

AVIS DE DROIT

Constitutionnalité des articles 23 al. 3bis LACI et 38 OACI

*Andreas Auer
Professor an den Universitäten Zürich und Genf
Direktor Zentrum für Demokratie Aarau (zda)
Counsel für Verfassungs- und Demokratiefragen*

Juillet 2011

Mesdames, Messieurs,

Vous m'avez consulté au nom de l'Association romande et tessinoise des institutions d'action sociale ARTIAS pour savoir si l'art. 23 al. 3bis issu de la 4^{ème} révision de la Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI)¹ ainsi que ses dispositions d'exécution sont conformes au droit.

Plus particulièrement, vous m'avez soumis les questions suivantes:

1. Est-il envisageable qu'un salaire soit soumis à cotisation, mais ne donne pas droit aux protections correspondantes? (art. 23 al. 3bis LACI et art. 38 OACI)
2. La LACI peut-elle modifier la définition d'un revenu soumis à cotisation, qui plus est sans coordination avec d'autres assurances sociales?
3. Une loi fédérale peut elle définir ce qu'est une mesure cantonale, à savoir les mesures cantonales relatives au marché du travail (MMT)?
4. L'art. 38 OACI va plus loin que l'art. 23 al. 3bis LACI. En l'occurrence, l'ordonnance va-t-elle trop loin en interférant sur des mesures qui concernent les personnes arrivées en fin de droits?

Ces questions traitent implicitement de la liberté du législateur fédéral d'adopter de nouvelles normes sous forme d'une loi ou d'une ordonnance fédérale, en dérogation au régime juridique précédent.

Or, d'un point de vue matériel, cette liberté n'est restreinte que par l'obligation du législateur de respecter le droit supérieur, soit la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.) et, le cas échéant, le droit international public applicable.

La Constitution fédérale pose aussi des exigences formelles à l'adoption d'une nouvelle norme fédérale. S'il s'agit d'une disposition importante au sens de l'art. 164 Cst., elle doit obligatoirement être édictée sous la forme d'une *loi* fédérale. S'il s'agit d'une disposition moins importante, elle peut figurer dans une *ordonnance* fédérale, adoptée soit par l'Assemblée fédérale, soit par le Conseil fédéral en vertu de sa compétence d'exécuter les lois (art. 182 Cst.) ou en vertu d'une délégation législative spécifique (art. 164 al. 2 Cst.).

En l'espèce, il convient donc d'examiner si les nouvelles dispositions introduites lors de la 4^{ème} révision de la LACI, votée par les Chambres fédérales le 19 mars 2010 et acceptée par le peuple suisse le 26 septembre 2010, sont conformes au droit supérieur (I). Il sied en outre d'analyser si en adoptant l'art. 38 de l'Ordonnance sur l'assurance-chômage (OACI)², le Conseil fédéral a respecté l'art. 109 LACI et, plus généralement, les règles applicables aux ordonnances d'exécution (II).

¹ RS 83 7.0

² RS 837.02

1. Conformité des nouvelles dispositions de la LACI avec le droit supérieur

Il est d'emblée constaté que les questions soulevées ne posent pas de problème de conformité avec des droits garantis par le droit international public. Seul le respect de la Constitution fédérale sera par conséquent discuté ci-après.

1.1. Dissociation entre l'obligation de cotiser et le droit à des prestations de l'assurance-chômage

L'art. 23 al. 3bis LACI est libellé comme suit: «*Un gain réalisé dans le cadre d'une mesure relative au marché du travail financée par les pouvoirs publics n'est pas assuré. Les mesures visées aux art. 65 et 66a sont réservées*».

Cette disposition traite de la notion de «gain assuré» qui est déterminante pour la fixation du montant de l'indemnité journalière à laquelle l'assuré peut prétendre en cas de chômage. Selon l'art. 22 al. 1 LACI, l'indemnité pleine et entière s'élève en effet à 80% du *gain assuré*. Certaines catégories d'assurés n'ont toutefois droit qu'à une indemnité de 70% du *gain assuré*.

