

Quand la LACI licencie

Ce dossier, contribution de Sandra Spagnol (alors juriste de l'Artias) à la journée de novembre 2012 de l'ARTIAS, est également publié dans les actes de cette journée, sur www.artias.ch

Février 2013

Avertissement: Le contenu des «dossiers du mois» de l'ARTIAS n'engage que leurs auteur-es

RESUME

La loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire a moins de 30 ans. Elle est entrée en vigueur le 1er janvier 1984. Heureux pays qui, jusque-là, disposait d'une assurance-chômage facultative - laquelle ne couvrait d'ailleurs que 20% environ des salarié-e-s. Et pour cause: le chômage était mot inconnu dans le paysage helvétique.

Le but, ici, n'est pas de refaire l'histoire de l'assurance-chômage. Mais d'évoquer d'une part le contexte, et aussi l'esprit, qui ont animé l'adoption d'une véritable assurance-chômage, laquelle fait aujourd'hui partie intégrante de la sécurité sociale suisse. Et d'autre part, et surtout, de voir les objectifs attribués à ce qu'on appelait à l'origine «*les mesures préventives*», puis rebaptisées mesures relatives au marché du travail, soit les MMT, qui sont au cœur de l'art. 23 al. 3bis, introduit avec la 4e révision de la LACI, le 1er avril 2011.

RIASSUNTO

La legge federale sull'assicurazione contro la disoccupazione ha meno di 30 anni. E' entrata in vigore il 1 gennaio 1984. Paese felice che, fino a quel momento, disponeva di un'assicurazione disoccupazione facoltativa che, per altro, non copriva che il 20% circa dei salariati. E a ragione: la disoccupazione era parola sconosciuta nel paesaggio elvetico.

Lo scopo qui non è di rifare la storia dell'assicurazione disoccupazione. Ma di evocare da una parte il contesto, e anche lo spirito, che hanno animato l'adozione di una vera assicurazione disoccupazione, oggi parte integrante della sicurezza sociale svizzera. E, d'altra parte, soprattutto, di vedere gli obiettivi attribuiti a quelle che si chiamavano all'origine "misure preventive", dopo ribattezzate misure relative al mercato del lavoro, ovvero le MMT, che sono al centro dell'art. 23 al. 3bis, introdotto con la 4a revisione della LADI, il 1 aprile 2011.

LACI

Dès 1972, la Suisse subit, à l'instar des pays qui l'entourent, les effets du choc pétrolier. L'emploi chute: entre 1973 et 1976, près de 300'000 postes de travail, soit 10% des postes totaux, sont supprimés en Suisse. Disons-le en passant, la Suisse enregistre une des plus fortes pertes d'emplois comparativement aux autres pays occidentaux. Quasi inexistant jusque-là, le chômage fait son apparition en Suisse. Pour autant, les statistiques ne reflètent pas - loin s'en faut - la chute réelle des emplois.

Deux raisons principales expliquent cela:

- pour 2/3 environ, les emplois perdus étaient auparavant occupés par des travailleurs étrangers qui pour certains retournent chez eux et pour d'autres voient leur permis de séjour ne pas être renouvelé (saisonniers);
- le 1/3 restant est constitué de femmes, qui sortent du marché de l'emploi, et disparaissent ainsi des statistiques.

Un peu avant cela, au début des années 70, l'OFIAMT (l'ancien Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail) avait proposé de revoir la loi – facultative, donc - de 1951. Mais la consultation qui avait suivi avait suscité de très fortes oppositions. Pour la plupart des milieux consultés, le chômage apparaissait *«comme une vue de l'esprit»*. Des solutions étaient d'ailleurs déjà toutes trouvées au cas où. Ainsi pouvait-on lire dans les réponses à la consultation: *«Les travailleurs étrangers pourraient, si un chômage devait se produire, être préalablement prudemment renvoyés et servir de soupape»*.

La suite, on la connaît: le chômage résultant du choc pétrolier se charge de modifier les esprits. Dans l'urgence cette fois, le Conseil fédéral propose une modification de la Constitution, nécessaire pour que la Confédération devienne compétente en matière d'assurance-chômage - comme c'est déjà le cas dans les autres domaines de la sécurité sociale. Cette modification constitutionnelle est également nécessaire à rendre l'assurance obligatoire.

