



JAAC 1/2016 du 26 janvier 2016

2016.2 (p. 15–31)

Portée de l'art. 114, al. 5 Cst.

DFJP, Office fédéral de la justice

Avis de droit du 26 août 2015

Mots clés: Aide sociale. Assurance-chômage. Aide sociale en faveur des chômeurs. Mandat de légiférer. Faculté de légiférer

Stichwörter: Sozialhilfe. Arbeitslosenversicherung. Arbeitslosenfürsorge. Gesetzgebungsauftrag. Gesetzgebungsbefugnis

Termini chiave: Aiuto sociale. Assicurazione contro la disoccupazione. Assistenza ai disoccupati. Mandato legislativo. Competenza legislativa

Regeste:

1. En vertu de l'art. 114, al. 5 Cst., la Confédération devrait légiférer si la protection sociale des chômeurs n'est pas assurée de manière satisfaisante ni par l'assurance-chômage ni par l'aide sociale octroyée par les cantons, ce qui entraînerait une lacune dans la sécurité sociale incompatible avec les buts sociaux consacrés à l'art. 41 Cst.
2. L'art. 114, al. 5, Cst. englobe les chômeurs sans les définir. Il appartiendrait dès lors au législateur fédéral de concrétiser cette notion. Il peut définir le cercle des personnes concernées de manière large et inclure, par exemple, les indépendants.
3. Il n'existe pas de numerus clausus des prestations financières envisageables. Le choix incombe au législateur qui pourrait, en particulier, envisager des incitations financières destinées aux cantons ou des indemnités versées sous condition de ressource aux chômeurs eux-mêmes.
4. De même, il appartiendrait au législateur de choisir les mesures qui lui paraissent les plus aptes à réinsérer la personne dans le monde du travail, telles des mesures de formation ou de réinsertion.
5. La Confédération pourrait, sur la base de l'art. 114, al. 5 Cst., coordonner des mesures d'insertion dans le monde du travail par le biais de la collaboration interinstitutionnelle.
6. Elle pourrait également prévoir une rente transitoire (rente pont) pour les chômeurs âgés de longue durée.

Regeste:

1. Der Bund sollte seine Gesetzgebungsbefugnis nach Art. 114 Abs. 5 BV wahrnehmen, wenn der soziale Schutz arbeitsloser Personen weder durch die Arbeitslosenversicherung noch durch die kantonale Sozialhilfe in befriedigender Weise sichergestellt ist. Ansonsten würde dies zu einer

Lücke bei der sozialen Sicherheit führen, welche mit den in Art. 41 BV verankerten Sozialzielen nicht vereinbar ist.

2. Art. 114 Abs. 5 BV erfasst Arbeitslose ohne diese zu definieren. Es wird daher Aufgabe des Bundesgesetzgebers sein, diesen Begriff zu konkretisieren. Er kann den erfassten Personenkreis in einem weiten Sinn definieren und beispielsweise auch Selbständigerwerbende mit einschliessen.
3. Es gibt keinen Numerus clausus von finanziellen Leistungen. Deren Wahl obliegt dem Gesetzgeber, welcher insbesondere finanzielle Anreize für die Kantone oder bedarfsabhängige Leistungen an Arbeitslose ins Auge fassen könnte.
4. Ebenso liegt es am Gesetzgeber, die am besten geeigneten Massnahmen (z.B. Ausbildungs- oder Integrationsmassnahmen) zu wählen, um eine Person wieder in die Arbeitswelt einzugliedern.
5. Der Bund könnte gestützt auf Art. 114 Abs. 5 BV Eingliederungsmassnahmen in die Arbeitswelt mittels interinstitutioneller Zusammenarbeit koordinieren.
6. Er könnte auch für ältere Langzeitarbeitslose eine Überbrückungsrente vorsehen.

Regesto:

1. In virtù dell'articolo 114 capoverso 5 Cost., la Confederazione può legiferare se la protezione sociale dei disoccupati non è assicurata in maniera soddisfacente né dall'assicurazione contro la disoccupazione né dall'aiuto sociale accordato dai Cantoni. Altrimenti vi sarebbe una lacuna nella sicurezza sociale, incompatibile con gli obiettivi sociali sanciti nell'articolo 41 Cost.
2. L'articolo 114 capoverso 5 Cost. contempla i disoccupati senza tuttavia definirli. Sarebbe pertanto compito del legislatore federale concretizzare questa nozione. Può definire la cerchia delle persone interessate in maniera ampia includendo, ad esempio, i lavoratori indipendenti.
3. Non esiste un numerus clausus per quanto riguarda le prestazioni finanziarie. La scelta spetta al legislatore che potrebbe, in particolare, prevedere incentivi finanziari destinati ai Cantoni o prestazioni sociali legate al bisogno da versare ai disoccupati.
4. Allo stesso modo spetta al legislatore scegliere i provvedimenti più adatti per reinserire una persona nel mondo del lavoro, quali provvedimenti di formazione o di reintegrazione.
5. Fondandosi sull'articolo 114 capoverso 5 Cost., la Confederazione potrebbe coordinare provvedimenti di reintegrazione nel mondo del lavoro tramite la collaborazione interistituzionale.
6. Potrebbe anche prevedere una rendita transitoria (rendita ponte) per i disoccupati di lunga durata più anziani.

Base juridique: art. 5a, art. 6, art. 41 al. 1, art. 43a, art. 114, al. 1 et 5, art. 115 Cst.

Rechtliche Grundlagen: Art. 5a, Art. 6, Art. 41 Abs. 1, Art. 43a, Art. 114 Abs. 1 und 5, Art. 115 BV

Base giuridica: art. 5a, art. 6, art. 41 cpv. 1, art. 43a, art. 114 cpv. 1 e 5, art. 115 Cost.