Cependant, *l'obligation de payer des cotisations* découle de l'art. 2 al. 1 LACI. Sous réserve des dispenses prévues à l'alinéa 2 de cette disposition, est tenu de payer des cotisations de l'assurance-chômage le travailleur qui est obligatoirement assuré selon la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) et doit payer des cotisations sur le revenu d'une activité dépendante en vertu de cette loi. Les cotisations à l'assurance-chômage sont également dues par l'employeur qui doit payer des cotisations en vertu de l'art. 12 LAVS.

Les notions de «travailleur» et d'«employeur» sont définies par les articles 10 et 11 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)³. Est réputé salarié au sens de l'art. 10 LPGA celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales.

Le droit à l'indemnité est ouvert aux conditions énoncées à l'art. 8 al. 1 LACI. L'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit les conditions cumulatives suivantes:

- a) il est sans emploi ou partiellement sans emploi;
- b) il a subi une perte de travail à prendre en considération;
- c) il est domicilié en Suisse;
- d) il a achevé sa scolarité obligatoire, n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS;
- e) il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré;
- f) il est apte au placement et
- g) il satisfait aux exigences du contrôle.

³ RS 830.1.

La nouvelle réglementation découlant de l'art. 23 al. 3bis LACI peut avoir pour conséquence qu'un salaire est soumis à une cotisation pour assurance-chômage (si ce salaire est soumis à une cotisation AVS par le renvoi de l'art. 2 al. 1 let. a LACI) sans pour autant donner droit à une indemnité de chômage. Les directives LACI émises par le SECO⁴ indiquent à ce propos que «l'art. 23 al. 3bis LACI exclut le droit aux prestations indépendamment du fait que l'assuré doive payer des cotisations AC ou non dans le cadre des mesures du marché du travail».

Dans son message du 3 septembre 2008, le Conseil fédéral a justifié l'introduction de la restriction de l'art. 23 al. 3bis LACI dans les termes suivants: «La politique du marché du travail vise à réinsérer les demandeurs d'emploi dans la vie active le plus rapidement possible. C'est un but que devraient poursuivre non seulement les autorités en charge du marché du travail mais également les autorités sociales. **Il faut dès lors empêcher que des programmes d'emploi temporaire soient organisés dans le seul but de générer des périodes de cotisation et se focaliser sur la réinsertion.** Le nouvel al. 3bis vise précisément à garantir que **seule une activité lucrative normale, et non la fréquentation d'une MMT, donne droit à l'indemnité de chômage.** La situation est par contre différente pour les allocations d'initiation au travail (art. 65) et les allocations de formation (art. 66a), car les bénéficiaires de ces prestations travaillent sur le marché du travail primaire: leur revenu et les périodes de cotisation qui en résultent peuvent dès lors générer un droit à des prestations de l'assurance-chômage. Les mesures financées par l'assurance-chômage suivent d'ailleurs déjà cette pratique».

Lors des débats aux Chambres fédérales sur la 4^{ème} révision de la LACI, même la minorité parlementaire a reconnu que l'ancien droit «a pu conduire à une forme de mouvement perpétuel: un certain nombre de personnes ont vu se rouvrir à plusieurs reprises un nouveau droit aux prestations après une activité exercée dans le cadre de mesures relatives au marché du travail financées par les pouvoirs publics»⁵.

La minorité parlementaire a proposé de compléter l'art. 23 al. 3bis LACI comme suit: «Un gain réalisé dans le cadre d'une mesure relative au marché du travail financée par les pouvoirs publics n'est pas assuré. Les mesures visées aux art. 65 et 66a, **ainsi que la première participation à une mesure relative au marché du travail financée par les pouvoirs publics, sont réservées**»⁶.

