge de ces derniers dans le compte d'exécution de la LACI du canton. S'agissant de la décision du 27 avril 2005 de la Commission de recours DFE, le recourant relève que ladite décision s'inspire de règles applicables aux demandeurs d'emploi pour en tirer des parallèles en matière de traitement du personnel des ORP et qu'elle entraîne un abus du pouvoir d'appréciation au détriment des cantons puisqu'elle remet en cause la délégation fédérale accordée à ces derniers en matière de gestion du personnel. Selon le recourant, il n'y a pas lieu de penser que l'absence de disposition légale concernant la préretraite du personnel des ORP constitue un silence

qualifié de la loi et ce serait de manière générale que la LACI parle de l'exploitation des ORP, ce qui permettrait d'inclure l'ensemble des charges dévolues à ce poste et notamment les ponts AVS. Il se réfère ensuite aux Directives financières du SECO, selon lesquelles "les prescriptions figurant dans la législation fédérale et les impératifs fixés par le SECO sont également applicables en matière d'imputation. Les directives cantonales peuvent être appliquées si aucune disposition n'a été prévue au sujet d'un genre de frais ou de l'une ou l'autre rubrique", et soutient que les règles cantonales existantes doivent ainsi s'appliquer.

Le recourant ajoute que le résultat de l'interprétation faite par la Commission de recours DFE dans sa décision du 27 avril 2005 prête à confusion. Dès lors que dite commission prétend que la liste des prestations sociales est exhaustive et que le législateur n'a pas réglé la retraite anticipée, il est toutefois piquant de constater que, dans les directives 2006 et 2007, apparaît une nouvelle mention de frais imputables sous conditions dans le compte des prestations sociales : "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". On ne saurait ainsi, d'une part, arguer que la liste est exhaustive et, d'autre part, la compléter subséquemment en prévoyant une prise en charge des frais relatifs à la retraite anticipée soumise à conditions, alors que la base légale d'une telle prise en charge a été précédemment niée et qu'aucune modification n'est survenue. Le recourant soutient encore que l'argument du SECO selon lequel le paiement des frais de la retraite anticipée d'un employé ORP n'est admis que pour raison économique ne repose sur aucune base légale et qu'aucune procédure formelle adéquate d'étude ou de soumission des cas n'est clairement définie. Il termine en relevant que les directives financières du SECO ne sauraient constituer une base légale suffisante pour refuser un avantage expressément prévu et accordé de bonne foi par un droit cantonal.

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 la décision de l'ancienne Commission de recours DFE du 27 avril 2005 selon laquelle les frais liés aux retraites anticipées ne peuvent pas être pris en compte faute de base légale.

7.2 Les Directives financières 01/2004 et 01/2005 sur le Budget, Indemnisation des cantons (ORP/LMMT/ACt) pour les frais d'exécution de la LACI édictées par le SECO mentionnent 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 apparaît dans la Directive financière 01/2006 sous chiffre 2 "Genres de frais", 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 annexe, 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, 2e 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, 5e 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, 4e 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 2004 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 décision du 25 août 2005, le SECO a agréé sans réserve les comptes annuels et l'indemnisation des frais d'exécution pour l'exercice 2004. Ces comptes englobaient les ponts AVS préretraite prévus par le statut du personnel cantonal et versés à A._____ pour un montant de Fr. 25'320.- (cf. rapport de révision du 29 juin 2006, ch. 3.5 "Autres frais"). Par décision du 17 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 de Fr. 25'800.- et, avec effet rétroactif, les ponts AVS 2004 (Fr. 25'320.-), 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 services (LSE, RS 823.11) (Boris Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2e 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 la 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 dans 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. 7bis 2e 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 décrue 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 Ia 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.

L'art. 2 al. 1 du règlement du canton de X._____ du 6 juillet 1999 sur l'emploi et l'aide aux chômeurs (REAC) précise que le Service public de l'emploi est organisé de façon à exécuter les tâches découlant de la LSE et de la LACI. Le personnel du Service est engagé conformément à la législation relative au personnel de l'Etat, sous réserve de suppression de poste consécutive à une diminution du nombre de demandeurs d'emploi (art. 3 REAC). La loi du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat de X._____ (LPers) s'applique aux personnes qui exercent une activité au service de l'Etat et qui sont rémunérées pour cette activité. A teneur de l'art. 55 LPers, le Conseil d'Etat peut prendre des mesures temporaires ou définitives d'encouragement à la prise volontaire de la retraite avant l'âge limite (al. 1). Lorsque ces mesures consistent en un apport financier au personnel ou à la Caisse de prévoyance du personnel de l'Etat, cet apport doit être compensé par une économie globale au moins équivalente (al. 2). Le règlement du 17 décembre 2002 du personnel de l'Etat de X._____ (RPers) prévoit que l'âge minimal de la retraite est fixé à 60 ans. L'âge limite de la retraite est fixé à 65 ans (art. 37 al. 1 et 2 RPers). La catégorie de personnel soumise à l'abaissement de l'âge limite de la retraite bénéficie de l'octroi d'un pont pré-AVS égal au maximum de la rente AVS (art. 37 al. 4 RPers). La mesure d'encouragement à la retraite peut être introduite pour tout le personnel ou pour des catégories spécifiques (art. 39 al. 1 RPers). La mesure consiste dans l'octroi, jusqu'à l'âge donnant droit à l'AVS, d'un pont pré-AVS égal au maximum de la rente AVS (art. 39 al. 2 RPers). Selon l'art. 39 al. 4 RPers, le pont pré-AVS est octroyé aux conditions suivantes : le collaborateur ou la collaboratrice compte au moins quinze ans d'activité (let. a) ; un défaut de comportement ne justifie pas une mise à la retraite en application de l'art. 38 (let. b).