La nouvelle norme constitutionnelle - l'art. 34novies, qui correspond à l'art. 114 de l'actuelle Constitution fédérale - est adoptée en 1976. Elle dispose notamment que:

La Confédération règle par voie législative l'assurance-chômage.

L'assurance (...) soutient les mesures destinées à prévenir et à combattre le chômage (...).

Cela signifie que l'assurance ne saurait assumer entièrement les mesures relatives au marché du travail. Le nouvel article constitutionnel présuppose donc la contribution de tiers, en l'occurrence, la Confédération et les cantons.

La LACI est adoptée par les Chambres fédérales le 25 juin 1982. Elle entre en vigueur le 1er janvier 1984. La nouvelle loi se veut proactive: l'assurance-chômage a désormais pour principal objectif de mettre à disposition des personnes au chômage des mesures visant à prévenir le chômage et à en raccourcir la durée. La Suisse doit faire face non seulement à du chômage, mais, pressent le Conseil fédéral, à du chômage structurel.

Avec la LACI est introduite une panoplie de mesures du marché du travail, qu'on appelle alors les «*mesures préventives*».

Dans son message à l'appui de la LACI, le Conseil fédéral donne déjà une certaine coloration de ce que devront être ces mesures: «*Dans la pratique, de tels programmes revêtent une grande importance, notamment en ce qui concerne l'intégration dans la vie active des jeunes chômeurs et de ceux dont l'aptitude au placement est réduite*».

Une première révision - partielle - de la LACI entre en vigueur le 1er janvier 1992. Elle concerne pour l'essentiel des questions «*techniques*», qui n'ont que peu d'incidences sur l'assurance elle-même.

2e révision de la LACI, en 1995

Il en va tout autrement avec la 2e révision, adoptée par le Parlement en 1995 et qui entre en vigueur successivement en 1996 et 1997. Dans les années 90, la Suisse enregistre une forte progression du chômage - reflétée pleinement cette fois dans les statistiques. Le chômage passe de 0,5% en 1991 à 4,7% en 1994, et son niveau reste élevé jusqu'en 1997. La Suisse ne peut plus se targuer d'être un «*îlot de plein emploi*». Pour la 1re fois aussi, le pays doit compter avec les chômeurs dits de longue durée ou arrivant en fin de droit de chômage. A titre d'exemple, la durée moyenne d'indemnisation a doublé entre 1990 et 1993, passant de 54 jours à 104 jours.

Pressé par la situation sur le marché de l'emploi, le Conseil fédéral dépose un projet de révision de la LACI, dans l'attente de réformes plus drastiques.

Le Parlement ne le suit pas. Il est d'avis que l'assurance-chômage a besoin d'un changement radical, et que l'amélioration de l'insertion des chômeurs doit devenir la priorité absolue. La loi révisée innove sur plusieurs points.

Ainsi,

1. la LACI introduit les offices régionaux de placement. L'obligation de «*timbrage*» est remplacée par des entretiens mensuels de conseil.
2. Au niveau des prestations, il faut donc relever l'intensification des mesures préventives, désormais appelées les mesures relatives au marché du travail. Les MMT sont subdivisées en 3 catégories:
 - Les mesures de formation;
 - Les mesures spécifiques, telles que les allocations d'initiation au travail ou le soutien à une activité indépendante;
 - Les mesures d'emploi, qui comprennent notamment les programmes d'emploi temporaire. Aux termes de l'art. 59c bis, 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 privées qui mettent sur pied des mesures relatives au marché du travail, à concurrence d'un montant maximal.
3. La durée de l'indemnisation est fonction de l'âge de l'assuré-e pour une part - c'est-à-dire pour les indemnités de base (l'assuré-e a ainsi droit à 150

indemnités journalières jusqu'à 50 ans; à 250 jusqu'à 60 ans et à 400 ensuite) - et, pour une autre part, de sa participation à des MMT - c'est-à-dire pour les indemnités complémentaires. Au total, l'assuré-e a le droit d'être indemnisé-e pendant 2 ans, soit à 520 indemnités journalières.