Cette solution aurait permis aux assurés de prétendre à nouveau à une indemnité de chômage à l'issue d'une première participation à une MMT de douze mois au moins. Ce droit leur aurait toutefois été dénié lors d'une seconde participation à une MMT.

C'est cependant la proposition de la majorité qui l'a emporté de sorte que même le revenu provenant d'une première participation à une MMT n'est, selon le droit en vigueur, pas considéré comme un gain assuré donnant droit à l'indemnité.

⁴ 023-Bulletin LACI 2011/R-15

⁵ BO 2009 E 578, Liliane MAURY PASQUIER.

⁶ BO 2009 E 578.

Le législateur n'a ainsi pas caché son intention de priver les bénéficiaires d'une mesure relative au marché du travail (MMT) – soit les bénéficiaires d'une prestation selon l'art. 7 al. 1 let. b LACI – de la faculté de cotiser pendant la durée d'une MMT en vue d'une nouvelle période de prestations. A noter que le droit de participer à une MMT dépend, sauf exception prévue par la loi, des conditions définies à l'art. 8 LACI, soit des conditions qui doivent être réunies pour l'octroi d'une indemnité de chômage (art. 59 al. 3 let. a LACI).

Se pose donc la question de savoir si ce choix effectué par le législateur est conforme à la Constitution.

On notera au préalable que seule Mme Liliane MAURY PASQUIER a fait valoir au Conseil des Etats qu'«*il semble extrêmement problématique, d'un point de vue juridique, d'exclure certaines catégories de personnes et leur travail de l'obligation générale de s'assurer figurant dans la Constitution*». Une éventuelle incompatibilité avec la Constitution fédérale n'a en revanche pas été invoquée ou discutée par les autres parlementaires, ni au Conseil des Etats⁷, ni au Conseil national⁸.

Plusieurs dispositions de la Constitution fédérale traitent du chômage et de ses conséquences au sens large⁹.

L'art. 41 Cst. féd., qui traite des buts sociaux, stipule à son alinéa 2 que la Confédération et les cantons s'engagent à ce que toute personne soit assurée contre les conséquences économiques du chômage.

En vertu de l'art. 114 Cst. féd., la Confédération est chargée de légiférer sur l'assurance-chômage:

Art. 114 Assurance-chômage

¹ *La Confédération légifère sur l'assurance-chômage.*

² *Ce faisant, elle respecte les principes suivants:*

- a. l'assurance garantit une compensation appropriée de la perte du revenu et soutient les mesures destinées à prévenir et à combattre le chômage;*
- b. l'affiliation est obligatoire pour les salariés; la loi peut prévoir des exceptions;*
- c. les personnes exerçant une activité indépendante peuvent s'assurer à titre facultatif.*

³ *L'assurance-chômage est financée par les cotisations des assurés; lorsque l'assuré est salarié, l'employeur prend à sa charge la moitié du montant de la cotisation.*

⁴ *La Confédération et les cantons accordent des aides financières dans des circonstances exceptionnelles.*

⁵ *La Confédération peut édicter des dispositions sur l'aide sociale en faveur des chômeurs.*

⁷ BO 2009 E 566ss.

⁸ BO 2009 N 2169ss.

⁹ Alfred MAURER/Gustavo SCARTAZZINI/Marc HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, 3^{ème} éd., Bâle 2009, p.510.

L'art. 110 al. 1 Cst. enfin donne compétence à la Confédération pour légiférer sur la protection des travailleurs (let. a) et sur le service de placement (let. c). Les MMT prévues aux art. 59ss LACI se fondent non seulement sur l'art. 114 Cst., mais également sur l'art. 110 al. 1 let. c Cst.¹⁰.

Eu égard aux dispositions constitutionnelles, l'on peut tout au plus se demander si le principe énoncé à l'art. 114 al. 2 let. a Cst., selon lequel l'assurance garantit une compensation appropriée de la perte du revenu et soutient les mesures destinées à prévenir et à combattre le chômage, n'est pas violé du fait que malgré une cotisation payée sur certains gains provenant d'une MMT, ces gains ne sont pas assurés.