L'Office fédéral de la justice (OFJ) a été invité à répondre à plusieurs questions en relation avec la question de savoir dans quelle mesure la Confédération peut ou doit légiférer sur la base de l'art. 114, al. 5 Cst. consacré à l'aide sociale en faveur des chômeurs, en particulier:

1. Unter welchen Bedingungen kann der Bund Vorschriften erlassen bzw. unter welchen Umständen wären «besondere Verhältnisse» (vgl. Ziff. 1 bzw. Botschaft von 1996) gegeben, welche Massnahmen des Bundes erforderlich machen würden? («Rahmenbedingungen»).
2. Auf welche Zielgruppe findet der Artikel Anwendung? («Zielgruppe»).
3. Welche finanziellen Leistungen wären, gestützt auf den Artikel, aus Sicht des BJ möglich? («Finanzielle Leistungen»).
4. Welche Massnahmen könnten, gestützt auf den Artikel, gefördert werden? («Weitere Massnahmen»).
5. Könnten, gestützt auf die Bestimmung der BV, interinstitutionelle Arbeitsintegrationsmassnahmen finanziert werden?

Wäre es möglich, dass der Bund den Kantonen Vorgaben macht, damit erwerbsfähige ausgesteuerte Personen statt Sozialhilfe während einer bestimmten Zeit Bedarfsleistungen für Arbeitslose erhalten würden? («Systemebene»).

6. Par la suite, l'OFJ a été invité à examiner également la question des rentes transitoires posée dans le cadre du postulat Schenker 15.3748 («Überbrückungsrente»)¹.

¹ Le postulat Schenker 15.3748 intitulé *Aide sociale en faveur des chômeurs. Possibilités d'action de la Confédération* a été déposé le 19 juin 2015. Il charge le Conseil fédéral «d'exposer dans un rapport les possibilités qu'offre l'art 114, al. 5, de la Constitution d'élaborer une réglementation fédérale en faveur des chômeurs de longue durée. Il examinera notamment quelle forme pourrait prendre, sur la base de cette norme constitutionnelle, une rente transitoire allouée aux chômeurs qui sont à quelques mois de l'âge de la retraite ordinaire».

Table des matières

1	Cadre du mandat (...)	19
2	Questions à clarifier	19
3	Notions	19
3.1	Aide sociale	19
3.2	Assurance-chômage et aide sociale aux chômeurs	20
3.3	Mandat de légiférer ou faculté.....	21
3.4	Principe de la subsidiarité	21
4	Interprétation de l’art. 114, al. 5 Cst.	22
4.1	Remarques préliminaires	22
4.2	Interprétation littérale.....	23
4.3	Interprétation systématique	24
4.4	Interprétation historique.....	26
4.5	Interprétation téléologique.....	26
4.6	Bilan intermédiaire.....	27
5	Etendue de l’exercice de la compétence législative	28
5.1	Pas d’obligation d’épuiser sa compétence globale.....	28
5.2	Contenu possible d’une réglementation fédérale fondée sur sa compétence globale	29
6	Réponses aux questions posées en relation avec la disposition constitutionnelle	29
6.1	Circonstances spéciales (« <i>Rahmenbedingungen</i> »)	29
6.2	Groupe cible (« <i>Zielgruppe</i> »).....	30
6.3	Prestations financières envisageables (« <i>Finanzielle Leistungen</i> »)	30
6.4	Autres mesures (« <i>Weitere Massnahmen</i> »).....	30
6.5	Systèmes envisageables (« <i>Systemebene</i> »)	31
6.6	Rente transitoire (« <i>Überbrückungsrente</i> »).....	31

1 Cadre du mandat (...)

2 Questions à clarifier

Les six questions posées précitées reviennent en substance à se demander quelle est la portée de l'art. 114, al. 5 Cst.

L'art. 114 de la Constitution intitulé «assurance-chômage» reprend le contenu matériel de l'art. 34^{novies} de l'ancienne Constitution fédérale (aCst.)². Il a actuellement la teneur suivante:

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.»

Pour répondre à la question de la portée du dernier alinéa de l'art. 114 Cst., il s'agira de faire appel aux méthodes traditionnelles d'interprétation.

L'avis de droit sera ainsi structuré comme suit: Après un rappel de certaines notions, telles celle d'assurance-chômage, d'aide sociale et de types de compétences législatives de la Confédération, l'OFJ procédera à l'interprétation de la disposition constitutionnelle. Les éléments dégagés devraient permettre de répondre aux questions posées.

3 Notions

3.1 Aide sociale

Lorsqu'on évoque le système de sécurité sociale, on distingue généralement les assurances sociales (comme l'AVS, l'AI, l'assurance-chômage, etc.) et les prestations sociales sous condition de ressources. Ces dernières sont souvent désignées par le terme d'aide sociale au sens large. Elles englobent:

- a) les prestations sociales garantissant l'accès aux prestations publiques de base (comme les contributions aux frais d'étude, les réductions de prime dans l'assurance-maladie obligatoire),
- b) les prestations sociales accordées en complément des assurances sociales, lorsque les prestations de celles-ci se révèlent insuffisantes ou ont été épuisées (comme les prestations complémentaires à l'AVS/AI),
- c) les prestations sociales allouées en complément d'une protection privée insuffisante (comme les avances sur contributions d'entretien) et enfin
- d) l'aide sociale à proprement parler.

Ce dernier type de prestations est également désigné par le terme d'aide sociale au sens strict³. Le Conseil fédéral se réfère à cette terminologie dans ses réponses aux interventions parlementaires⁴.

² Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess, 2014, p. 30.

³ Cf. : info social, La sécurité sociale dans les faits, Les prestations sociales sous condition de ressources en Suisse, décembre 2006, Office fédéral de la statistique.

⁴ Cf., par exemple, la motion Humbel 11.3638 intitulée Encadrer la couverture des besoins vitaux par une loi fédérale.

L'aide sociale au sens strict ou assistance des personnes dans le besoin⁵ offre un remède à toutes les situations dans lesquelles les individus se trouvent dans le besoin. Les prestations de l'aide sociale au sens strict sont, contrairement aux prestations des assurances sociales, financées exclusivement par les ressources générales des collectivités publiques, c'est-à-dire par l'impôt⁶.