La loi oblige en conséquence les cantons à offrir des programmes d'occupation temporaire, afin de garantir le droit à la personne au chômage de prendre part à une telle mesure.

Les Chambres fédérales pensent avoir trouvé l'œuf de Colomb: grâce à l'incitation introduite dans la loi, les assuré-es seront motivé-es à participer à des MMT.

Mais il y a un problème: le compromis sur lequel se sont entendues les Chambres fédérales fixe à 25'000 le nombre de places que les cantons doivent fournir à titre de MMT, alors même qu'il en eut fallu 80'000, voire 100'000, compte tenu du nombre de personnes au chômage. Résultat: la mesure incitative introduite dans la LACI ne peut jouer le rôle qui lui est dévolu. En pratique, les personnes qui sont au chômage savent qu'elles ont droit à 520 indemnités journalières, indépendamment de leur participation ou non à des mesures relatives au marché du travail dès lors que celles-ci sont en nombre insuffisant.

Précisons que l'offre minimale de 25'000 places a été progressivement réduite, puis supprimée. Du coup, les différents types d'indemnités journalières ont eux aussi été supprimés lors de la 3e révision de la LACI, en 2002.

Face à l'accroissement des personnes en fin de droit ou inaptés au placement, les cantons créent leurs propres mesures d'insertion, souvent organisées en marge de l'économie réelle, sur ce que l'on appelle le marché secondaire. Et, au contraire des programmes d'occupation mis sur pied dans le cadre de l'assurance-chômage, ceux organisés sous l'égide des cantons octroient aux participant-e-s un salaire, leur permettant ainsi de se recréer le droit à des indemnités de chômage.

La LACI issue de la 2e révision prévoit également le contrôle de l'efficacité des mesures relatives au marché du travail et la prise en compte des résultats pour préparer de nouveaux instruments. Sous la coordination du Secrétariat d'Etat à l'économie, le Seco, une première série d'évaluations est menée dès 1998.

Le bureau de conseil mandaté par le Seco mesure les performances des ORP à l'aide de quatre indicateurs d'efficacité:

- la rapidité de réinsertion des demandeurs d'emploi,
- l'évitement du chômage de longue durée,
- l'évitement de l'épuisement des droits
- et les réinscriptions.

L'étude relève que parmi les «bons» ORP, on distingue une stratégie différente, selon que ceux-ci visent une réinsertion durable ou rapide. Les premiers, ceux qui visent une réinsertion durable, recourent peu au gain intermédiaire. Mais usent avec générosité des MMT. Les seconds, soit ceux qui visent un retour rapide sur le marché de l'emploi, utilisent de manière intensive le gain intermédiaire. Et, on s'en doute, de manière beaucoup plus mesurée les MMT.

Il apparaît également que ni la stratégie d'un recours massif aux mesures, ni la stratégie inverse, ne sont couronnées de succès. Dans le premier cas, on augmente tendanciellement la durée de la recherche d'emploi, tandis que dans le second, on a un effet négatif sur la durabilité de la réinsertion.

Certains observateurs, toutefois, déplorent le fait que les études du Seco se soient concentrées sur la probabilité de sortie et la durée du chômage. Ils relèvent aussi des problèmes d'interprétation des résultats. Ainsi pour les personnes dont le profil est «*défavorable*», la participation à une MMT reste peu efficace, ce d'autant que ces mêmes personnes bénéficient de mesures peu qualifiantes.

Une deuxième série d'évaluations paraît en 2006. Elle fait état d'observations similaires.

Dans l'ensemble, les mesures en rapport avec les entreprises (stages, gains intermédiaires) sont considérées comme davantage efficaces que les autres mesures (cours et programmes d'occupation). Cette assertion se fonde sur le fait que les premières mesures confèrent une structure journalière aux demandeurs d'emploi, tout en leur donnant accès au marché du travail dans des conditions réalistes. En outre, les demandeurs d'emploi qui évoluent dans un milieu professionnel présentent une plus grande confiance en eux.