Or, il sied de ne pas perdre de vue qu'une MMT est elle-même une prestation de l'assurance-chômage. Le droit de participer à une MMT dépend des conditions de l'art. 8 LACI (art. 59 al. 3 let. a LACI). La participation à une MMT est ainsi la *conséquence* de la perte du revenu initial par l'assuré.

Par conséquent, je suis de l'avis que le fait de priver le revenu réalisé dans le cadre d'une MMT de la couverture d'assurance n'est pas contraire à la l'art. 114 al. 2 let. a Cst. L'assuré n'est pas privé d'une compensation appropriée de sa perte de revenu initiale. Cette compensation comprend la participation à une MMT qui doit être considérée comme mesure destinée à combattre le chômage au sens de cette même disposition. L'art. 23 al. 3bis a cependant pour conséquence de limiter la durée de la compensation dans le temps.

En décidant que le gain réalisé dans le cadre d'une MMT n'est pas assuré, le législateur ne prive pas l'assuré de son droit à une compensation appropriée de la perte de revenu. C'est en effet dans le cadre de la compensation appropriée au sens de la Constitution que l'assuré bénéficie des mesures prévues aux art. 7 al. 1 et 59ss LACI. Lorsqu'un assuré participe à une MMT, la compensation prévue par la Constitution a bel et bien été versée.

Par ailleurs, la dissociation entre l'obligation de cotiser, d'une part, et le droit à l'indemnité, d'autre part, n'est pas étrangère à la LACI.

A titre d'exemple, le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas le montant minimum fixé par le Conseil fédéral. Il ne l'est pas non plus lorsqu'il dépasse le montant maximum (cf. art. 18 LPGA) découlant de l'assurance-accidents obligatoire (art. 23 al. 1 LACI). Le pour cent de la cotisation de solidarité est ainsi perçu sur la tranche de salaire comprise entre le montant maximum (CHF 126'000.-) et deux fois et demie ce montant (CHF 315'000.-)¹¹.

Les gains accessoires ne sont pas non plus assurés (art. 23 al. 3 LACI).

Tous ces gains non assurés ont en commun d'être soumis à cotisation.

A l'inverse, certaines catégories d'assurés sont dispensés de l'obligation de cotiser, alors qu'elles ont droit à des prestations (cf. art. 2 al. 2 LACI).

La règle introduite par l'art. 23 al. 3bis LACI, en ce qu'elle dissocie l'assurance d'un gain de l'obligation de cotiser, ne fonde ainsi pas une exception unique.

¹⁰ Alfred MAURER/Gustavo SCARTAZZINI/Marc HÜRZELER, *loc. cit.*

¹¹ SECO, Factsheet: *Les principales modifications - 4^e révision partielle de la loi sur l'assurance chômage*, 19.03.2010.

1.2. Modification de la notion de revenu soumis à cotisation

Après avoir écarté une violation de la Constitution du fait que certains gains sont soumis à cotisation sans pour autant être assurés, il sied encore d'analyser - en réponse à votre deuxième question - si la LACI peut modifier la définition d'un revenu soumis à cotisation sans coordination avec d'autres assurances sociales.

La Constitution fédérale stipule simplement que l'affiliation à l'assurance-chômage est obligatoire pour les salariés mais autorise le législateur à prévoir des exceptions dans la loi (art. 114 al. 2 let. b Cst.).

La Constitution ne définit pas la notion de salarié. Il appartient donc au législateur de préciser la portée de cette notion.

Comme déjà évoqué plus haut, l'art. 23 al. 3bis LACI détermine le gain assuré dont il est tenu compte pour le calcul des prestations de l'assurance-chômage. L'obligation de cotiser, soit l'affiliation à l'assurance-chômage, est en revanche réglée à l'art. 2 LACI.

Sauf dérogation expresse dans la LACI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insovrabilité (art. 1 al. 1 LACI).