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 cours 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 1638, BO 1995 E 110, BO 1995 N 1135, BO 1995 E 628 s. ; RO 1996 3085).

Dans ses considérants, l'ancienne Commission de recours DFE semble avoir perdu de vue que cette mesure, conçue comme un moyen de réinsertion des chômeurs, était étrangère à la problématique de l'indemnisation des frais d'exécution visée par l'art. 92 al. 7 LACI dont il a été établi plus haut qu'il permet la prise en charge de retraites anticipées des collaborateurs des ORP pour autant qu'elles soient liées à une amélioration du marché du travail (consid. 9.2).

10.
Dans la décision du 17 août 2006 (procédure B-7821/2006), le SECO a révoqué la décision du 25 août 2005 en tant qu'elle portait sur les ponts AVS agréés sans réserve pour l'exercice 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 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 versés en 2005, Il sied également d'examiner si c'est à bon droit qu'il 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 Constitution 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, 2e éd., Berne 2002, p. 327 ss ; ATF 121 II 276 consid. 1a/aa, 119 Ia 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 l'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 Ia 305 consid. 4c, 115 Ib 155 consid. 3a, 109 Ib 252 consid. 4b ; ANDRÉ GRISEL, 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 une précédente décision d'agrément en tant qu'elle portait sur les ponts

AVS versés en 2004. 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 cette décision, 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 de la décision du 25 août 2005 en tant qu'elle porte sur les ponts AVS agréés sans réserve pour l'exercice 2004. C'est dès lors à tort que cette décision a été révoquée.

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 constater que, 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 le 25 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. Aussi est-ce à tort que, en réponse à une question que lui avait oralement posée le Service public de l'emploi du canton de X._____, le SECO a, par courrier du 19 décembre 2005, invité ledit service à mettre à la charge du fondateur les frais liés au pont AVS pour l'année 2005. Il résulte de ce qui précède qu'en refusant de prendre en compte les frais liés aux ponts AVS dans la décision attaquée du 17 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.
S'agissant de l'approbation des comptes de l'exercice 2006, qui fait l'objet de la décision du 16 août 2007 (procédure B-7910/2007), le SECO a déclaré non imputables les ponts AVS versés à A._____ pour des motifs identiques à ceux déjà invoqués dans sa décision du 17 août 2006.

Comme relevé plus haut, 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, la Directive financière 02/2006 "Règles de tenue des comptes 2006", éditée en octobre 2005, mentionne 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.

Il est vrai que le droit cantonal prévoit à certaines conditions l'octroi d'un pont pré-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. Or, il est en l'espèce admis et non contesté que les ponts AVS 2006 n'ont pas été versés dans le cadre d'un départ 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, ce départ n'entrant pas dans le cadre des fluctuations du marché du travail de l'art. 92 al. 7 LACI (cf. supra

consid. 9.2). 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.

12.
Il suit de ce qui précède que le recours du 18 septembre 2006 (procédure B-7821/2006) doit être admis et le chiffre 2 de la décision du SECO du 17 août 2006 annulé. Le recours du 17 septembre 2007 (procédure B-7910/2007) est quant à lui rejeté.

13.
Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe. Si celle-ci n'est déboutée que partiellement, ces frais sont réduits (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). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA). Le recourant ayant obtenu gain de cause dans la procédure B-7821/2006, l'avance de frais de Fr. 1'200.- qu'il a versée le 28 septembre 2006 lui sera restituée dès l'entrée en force du présent arrêt. Dans la procédure B-7910/2007, le recourant succombe. En conséquence, les frais de procédure d'un montant de Fr. 700.- sont mis à sa charge et imputés sur l'avance de frais de Fr. 1'200.- versée le 8 octobre 2007. Le solde de Fr. 500.- sera restitué au recourant dès l'entrée en force du présent arrêt.

La procédure n'ayant pas occasionné de frais relativement élevés au recourant, il n'y a en conséquence 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 18 septembre 2006 (procédure B-7821/2006) est admis. Le chiffre 2 de la décision du Secrétariat d'Etat à l'économie du 17 août 2006 est annulé.

2.
Le recours du 17 septembre 2007 (procédure B-7910/2007) est rejeté.

3.
L'avance de frais de Fr. 1'200.- versée dans la procédure B-7821/2006 sera restituée au recourant dès l'entrée en force du présent arrêt.

Les frais de procédure concernant la procédure B-7910/2007, d'un montant de Fr. 700.-, sont mis à la charge du recourant et imputés sur l'avance de frais déjà versée de Fr. 1'200.-. Le solde de Fr. 500.- 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. 2006-07-28/7 / kim ; 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 : 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 du recourant
(voir art. 42 LTF).

Expédition : 13 janvier 2009