Une autre étude a été menée par le Seco, sur les chances de réinsertion sur le marché du travail des bénéficiaires de l'aide sociale. Elle arrivait, elle, à la conclusion que les facteurs de succès étaient davantage liés aux «*qualités*» individuelles de la personne - âge, formation, position hiérarchique occupée précédemment, etc. - qu'aux mesures dites actives. Même si, convenait le Seco, l'aide sociale poursuit d'autres objectifs que la seule réinsertion professionnelle.

On peut et on doit évidemment prendre avec circonspection ces études. Reste que, même sur le plan international, les évaluations attestent d'un rendement fort variable des mesures relatives au marché du travail.

Il y a quelques années, l'OCDE observait notamment que l'assistance à la recherche d'emploi, assez peu coûteuse, est souvent bien cotée. Alors que les créations d'emplois publics se révèlent généralement décevantes pour ce qui est de replacer les chômeurs et chômeuses dans des activités non aidées.

3e révision de la LACI, 2002

La 3e révision de la LACI, qui est entrée en vigueur en juillet 2003, n'apporte pas beaucoup de modifications aux MMT en tant que telles, mais d'importants changements sur le plan financier.

Cette réforme prévoit notamment une nouvelle stratégie de financement. La contribution de la Confédération et des cantons se fait désormais via une participation fixe. Laquelle vise à équilibrer les recettes et les dépenses de l'assurance sur l'ensemble d'un cycle conjoncturel, en tablant sur une moyenne de 100'000 chômeuses et chômeurs.

La même révision introduit, plus discrètement, un nouvel article, l'art. 90c qui veut répondre au «*risque conjoncturel*». En réalité, il ne s'agit ni plus ni moins que d'un frein à l'endettement. Cette disposition oblige en effet le Conseil fédéral à présenter un projet de révision de la loi dès que les dettes de l'assurance-chômage dépassent un certain montant - en l'occurrence, si la dette atteint 2,5% de la somme des salaires soumis à cotisation, soit 5 milliards de francs environ. Au préalable, le gouvernement peut de lui-même - puisqu'il s'agit de modifier l'ordonnance sur l'assurance-chômage - augmenter le taux de cotisation de 0,5 point au maximum et introduire une cotisation de solidarité sur la tranche de salaire non assurée, située entre 126'000 et 315'000 francs. L'inverse est aussi prévu, soit une baisse du taux de cotisation si le fonds de compensation est bénéficiaire. Mais ce n'est pas ce scénario qui va se produire.

4e révision de la LACI, 2011

En avril 2010, les dettes de l'assurance-chômage atteignent la limite désormais fixée dans la LACI. Elles la dépassent même, puisqu'à fin 2010, les dettes se montent à environ 7 milliards de francs, alors que le déficit avoisine, lui, le milliard de francs. Comme on l'a vu, la LACI impose dans ces conditions au Conseil fédéral de prendre des dispositions.

Celui-ci avait déjà chargé une commission d'experts d'étudier un certain nombre de mesures, tant du côté des recettes que de celui des dépenses, propres à assurer le financement à long terme de l'assurance-chômage. Or, ladite commission arrive à la conclusion que l'assurance-chômage n'est plus en mesure, sur la base de la loi en vigueur, de rembourser sa dette et qu'une révision est nécessaire. La suite, on la connaît. Sur la base de ce rapport, le Conseil fédéral adopte le message relatif à la 4e révision de la LACI. Puis, en mars 2010, les Chambres fédérales en font de même. Pour parvenir à rétablir l'équilibre financier, la loi révisée entend «*supprimer les incitations inopportunes du système et accroître l'efficacité en termes de réinsertion*». En chiffres, cela signifie une économie de plus de 600 millions de francs. Mais un référendum est lancé.

Le dernier mot revient ainsi aux électrices et électeurs, qui ont le choix entre accepter le compromis approuvé par les Chambres, lequel ne ferait grimper le taux de cotisation que de 0,2 point. Ou refuser le paquet d'économies, mais voir les cotisations grimper de 0,5 point pour atteindre 2,5%. On le sait, c'est la première option qui est retenue.