L'art. 2 al. 1 LACI dispose que le travailleur au sens de l'art. 10 LPGA qui est obligatoirement assuré selon la LAVS et doit payer des cotisations sur le revenu d'une activité dépendante en vertu de cette loi est tenu de payer des cotisations de l'assurance-chômage.

Force est ainsi de constater que l'affiliation à l'assurance-chômage - en d'autres termes la détermination du revenu soumis à cotisation - se détermine par renvoi à la LPGA ainsi qu'à la LAVS.

Il découle de ce qui précède que l'art. 23 al. 3bis LACI ne modifie pas la définition d'un revenu soumis à cotisation sans coordination avec les autres assurances sociales.

Il ne viole pas non plus le principe d'une affiliation obligatoire à l'assurance-chômage. D'une part, l'art. 23 al. 3bis LACI ne traite pas de l'affiliation à l'assurance mais détermine indirectement le droit à des prestations. D'autre part et en toute hypothèse, la Constitution fédérale permet de prévoir des exceptions à l'affiliation obligatoire dans la loi.

1.3. Conséquences pour les mesures relatives au marché du travail organisées par les cantons

Dans son rapport du 30 juin 2010 donnant suite au postulat 09.4283 Fässler-Osterwalder, le Conseil fédéral expose que *«les gains réalisés dans le cadre des mesures relatives au marché du travail financées par les pouvoirs publics ne sont dorénavant plus assurables. Lesdites mesures ne doivent plus permettre de générer des périodes de cotisation. Seuls les salaires provenant des emplois relevant du marché du travail normal sont susceptibles de donner*

droit à l'indemnité de chômage. Les autorités compétentes en matière de marché du travail et d'aide sociale devraient mettre en commun et concentrer leurs forces sur l'intégration dans le marché du travail des personnes à la recherche d'un emploi (...). A longue échéance, cette nouvelle réglementation se révélera meilleure pour les personnes concernées, et pour l'aide sociale, parce que son application atténuera l'effet «portes tournantes» et renforcera leur intégration dans le marché du travail».

L'effet «portes tournantes», précise encore le rapport du Conseil fédéral, signifie dans l'environnement de l'AC et de l'aide sociale, *«qu'il y a inscription répétée à l'AC avec soutien de l'aide sociale durant l'intervalle entre les réinscriptions. Actuellement, les mesures d'occupation cantonales et communales d'une durée de douze mois permettent aux personnes qui les suivent d'acquérir un nouveau droit aux prestations de l'AC»*¹².

L'art. 23 al. 3bis LACI n'empêche pas les cantons de mettre en place des MMT. Il a cependant pour conséquence que le gain réalisé lors de la participation à une MMT organisée par un canton ne permet plus à l'assuré de prétendre à nouveau à une indemnité de chômage au sens de l'art. 8 LACI, à l'issue d'une nouvelle période de cotisation de douze mois dans le cadre de la MMT.

Comme déjà évoqué plus haut, les MMT visées à l'art. 7 al. 1 let. b LACI et régies par les art. 59ss LACI et 81ss OACI se fondent à la fois sur l'art. 110 al. 1 let. c Cst. et sur l'art. 114 Cst.¹³. La compétence de la Confédération pour légiférer sur les MMT est donc clairement établie.

La réglementation fédérale en la matière est *a priori* très détaillée, de sorte que les compétences législatives cantonales se trouvent, pour autant qu'elles subsistent, très limitées¹⁴. C'est la conséquence de la répartition des compétences opérée par l'art. 3 Cst. ainsi que de la force dérogatoire du droit fédéral résultant de l'art. 49 Cst.

Les mesures relatives au marché du travail comprennent, comme le stipule l'art. 59 al. 1bis LACI, des mesures de formation, des mesures d'emploi et des mesures spécifiques. Toutes ces mesures visent à favoriser l'intégration professionnelle des assurés dont le placement est difficile pour des raisons inhérentes au marché de l'emploi (art. 59 al. 2 LACI). La finalité et l'organisation des MMT ainsi que les conditions qui doivent être remplies par l'assuré pour y participer font l'objet d'une réglementation fédérale précise.