Le Conseil fédéral considère que l'aide sociale au sens strict «fait partie intégrante du système de sécurité sociale. Elle remplit une tâche essentielle dans la lutte contre la pauvreté par sa fonction de dernière maille du filet social. Elle doit permettre en particulier aux personnes concernées de s'intégrer dans la société et dans le monde du travail»⁷.

En vertu de l'art. 115 Cst., les cantons sont, en principe, responsables du versement de l'aide sociale au sens strict. Ils déterminent les conditions et l'étendue de l'assistance aux personnes dans le besoin de même que la procédure⁸. L'aide sociale peut revêtir différents contenus en fonction des particularités cantonales. Il n'existe pas de définition du terme de prestations de l'aide sociale au sens strict dans le droit fédéral.

3.2 Assurance-chômage et aide sociale aux chômeurs

L'assurance-chômage est fondée sur le paiement de cotisations, qui ouvrent le droit aux prestations. Ces dernières ne peuvent pas être subordonnées à l'état de besoin du demandeur⁹: «*C'est la logique même de l'assurance sociale*¹⁰».

Par aide sociale aux chômeurs, on entend, généralement, des prestations sous condition de ressources versées en amont de l'aide sociale au sens strict. Elles appartiennent à la notion d'aide sociale au sens large telle que décrite au chiffre précédent (au ch. 3.1). Compte tenu de la diversité des régimes cantonaux d'aide sociale aux chômeurs, il n'est cependant pas exclu d'envisager certaines prestations en faveur de certaines catégories de chômeurs indépendamment de la condition de ressources, tel serait par exemple le cas de certaines incitations pour les entreprises d'embaucher des chômeurs non formés, âgés ou en fin de droit. L'aide sociale en faveur des chômeurs dépend dès lors du contenu de la réglementation cantonale et du champ d'application matériel et personnel de cette dernière.

Ainsi, l'aide sociale ciblée en faveur des chômeurs est un régime qualifié de non contributif (il n'y a pas de cotisations), financé par les pouvoirs publics¹¹ dont les prestations visent à compléter l'assurance-chômage¹². Ces prestations sont limitées dans le temps et tiennent généralement compte en principe des ressources (revenus, fortune) de l'intéressé et de sa famille.

Pour les chômeurs, on retrouve donc la distinction entre assurance-chômage et aide sociale en faveur des chômeurs; il existe traditionnellement un partage des tâches entre l'assurance-chômage régie par le principe d'assurance et les services d'assistance aux chômeurs qui tiennent généralement compte dans chaque cas de la situation individuelle (principe du besoin)¹³.

Les deux modes assurance et assistance peuvent être associés: l'assurance-chômage peut constituer l'intervention prioritaire; à l'épuisement du droit aux prestations, l'aide sociale en faveur des chômeurs peut prendre le relais en tant que mesure subsidiaire.

⁵ Art. 115 Cst.

⁶ P. Mahon in Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Schulthess, 2003, ad art. 115, n°2.

⁷ Réponse du Conseil fédéral à la motion Weibel 11.3714 intitulée Loi-cadre sur l'aide sociale.

⁸ P. Mahon in Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Schulthess, 2003, ad art. 115, n°4.

⁹ Art. 12 § 1 Convention OIT N° 44 ; voir Pierre-Yves Greber, Bettina Kahil-Wolff, Ghislaine Frésard-Fellay, Romolo Molo, Droit suisse de la sécurité sociale, Vol. I, Précis de droit Stämpfli, 2010 p. 359.

¹⁰ Pierre-Yves Greber, Bettina Kahil-Wolff, Ghislaine Frésard-Fellay, Romolo Molo, op. cit. p. 358.

¹¹ Pierre-Yves Greber, Bettina Kahil-Wolff, Ghislaine Frésard-Fellay, Romolo Molo, op. cit. p. 359; voir le Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 [333].

¹² Aménagement de l'aide sociale et des prestations cantonales sous condition de ressources ; Besoins et possibilités d'intervention, Rapport du Conseil fédéral du 25 février donnant suite au postulat 13.4010 Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national «Loi-cadre relative à l'aide sociale du 6 novembre 2013 p. 33.

¹³ Message du Conseil fédéral du 12 février 2001 concernant la révision de la loi sur l'assurance-chômage, FF 2001 2123 [2132].

Par ailleurs, chaque fois que le législateur fédéral ou cantonal étend les prestations d'assurances sociales, l'aide sociale est déchargée; «*Inversement, lorsque les prestations sociales diminuent (réduction de la durée d'indemnisation, augmentation de la durée minimale de cotisation), l'aide sociale est davantage mise à contribution*»¹⁴.

Le Conseil fédéral a ainsi distingué plusieurs étages dans le système de protection sociale; pour les chômeurs, le premier est constitué par l'assurance-chômage, le second est constitué par l'aide sociale ciblée en faveur des chômeurs ou aide sociale, le troisième est constitué par l'aide sociale au sens strict octroyée par les cantons¹⁵, envisagée comme prestation de dernier recours. On distingue donc dans le domaine de l'aide sociale au sens large à laquelle peuvent recourir des chômeurs deux types d'aide, la première ciblée, en faveur des chômeurs, la seconde générale, l'aide sociale au sens strict, qui peut avoir n'importe quel destinataire dans le besoin.

Seule l'aide sociale (ciblée) en faveur des chômeurs, dénommée aussi «*second pilier*» par le Tribunal fédéral¹⁶, ou «*aide aux chômeurs*» par la doctrine¹⁷, est analysée dans le présent avis droit. Les termes d'aide sociale en faveur des chômeurs et aide aux chômeurs sont considérés comme synonymes.

3.3 Mandat de légiférer ou faculté

Lorsque la Constitution attribue à la Confédération une compétence concurrente facultative, est-ce que cette dernière est tenue d'user de sa compétence, ou peut-elle ne pas légiférer¹⁸?