Avec la 4e révision de la LACI, entrée en vigueur au 1er avril 2011, le paysage des MMT se trouve passablement modifié. Non pas seulement parce qu'en raison des économies acceptées en votation, les montants alloués aux cantons sont réduits. Mais surtout parce que, désormais, seuls les emplois sur le marché primaire du travail recréent un droit au chômage. Ce qui exclut, de fait, bon nombre de mesures mises sur pied par les cantons.

Le nouvel art. 23 al. 3bis dispose en effet que:

«Un gain réalisé dans le cadre d'une mesure relative au marché du travail financée par les pouvoirs publics n'est pas assuré».

Font exception les allocations d'initiation au travail et les allocations de formation, celles-ci procurant à l'assuré-e une occupation sur le marché du travail primaire.

Dans son message à l'appui de la révision de la LACI, le Conseil fédéral justifie pareil choix comme suit:

«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 alinéa 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.»

Le Conseil fédéral est conscient que l'adoption du nouvel alinéa 3bis aura des répercussions sur l'aide sociale. Mais, affirme-t-il sans rire, *«en contrepartie, l'aide sociale profitera aussi de la pression accrue exercée en vue de la réinsertion rapide des personnes concernées»*.

Comme d'autres, à l'Artias, on s'est demandé si le nouvel alinéa 3bis était bien constitutionnel. En tant que participant-e à une MMT, vous cotisez à l'assurance-chômage, vous êtes donc, pensez-vous, un-e assuré-e, mais l'assurance ne vous reconnaît pas. L'avis de droit demandé au professeur de droit constitutionnel Andreas Auer a été on ne peut plus clair.

En bref, il rappelle que la participation à une MMT constitue déjà en elle-même une prestation de l'assurance-chômage - elle s'adresse aux seuls *«chômeurs»*, selon l'art. 8 LACI. La participation à une MMT est ainsi la conséquence de la perte du revenu initial par l'assuré-e - condition qui satisfait donc la Constitution lorsqu'elle exige que l'assurance-chômage garantisse une compensation appropriée de la perte du revenu.

Quelles répercussions sur l'aide sociale l'introduction de l'alinéa 3 bis a-t-elles eues? Selon le Seco, 13'000 personnes sont arrivées en fin de droit à fin mars 2011. Mais pas forcément à l'aide sociale, compte tenu des *«conditions»* à remplir. On peut donc affirmer que *«l'effet 4e LACI»* a perduré – et perdure certainement encore.

Ainsi que le montrent les indicateurs, internes à l'Artias, de l'aide sociale en Suisse romande, les cantons romands enregistrent, depuis avril 2011, une hausse continue et, parfois, sensible des dossiers actifs (soit l'ensemble des dossiers ouverts). Par mesure d'honnêteté, il convient certes de ne pas imputer l'augmentation observée à la seule révision de l'assurance-chômage, d'autres facteurs entrent certainement en compte, comme la situation sur le marché de l'emploi. Mais il ne fait aucun doute que la révision de la LACI constitue un élément majeur dans la hausse observée.

Si l'on considère les nouveaux dossiers ouverts immédiatement après l'entrée en vigueur de la 4e LACI, les statistiques laissent voir que leur nombre a parfois doublé par rapport au mois précédent.

Conclusions

Le durcissement de l'assurance-chômage n'est pas anodin. Il dénote l'introduction en son sein d'une nouvelle philosophie. Lors de la 3e révision, le législateur a en effet accepté d'introduire dans la loi un instrument financier redoutable - le frein à l'endettement. Désormais deux logiques sont inscrites dans LACI: une logique d'assurance d'une part, via la compensation de la perte du revenu; et une logique comptable d'autre part, qui vise, elle, l'équilibre financier indépendamment des facteurs conjoncturels.

Si le durcissement de l'assurance-chômage n'est pas anodin, il ne restera certainement pas, non plus, un cas isolé dans le paysage de la sécurité sociale. L'introduction d'un frein à l'endettement dans toutes les assurances sociales a déjà reçu le soutien du Conseil fédéral. Il a également reçu celui d'une bonne partie du Parlement. Et, si l'on en croit le moniteur financier 2012 d'Economie suisse - la principale organisation faîtière de l'économie suisse - une majorité de Suissesses et de Suisses le plébisciteraient aujourd'hui.