L'assurance peut subventionner les organisations d'employeurs ou de travailleurs, les institutions créées en commun par les partenaires sociaux, **les cantons et les communes**, ainsi que d'autres institutions publiques ou privées qui mettent sur pied des mesures relatives au marché du travail (art. 59c bis al. 1 LACI). Elle rembourse aux cantons les frais des mesures relatives au marché du travail à concurrence d'un montant maximal (art. 59c bis al. 5 LACI).

¹² Rapport du Conseil fédéral du 30 juin 2010 donnant suite au postulat 09.4283 Fässler-Osterwalder, p. 14, note 15.

¹³ Alfred MAURER/Gustavo SCARTAZZINI/Marc HÜRZELER, *op. cit.*, p. 510.

¹⁴ Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. I, L'Etat, Berne 2006, n°1016ss.

L'application du régime de l'assurance-chômage incombe, entre autres, aux organes d'exécution désignés par les cantons: l'autorité cantonale, les offices régionaux de placement et le service de logistique des mesures relatives au marché du travail. Les cantons collaborent à l'application de la loi (art. 76 LACI).

L'art. 85 al. 1 let. h LACI charge les autorités cantonales de se prononcer sur les demandes de subvention concernant les MMT et de veiller à ce que l'offre en la matière soit suffisante et en adéquation avec les besoins. Chaque canton peut en outre instituer un service de logistique chargé de la mise sur pied des MMT. Il peut confier à ce dernier des tâches relevant de l'autorité cantonale (art. 85c LACI).

Il résulte de ce qui précède que les MMT mises sur pied par les cantons le sont en exécution de la législation fédérale.

Force est donc de constater qu'en tranchant que les gains réalisés dans le cadre d'une MMT financée par les pouvoirs publics - cantonaux ou autres - ne sont pas assurés, l'art. 23 al. 3bis LACI n'interfère pas dans une compétence cantonale.

En résumé, la nouvelle réglementation introduite par l'art. 23 al. 3bis LACI est matériellement conforme à la Constitution fédérale.

Reste donc à analyser si l'ordonnance d'exécution édictée par le Conseil fédéral n'outrepasse pas le cadre tracé par la loi.

2. Respect des règles applicables aux ordonnances d'exécution

L'art. 109 LACI charge le Conseil fédéral d'édicter les dispositions d'exécution de la loi. Cette disposition autorise le Conseil fédéral à adopter une ordonnance d'exécution au sens de l'art. 182 Cst. féd., par opposition à une ordonnance de substitution qui se fonderait sur une délégation législative au sens de l'art. 164 al. 2 Cst.

Comme leur nom l'indique, les ordonnances d'exécution doivent se limiter à exécuter les lois. Elles doivent, en d'autres termes, rester dans le cadre tracé par celles-ci (*intra legem et secundum legem*). Les ordonnances d'exécution concrétisent donc les règles qui figurent dans la loi. Elles précisent les modalités pratiques de son application. Lorsque le législateur fédéral emploie des termes vagues et imprécis, c'est l'ordonnance d'exécution qui les définit. L'ordonnance tranche souvent aussi des questions d'organisation et de procédure soulevées par la loi¹⁵.

Pour déterminer le contenu possible d'une ordonnance d'exécution, la jurisprudence et la doctrine distinguent les normes primaires des normes secondaires. Seules ces dernières peuvent se trouver dans une ordonnance d'exécution. Une norme secondaire est une règle qui ne déborde pas du cadre de la loi, qui ne fait qu'en préciser certaines dispositions et fixer, lorsque c'est nécessaire, la procédure applicable. Par opposition, une norme primaire est une règle dont on ne trouve aucune trace dans la loi de base, une règle qui étend ou restreint le champ

¹⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 14) n°1550s.

d'application de cette loi, confère aux particuliers des droits ou leur impose des obligations dont la loi ne fait pas mention¹⁶.