Comme sous l'empire de l'ancienne constitution, la Constitution fédérale du 18 avril 1999 maintient la distinction entre les dispositions rédigées de manière potestative («*la Confédération peut légiférer*») et celles rédigées de manière «*neutre*» («*relève de la Confédération*») voire de manière plus impérative («*la Confédération légifère*») ¹⁹.

Dans son message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, le Conseil fédéral explique que la formulation potestative d'une compétence offre à la Confédération une latitude d'action un peu plus grande²⁰. Il a exprimé l'avis selon lequel cette latitude ne signifie pas que la Confédération peut à son gré opter pour l'inaction ou pour la promulgation de prescriptions; «*lorsque l'intérêt public l'exige, la Confédération doit agir, même en présence d'une simple clause d'habilitation*»²¹.

3.4 Principe de la subsidiarité

Le principe de la subsidiarité revêt dans sa conception générale, deux dimensions, la première se rapporte aux relations entre la Confédération et les cantons, la seconde aux relations entre l'Etat et les particuliers. Ces deux dimensions ont été prévues dans la Constitution, respectivement aux art. 5a et 43a, ainsi qu'à l'art. 6.

En ce qui concerne les relations entre la Confédération et les cantons, le peuple et les cantons ont accepté, dans le prolongement de la mise à jour de la Constitution fédérale, un important train de mesures destinées à réformer la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération ainsi que le régime de la péréquation financière²². Ce projet a visé, en particulier, à renforcer la Confédération et les cantons dans leurs rôles respectifs à travers le désenchevêtrement des tâches²³. Il s'est agi

¹⁴ Boris Rubin, Assurance-chômage, droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2^{ème} éd, Schulthess, 2006, n° 1.1.6.3 p. 13-14.

¹⁵ Op. cit. p. 7.

¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 18.06. 2004 I 104/03.

¹⁷ Boris Rubin, Assurance-chômage, droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2^{ème} éd, Schulthess, 2006, n° 16.1.1 p. 1002.

¹⁸ Jean-François Aubert, Traité de droit constitutionnel, Ides et Calendes, 1967, n°687 p. 262.

¹⁹ Anne Benoît, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Schulthess, 2009, n°65-66 p. 36-37.

²⁰ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 [230].

²¹ Op. cit. p. 230.

²² FF 2005 883; cf. A. Auer, G. Malinverni, Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, troisième édition, 2013, n°1077 p. 368.

²³ Message du Conseil fédéral du 14 novembre 2001 concernant la Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), FF 2002 2155 [2157].

d'assurer durablement une attribution claire des tâches au sein de l'Etat fédéral en inscrivant dans la Constitution des principes pertinents²⁴. Le principe de la subsidiarité, consacré à l'art. 5a Cst. en fait partie. Ce principe exige que, dans un Etat fédéral, l'échelon étatique supérieur ne se charge d'une tâche que lorsque celle-ci ne peut pas être accomplie de manière efficace à l'échelon inférieur²⁵ et s'adresse au constituant ainsi qu'au législateur (cf. ci-dessous ch. 5.2). Selon l'art. 43a Cst., la Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération.

Quant à la dimension des relations entre l'Etat et les particuliers, le principe de la subsidiarité implique dans le domaine de l'aide sociale que l'individu déploie des efforts pour améliorer sa situation. «*Toute personne est responsable d'elle-même*» selon l'art. 6 Cst. Cette disposition, qui a une valeur essentiellement déclaratoire, vise à rappeler que les individus n'ont pas que des droits, qu'ils ne sauraient attendre des prestations de l'Etat sans accomplir les efforts que l'on peut raisonnablement attendre d'eux²⁶. L'art. 41, al. 1 Cst. exprime aussi l'idée de la subsidiarité de l'action étatique qui vient compléter la responsabilité individuelle et l'initiative privée. L'aide sociale joue le rôle de dernier recours, elle doit être envisagée dans le contexte de l'ensemble des sources de revenu privées (issues, en particulier, du travail, de l'épargne et de la fortune)²⁷. En résumé:

«Aus den die Sozialhilfe prägenden Grundsätzen der Eigenverantwortung und der Subsidiarität folgt, dass hilfeschuchende Personen dazu verpflichtet sind, alles Zumutbare zur Behebung der eigenen Notlage zu unternehmen, insbesondere die eigene Arbeitskraft einzusetzen und eine zumutbare Erwerbstätigkeit anzunehmen»²⁸.

Il s'agit donc d'interpréter la disposition constitutionnelle également à la lumière du principe de subsidiarité.

4 Interprétation de l'art. 114, al. 5 Cst.

4.1 Remarques préliminaires

L'interprétation d'une disposition constitutionnelle vise à en dégager le sens. Selon la doctrine et la jurisprudence constitutionnelle actuelles, les dispositions constitutionnelles attributives de compétences ne doivent faire l'objet ni d'une interprétation extensive ni d'une interprétation restrictive²⁹. Les méthodes usuelles d'interprétation des normes juridiques s'appliquent³⁰. Il n'y a pas de hiérarchie entre les différentes méthodes d'interprétation³¹. Le pluralisme méthodologique règne:

«Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen»³².

Le Tribunal fédéral recourt à l'ensemble des méthodes d'interprétation en même temps et aux procédés d'interprétation qui lui paraissent les plus propres à dégager le véritable sens de la norme. Les différentes méthodes d'interprétation doivent être combinées. «*Es muss dann im Einzelfall abgewogen werden, welche Methode oder Methodenkombination geeignet ist, den wahren Sinn der auszulegenden Norm wiederzugeben*»³³.

Comme objet d'interprétation, les textes constitutionnels présentent néanmoins quelques spécificités³⁴. Le Tribunal fédéral souligne que:

²⁴ Op. cit. p. 2191.

²⁵ A. Auer, G. Malinverni, Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, troisième édition, 2013, n°1078 p. 368.

²⁶ P. Mahon in Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Schulthess, 2003, ad art. 6, n°4.

²⁷ Aménagement de l'aide sociale et des prestations cantonales sous condition de ressources ; Besoins et possibilités d'intervention, Rapport du Conseil fédéral du 25 février donnant suite au postulat 13.4010 Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national «Loi-cadre relative à l'aide sociale du 6 novembre 2013 p. 7.

²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 11 avril 2008 8C_156/2007, cons. 6.4 ; cf. également ATF 139 I 218 cons. 3.4.

²⁹ Anne Benoît, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Schulthess, 2009, n°69 p. 38.

³⁰ ATF 131 I 74 [80], cons. 4.1 ; ATF 139 II 243 [249] cons. 8.

³¹ Ulrich Häfelin/Walter Haller/Hellen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8^{ème} éd., Schulthess, 2012, n° 130 p. 40-41.

³² ATF 140 IV 1 [5] cons. 3.1.

³³ Ulrich Häfelin/Walter Haller/Hellen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8^{ème} éd., Schulthess, 2012, n° 130 p. 40-41.

³⁴ ATF 139 II 243 [249] cons. 8: «allerdings ist gewissen verfassungsrechtlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen».

«Verfassungsbestimmungen regeln meist Grundsätzliches und weisen häufig eine geringe Normdichte auf. Die Verfassung bildet keine Einheit, sondern oft eine historisch gewachsene Struktur punktueller, nicht immer bewusst verbundener und aufeinander abgestimmter Prinzipien, Garantien und Aufträge. Solange der Verfassungsgeber einer einzelnen Norm nicht ausdrücklich Vorrang einräumt, ist auslegungsmässig grundsätzlich von einer Gleichwertigkeit der Regelungen auszugehen»³⁵.

Les normes de droit constitutionnel sont, donc, en principe, de rang égal³⁶. Ainsi, selon Tschannen:

«der Punktualität der Verfassungssätze entspricht ihre grundsätzliche Gleichwertigkeit. Solange der Verfassungsgeber die einzelnen Verfassungsnormen nicht selber bewusst rangiert, muss die Verfassungsinterpretation vom Grundsatz des «einerlei Verfassungsrecht» ausgehen»³⁷.

L'interprétation de l'art. 114, al. 5 Cst. devrait permettre de déterminer le type de compétences législatives de la Confédération et par là même de délimiter l'étendue de la marge de manœuvre du législateur fédéral.

4.2 Interprétation littérale

L'interprétation littérale constitue le point de départ. Le sens de la disposition constitutionnelle se dégage de son texte.

Par aide sociale en faveur des chômeurs on entend une aide ciblée en faveur des chômeurs en amont de l'aide sociale au sens strict, telle que décrite au ch. 3.2 ci-dessus ; soit, en résumé, un régime non contributif dont les prestations, généralement versées sous conditions de ressources, appartiennent à la notion d'aide sociale au sens large, notion distincte de celle des assurances sociales³⁸.

La Constitution ne définit pas elle-même la notion de chômeurs³⁹ et laisse dès lors au législateur fédéral le soin de définir cette notion. Une définition restrictive de cette notion ne s'impose pas de par la Constitution. Le cercle des personnes visées par l'aide sociale en faveur des chômeurs est large, il englobe, compte tenu du partage des tâches entre l'assurance-chômage et l'aide en faveur des chômeurs, en particulier, les personnes ayant perdu leur emploi et qui ne touchent plus de prestations d'assurance-chômage.

Les termes «édicter des dispositions» renvoient à une compétence de légiférer. En outre, la disposition ne contient aucune restriction, la compétence de la Confédération n'est pas limitée aux principes, elle est autrement dit globale. Le législateur est donc habilité à régler l'ensemble du domaine de l'aide sociale en faveur des chômeurs. Le choix des mesures lui appartient. Au demeurant, prendre des mesures législatives n'implique pas nécessairement de prévoir des aides financières.

En revanche, la formulation «peut légiférer» évoque une compétence facultative par opposition à un mandat de légiférer. Il n'est cependant pas possible de déduire de l'interprétation littérale de l'art. 114, al. 5 les circonstances dans lesquelles la Confédération pourrait ou devrait légiférer. Autrement dit: «*Ob und wie weit sich aus Gründen des Gemeinwohls ein Tätigwerden aufdrängt, kann dem Wortlaut des Artikels 114, Absatz 5 BV nicht entnommen werden*»⁴⁰.

Ainsi, même si le sens de la disposition paraît clair, la méthode littérale est rarement déterminante à elle seule⁴¹ et en l'espèce elle ne permet pas de répondre à la question de l'étendue de la latitude d'action de la Confédération. Il convient ainsi de se tourner vers d'autres méthodes d'interprétation.

³⁵ ATF 139 I 16 [24] cons. 4.2.1.

³⁶ JAAC 1996 n°88 p. 788.

³⁷ Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3^{ème} éd, Stämpfli, 2011, §4, n°13 p. 57.

³⁸ Pierre-Yves Greber, in Commentaire de la Constitution fédérale de 1874, état octobre 1992, ad art. 34^{novies}, n°37.

³⁹ Thomas Gächter, in die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3^{éd}, Schulthess, 2014, ad art. 114, n° 5.

⁴⁰ Marianne Schwander et Simone Mürger, Rechtsgutachten zuhanden der SODK, 2007, p. 18.

⁴¹ A. Auer, G. Malinverni, Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, troisième édition, 2013, n°1489 p. 505.

4.3 Interprétation systématique

L'interprétation systématique s'efforce de déduire le sens d'une disposition des relations qu'elle entretient avec les autres dispositions constitutionnelles et, en particulier, avec les autres alinéas de l'art. 114 Cst. La disposition est appréhendée dans son contexte.

L'art. 114, al. 5 est placé dans le chapitre consacré aux compétences de la Confédération. Il s'agit en premier lieu d'examiner la relation entre l'alinéa 5 de l'art. 114 et les autres alinéas de cette disposition.