Quatre règles développées par la jurisprudence limitent le droit du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances d'exécution¹⁷:

1. L'ordonnance d'exécution doit se rapporter à la même matière que celle qui fait l'objet de la loi qu'elle exécute;
2. L'ordonnance d'exécution ne peut ni abroger, ni modifier la loi;
3. L'ordonnance d'exécution doit rester dans le cadre tracé et la finalité poursuivie par la loi et se contenter de préciser la réglementation dont celle-ci contient le fondement;
4. L'ordonnance d'exécution ne doit pas imposer au citoyen de nouvelles obligations qui ne sont pas prévues par la loi.

En l'espèce, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation pour la révision partielle de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI) le 1^{er} octobre 2010. La procédure de consultation a duré jusqu'au 8 janvier 2011.

L'art. 38 al. 1 et 2 OACI ne figurait pas encore dans le projet d'ordonnance mis en consultation. Il a été inséré dans l'ordonnance à l'issue de la procédure de consultation seulement, 14 des 95 milieux consultés ayant demandé une réglementation précise de l'art. 23 al. 3bis LACI au niveau de l'ordonnance¹⁸.

Cette disposition a pris la teneur suivante:

Art. 38 Mesures financées par les pouvoirs publics (art. 23, al. 3bis, LACI)

¹ *Sont réputées mesures relatives au marché du travail au sens de l'art. 23, al. 3bis, 1^{re} phrase, LACI, les mesures d'intégration financées en tout ou partie par les pouvoirs publics.*

² *S'agissant des mesures visées à l'al. 1, les cantons veillent à ce qu'aucun gain assuré ne soit attesté à l'attention des caisses de chômage.*

L'art. 38 OACI se rapporte aux mesures relatives au marché du travail, plus particulièrement à celles financées par les pouvoirs publics. La disposition d'exécution se rapporte ainsi à la même matière que celle qui fait l'objet de la loi, de sorte que le respect de la première condition relative aux ordonnances d'exécution ne pose pas de problème en l'espèce.

Il en va de même de la seconde condition, qui stipule que l'ordonnance ne doit ni abroger, ni modifier la loi.

¹⁶ Ibid n°1552.

¹⁷ Ibid n°1553.

¹⁸ Département fédéral de l'économie DFE, *Révision partielle de l'ordonnance sur l'assurance-chômage OACI – Résultats de la procédure de consultation*, 11 mars 2011, document disponible sur <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/01880/02734/index.html?lang=fr>.

Quant à la troisième condition, selon laquelle l'ordonnance doit rester dans le cadre tracé et la finalité poursuivie par la loi, en se contentant de préciser celle-ci, il sied d'analyser les alinéas 1 et 2 de l'art. 38 OACI séparément.

L'alinéa premier précise ce qu'il faut entendre par mesures relatives au marché du travail au sens de l'art. 23 al. 3bis 1^{ère} phrase LACI.

Dans la mesure où l'art. 38 OACI emploie la notion de «mesures d'intégration», il s'écarte de la terminologie de l'art. 23 al. 3bis LACI.

Cependant, l'on retrouve cette notion à l'art. 59 al. 2 LACI: «*Les mesures relatives au marché du travail visent à favoriser l'intégration professionnelle des assurés dont le placement est difficile pour des raisons inhérentes au marché de l'emploi*».

Le législateur a donc lui-même défini les MMT comme des mesures d'intégration. Sur ce point, l'art. 38 OACI reste dans le cadre tracé par la loi.

L'art. 38 al. 1 OACI précise ensuite que par mesures financées par les pouvoirs publics, il faut entendre les mesures financées *en tout ou en partie* par les pouvoirs publics.