L'art. 114 Cst. met l'accent sur l'assurance-chômage; l'aide aux chômeurs n'a qu'un aspect subsidiaire. L'art. 114 al. 1 Cst. attribue une compétence législative globale à la Confédération, assortie d'un mandat de légiférer («légifère» et non «peut légiférer»)⁴².

La compétence de légiférer en matière d'aide aux chômeurs est en revanche *facultative*. L'aide sociale en faveur des chômeurs constitue, en effet, une exception au principe selon lequel l'aide sociale relève des cantons⁴³. Cette exception «est justifiée par le lien étroit qui unit l'aide sociale en faveur des chômeurs à l'assurance chômage»⁴⁴. Le caractère exceptionnel de cette compétence de même que sa nature facultative par opposition au mandat figurant à l'alinéa 1 invite la Confédération à faire preuve de retenue dans l'exercice de cette compétence. Selon Gächter: «diese Kompetenzverteilung im Bereich des Fürsorge- bzw. Sozialhilfewesens erklärt, weshalb der Bund von seiner Kompetenz nach Art. 114 Abs. 5 auch weiterhin kaum Gebrauch machen dürfte»⁴⁵.

L'interprétation systématique de l'art. 114, al. 5 Cst. en relation avec les autres alinéas de l'art. 114 vient donc corroborer l'interprétation littérale quant au caractère facultatif de la compétence fédérale de légiférer en matière d'aide sociale en faveur des chômeurs.

L'OFJ ne partage pas, en conséquence, l'avis d'une partie de la doctrine qui interprète la disposition constitutionnelle comme imposant une obligation de légiférer, sans tenir compte de la distinction entre mandat et habilitation de légiférer⁴⁶. Il se rallie, cependant, à la doctrine ayant, sous l'empire de l'ancienne Constitution, souligné que l'usage de la compétence de légiférer en matière d'aide aux chômeurs n'est pas laissé «au bon vouloir de la Confédération»⁴⁷. Dans certaines situations, elle reçoit quand même «une sorte de mandat de légiférer». Cette doctrine a montré que l'art. 34^{novies} aCst. contient une sorte de mandat secondaire de légiférer si des circonstances spéciales rendent absolument nécessaires des mesures d'aide complémentaires, le premier régime se révélant insuffisant. Elle cite le chômage à long terme comme exemple de l'articulation entre le mandat permanent de légiférer en matière d'assurance-chômage et cette «sorte de mandat secondaire» de légiférer en matière d'aide aux chômeurs:

«Le régime de l'assurance-chômage obligatoire ne prévoit que des prestations limitées dans le temps, sans instituer de «pont» avec une autre protection, telle une retraite anticipée. En cas de situation mauvaise de l'emploi, caractérisée par un nombre de chômeurs supérieur à celui des places vacantes, le régime prioritaire n'est plus capable de faire face au chômage de longue durée et la Confédération devrait, selon l'analyse susmentionnée, légiférer en matière d'aide aux chômeurs, sauf si les Cantons ont prévu un tel dispositif»⁴⁸.

Après avoir examiné l'art. 114, al. 5 Cst. en relation avec les autres alinéas de cet article constitutionnel, il demeure à analyser l'art. 114, al. 5 Cst. en relation avec les autres dispositions constitutionnelles pertinentes.

⁴² Pierre-Yves Greber, Bettina Kahil-Wolff, Ghislaine Frésard-Fellay, Romolo Molo, Droit suisse de la sécurité sociale, Vol. I, Précis de droit Stämpfli, 2010 p. 359.

⁴³ «In der bundesstaatlichen Kompetenzordnung nach Art. 3 BV, die von einem Verfassungsvorbehalt zulasten des Bundes und einer subsidiären Generalkompetenz der Kantone ausgeht, ist die Sozialhilfe grundsätzlich Aufgabe der Kantone, kommen dem Bund doch nur **punktuellen Kompetenzen** für Sozialhilfeleistungen an bestimmte Personengruppen (Personen des Asylbereichs, Auslandschweizer und -schweizerinnen, arbeitslose Personen) sowie für die interkantonale Zuständigkeitsregelung zu», cf. Pascal Coullery, Paul Meyer, *Bernisches Verwaltungsrecht*, 2ème éd., 2013 p. 714-715; cf. Également l'arrêt du Tribunal fédéral du 19. 05.2015 8C_395/2014: L'octroi de l'aide aux personnes dans le besoin relève essentiellement de la compétence cantonale, sauf exceptions (...) (cf. l'art. 114, al. 5 Cst.(...)).

⁴⁴ P. Mahon in Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Schulthess, 2003, ad art. 114, n°14.

⁴⁵ Thomas Gächter, in die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3ème éd, Schulthess, 2014, ad art. 114, n° 25.

⁴⁶ Cf. Marianne Schwander et Simone Münger, Rechtsgutachten zuhanden der SODK, 2007, p. 5; p. 18 et p. 29.

⁴⁷ Pierre-Yves Greber, in Commentaire de la Constitution fédérale de 1874, état octobre 1992, ad art. 34^{novies}, n°42 p. 24.

⁴⁸ Op. cit., ad art. 34^{novies}, n°42 p. 24.

Il ressort des remarques préliminaires que «les différentes normes constitutionnelles doivent être coordonnées et non subordonnées, à moins que le constituant lui-même n'ait institué un ordre hiérarchique déterminé»⁴⁹. Il s'agit ainsi d'aménager une «concordance pratique»⁵⁰ entre les différentes dispositions constitutionnelles qui entrent en jeu. Chacune d'entre elles doit être interprétée de façon à ce que les autres puissent également avoir un sens⁵¹ et ne soient pas vidées de leur substance.

Placer l'aide sociale en faveur des chômeurs dans son contexte constitutionnel revient à déterminer la portée de cette mesure notamment au regard des art. 41, 5a et 43a de la Constitution.

L'art. 41 Cst. prescrit à la Confédération et aux cantons de s'engager à poursuivre différents buts sociaux, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, en particulier, de s'engager à ce que toute personne capable de travailler puisse assurer son entretien par un travail qu'elle exerce dans des conditions équitables (al. 1, let. d) et que toute personne soit assurée contre les conséquences économiques du chômage (al. 2).

La Confédération et les cantons s'engagent en faveur des buts sociaux dans le cadre de leurs compétences respectives. En d'autres termes, l'art. 41 Cst. n'a pas de portée autonome. Ensuite, l'intervention de la Confédération et des cantons est subordonnée aux moyens disponibles (cf. art. 41, al. 3 *in fine* Cst.). Enfin, l'alinéa 4 de l'art. 41 Cst. prévoit explicitement qu'aucun droit subjectif à des prestations de l'Etat ne peut être déduit directement des buts sociaux. Par conséquent, l'art. 41 Cst. n'attribue pas de compétences ni ne garantit de droits subjectifs. Il manifeste dans la Constitution la *dimension sociale* de l'Etat; il exprime l'idée que la garantie effective de la dignité humaine et des droits fondamentaux suppose aussi la garantie, pour les particuliers, d'une certaine sécurité matérielle et sociale⁵². Il s'agit d'une disposition programmatique qui est néanmoins à prendre en compte dans l'interprétation de l'art. 114, al. 5 Cst.

Les chômeurs en fin de droit sont apparus comme de nouvelles catégories exposées à la pauvreté et à l'exclusion⁵³. S'il existe une lacune dans la sécurité sociale incompatible avec les buts sociaux consacrés à l'art. 41 Cst, il est admissible du point de vue juridique de soutenir la thèse selon laquelle la Confédération devrait légiférer.

L'art. 114, al. 5 Cst. doit néanmoins encore être interprété à la lumière du principe de subsidiarité. Les art. 5a et 43a Cst. requièrent que la Confédération ne se charge d'une tâche que si les cantons et communes ne peuvent pas l'assumer de manière efficace.

La Constitution doit être interprétée comme *un tout cohérent*⁵⁴. Il se dégage d'une interprétation de l'art. 114, al. 5 Cst. en relation avec les art. 5a et 43a, al. 1 Cst. que si malgré les efforts déployés par les cantons et par les communes, l'aide aux chômeurs de longue durée dans le besoin n'est pas assurée de manière satisfaisante, la Confédération a en tout cas la possibilité de légiférer dans ce domaine. Selon la doctrine et, en particulier Gächter:

«Der Erlass von Vorschriften über die Arbeitslosenfürsorge käme wohl nur dann infrage, wenn für Arbeitslose zwischen der sozialen Absicherung im Rahmen der Arbeitslosenversicherung und den kantonalen Fürsorgeleistungen eine Lücke im Netz der sozialen Sicherheit bliebe, die namentlich mit Blick auf die in Art. 41 verankerten Sozialziele nicht akzeptabel wäre»⁵⁵.

Il ressort ainsi de l'interprétation systématique, en particulier de l'interprétation coordonnée des dispositions constitutionnelles, qu'une intervention du législateur fédéral dans le domaine de l'aide sociale en faveur des chômeurs se justifierait si la protection sociale des chômeurs n'est pas assurée de manière satisfaisante ni par l'assurance-chômage ni par l'aide sociale octroyée par les cantons, ce qui entraînerait une lacune dans la sécurité sociale incompatible avec les buts sociaux consacrés à l'art. 41 Cst.

⁴⁹ ATF 99 Ia 604 [618], cons. 4d.

⁵⁰ ATF 139 I 16 [24] cons. 4.2.2; ATF 140 II 157 [161] cons. 7.2.

⁵¹ A. Auer, G. Malinverni, Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, troisième édition, 2013, n° 1487 p. 504.

⁵² P. Mahon in Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Schulthess, 2003, ad art. 41, n°2.

⁵³ Aménagement de l'aide sociale et des prestations cantonales sous condition de ressources ; Besoins et possibilités d'intervention, Rapport du Conseil fédéral du 25 février donnant suite au postulat 13.4010 Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national «Loi-cadre relative à l'aide sociale du 6 novembre 2013 p. 16.

⁵⁴ A. Auer, G. Malinverni, Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, troisième édition, 2013, n° 1495 p. 507.

⁵⁵ Thomas Gächter, in die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3^{ed}, Schulthess, 2014, ad art. 114, n° 26.

4.4 Interprétation historique

L'examen des circonstances dans lesquelles l'art. 114, al. 5 Cst. précédé par l'art. 34^{novies} aCst. a été adopté permet de dégager l'intention du constituant voire de confirmer les résultats dégagés par les autres méthodes d'interprétation.

Dans son message du 3 septembre 1975 concernant une modification de la Constitution fédérale en vue d'aménager l'assurance-chômage selon une nouvelle conception⁵⁶, le Conseil fédéral souligne que:

«Les possibilités d'aménager l'aide aux chômeurs dépendent de la portée des dispositions régissant l'assurance-chômage et de leur adaptation constante aux circonstances. C'est en premier lieu à l'assurance qu'il incombe de couvrir les risques, raison pour laquelle la Confédération est tenue d'édicter des prescriptions sur l'assurance-chômage. Elle ne devra faire usage de sa compétence de légiférer en matière d'aide aux chômeurs que lorsque les risques ne seront pas couverts par l'assurance et que d'autres mesures deviendront le cas échéant absolument nécessaires sur le plan fédéral en raison de circonstances spéciales»⁵⁷.

Le Conseil des Etats a accueilli positivement le message et le projet d'arrêté du Conseil fédéral. Le rapporteur de la commission a souligné que: «*Was den Absatz 1 betrifft, wurde klar der subsidiäre Charakter der Arbeitslosenfürsorge bestätigt, wie dies übrigens aus dem Entwurf des Bundesrates ersichtlich ist*⁵⁸». Cet alinéa premier a été adopté sans discussions⁵⁹. Quant au Conseil national, il a adopté à l'unanimité le projet d'arrêté fédéral⁶⁰.