Cette précision correspond également à la finalité de la loi. Le but du législateur était d'empêcher que des programmes d'emploi temporaire soient organisés dans le seul but de générer des périodes de cotisation. Seule une activité lucrative «normale», et non la fréquentation d'une MMT, devait donner droit à l'indemnité de chômage¹⁹.

A aucun moment lors des débats parlementaires, il n'a été distingué entre les MMT financées entièrement ou partiellement seulement par les pouvoirs publics.

La LACI prévoit par ailleurs le versement de subventions au bénéfice de MMT mises sur pied par des organisations et institutions privées (art. 59c al. 1 et art. 59c bis al. 1 LACI).

Si seulement les MMT financées *intégralement* par les pouvoirs publics étaient visées par l'art. 23 al. 3bis LACI, cette disposition pourrait facilement être contournée. Il suffirait à ce moment de prévoir un cofinancement même très modeste d'une MMT - par exemple à raison de 5% - par une entité privée, tel un syndicat ou une organisation d'entraide, pour vider la disposition de tout effet.

La précision que par mesure relative au marché du travail financée par les pouvoirs publics il faut également comprendre les mesures financées en partie seulement par les pouvoirs publics reste par conséquent dans le cadre tracé par la loi et ne va pas à l'encontre de la finalité de celle-ci.

L'alinéa 2 de l'art. 38 OACI charge les cantons de veiller à ce qu'aucun gain assuré ne soit attesté à l'attention des caisses de chômage.

Cette règle ne figure pas dans la loi. Cependant, les organes d'exécution désignés par les cantons sont chargés de façon générale de l'application du régime de l'assurance. Les cantons doivent collaborer à l'application de la loi, sous la surveillance de la Confédération (art. 76 LACI). En vertu de l'art. 85 al. 1 let. h LACI, les autorités cantonales exécutent les prescriptions de contrôle édictées par le Conseil fédéral.

¹⁹ Message du Conseil fédéral du 3 septembre 2008, FF 2008 7029, 7046.

Dans ce contexte, l'alinéa 2 de l'art. 38 OACI n'apporte qu'une précision d'ordre procédural quant au devoir général des cantons de collaborer à l'application de la loi. Cette disposition peut donc figurer dans une ordonnance d'exécution.

En dernier lieu, force est de constater que l'art. 38 OACI respecte également la 4^{ème} condition relative aux ordonnances d'exécution, en ce qu'il n'impose pas aux citoyens de nouvelles obligations non prévues par la loi.

3. Conclusion

La nouvelle réglementation introduite par l'art. 23 al. 3bis LACI et l'art. 38 OACI change considérablement la situation des assurés qui peinent à trouver un emploi sur le marché «*primaire*» du travail à l'issue d'une période de chômage et après avoir participé à une MMT.

Sous l'ancien droit, ces assurés pouvaient, du moins dans certains cantons, bénéficier à nouveau d'une indemnité de chômage après avoir payé des cotisations dans le cadre d'une MMT d'une durée de douze mois au moins.

Désormais, ces assurés arriveront en fin de droits plus tôt et devront, cas échéant, se tourner vers l'aide sociale.

En votant la 4^{ème} révision de la LACI, la majorité parlementaire a souhaité mettre un terme à la pratique des «*portes tournantes*», dans le souci de réaliser des économies mais également pour assurer une égalité de traitement parmi les assurés de tous les cantons. Le 26 septembre 2010, le peuple suisse a accepté cette modification législative.

Les limites matérielles à une révision de la LACI sont peu nombreuses. En l'occurrence, il découle des considérants qui précèdent que la révision législative est conforme à la Constitution fédérale du 18 avril 1999.

Force est également de constater que les exigences formelles à l'adoption d'une ordonnance d'exécution ont été respectées dans le cas d'espèce, l'OACI restant dans le cadre tracé et la finalité poursuivie par la LACI.

Sous l'angle strictement juridique, la 4^{ème} révision de la LACI ne prête donc pas le flanc à la critique.

Andreas AUER