Le peuple et les cantons ont largement adopté la révision de l'art. 34^{novies} le 13 juin 1976 ; seul un canton (Schwyz) l'a refusée⁶¹.

Lors de la mise à jour de la Constitution, certains milieux concernés ont demandé la suppression de la faculté de la Confédération d'édicter des prescriptions sur l'aide aux chômeurs. Le Conseil fédéral a cependant estimé, qu'au vu du chômage croissant de longue durée et des interventions demandant à la Confédération de légiférer dans ce domaine, cette suppression n'était pas opportune et irait incontestablement au-delà d'une mise à jour⁶².

Au Conseil des Etats, l'article sur l'assurance-chômage n'a pas fait l'objet de discussions particulières⁶³, il a été adopté sans discussions. Dans le même sens, l'aide aux chômeurs n'a pas fait l'objet de propositions au Conseil national⁶⁴.

Ainsi, la conception de la faculté de légiférer de la Confédération dans le domaine de l'aide sociale en faveur des chômeurs, telle qu'adoptée en 1975, demeure d'actualité.

4.5 Interprétation téléologique

Le but d'une règle est lié à ses conditions d'application, ainsi qu'aux personnes qu'elle régit⁶⁵. L'interprétation téléologique se caractérise par un dynamisme. Il s'agit ainsi, en tenant compte de cet aspect, de s'interroger en premier lieu sur les buts poursuivis par le constituant.

L'aide sociale en faveur des chômeurs présentant un caractère subsidiaire par rapport à l'assurance-chômage, il s'agit, en particulier, de permettre à la Confédération d'aider, par des mesures législatives,

⁵⁶ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant une modification de la Constitution fédérale en vue d'aménager l'assurance-chômage selon une nouvelle conception, du 3 septembre 1975. FF 1975 II, 1573 [1596].

⁵⁷ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant une modification de la Constitution fédérale en vue d'aménager l'assurance-chômage selon une nouvelle conception, du 3 septembre 1975. FF 1975 II, 1573 [1596].

⁵⁸ BO CE 1976 1698 [1699], Canonica, rapporteur.

⁵⁹ BO CE 1976 1698 [1714].

⁶⁰ BO CN 1976 234.

⁶¹ Boris Rubin, Assurance-chômage, droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2^{ème} éd, Schulthess, 2006, n° 1.6.17 p. 71.

⁶² Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 [333].

⁶³ BO CE Réforme de la Constitution fédérale, 1998 94, Aeby, rapporteur.

⁶⁴ BO CN Réforme de la Constitution fédérale, 1998 335, l'unique proposition faite en relation avec l'article constitutionnel consacré à l'assurance-chômage ne concernait pas l'aide aux chômeurs et a d'ailleurs été retirée.

⁶⁵ André Griesel, Traité de droit administratif, Ides et Calendes, 1984, vol. 1, I p. 136.

les *chômeurs en fin de droit*⁶⁶ ou, en d'autres termes, de prendre en compte la situation particulière des chômeurs de longue durée⁶⁷, menacés par la pauvreté. «Ce serait nécessaire en cas de chômage de longue durée qui ne serait pas convenablement pris en charge par les Cantons»⁶⁸.

Certains auteurs vont plus loin et estiment qu'il ressort d'une interprétation téléologique de l'art. 114, al. 5 Cst. que la Confédération *doit* faire usage de sa compétence législative dans le domaine de l'aide sociale en faveur des chômeurs lorsque les personnes sans emploi dans le besoin ne parviennent pas à assurer leur subsistance. Ces auteurs se fondent sur la conception des assurances sociales comme élément essentiel de l'Etat social et dressent une analogie avec d'autres assurances (notamment l'AVS/AI ou l'assurance-accident) qui ont comme but, en cas de perte de revenu, d'assurer dans une certaine mesure le niveau de vie antérieur et d'écarter ainsi la pauvreté⁶⁹:

«Sowohl in AHV/IV-Bereich, wenn keine angemessene Deckung der Existenzsicherung gewährleistet ist, sowie im Krankenversicherungsbereich, wenn die Prämienlast der Krankenversicherung für sozial schwache Bevölkerungsteile zu hoch ausfällt und damit in Richtung Existenzminimum tendiert, hat der Bund eine Regelung getroffen. In Analogie dazu hat der Bund im Bereich der Arbeitslosenfürsorge Regelungen zu treffen respektive von seiner Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Arbeitslosenfürsorge Gebrauch zu machen, wenn bedürftige erwerbslose Personen ihren angemessenen Existenzbedarf nicht mehr decken können»⁷⁰.

L'OFJ ne se rallie pas à cette analyse, en particulier en ce qui concerne l'analogie avec la disposition constitutionnelle sur l'AVS-AI⁷¹. L'interprétation téléologique renvoie aux buts d'une disposition. Or le but de l'art. 114, al. 5 Cst. ne permet pas d'en déduire un mandat de légiférer. Affirmer cela reviendrait à transformer une compétence législative en un mandat législatif. Si telle était la volonté du constituant, il aurait formulé la disposition de manière impérative.

L'OFJ est d'avis que, comme pour l'interprétation littérale et pour l'interprétation systématique, l'interprétation téléologique de l'art. 114, al. 5 ne permet pas de répondre de manière tranchée à la question de l'étendue de la latitude d'action de la Confédération.

4.6 Bilan intermédiaire

Il ressort des différentes méthodes d'interprétation de la disposition constitutionnelle que l'aide aux chômeurs est conçue comme étant étroitement liée à l'assurance-chômage mais qu'elle devrait jouer un rôle subsidiaire. La Confédération dispose à l'art. 114, al. 5 Cst. d'une compétence globale concurrente, avec effet dérogatoire subséquent. Et, l'art. 114, al. 5 Cst. attribue, à l'instar de l'art. 34^{novies} aCst., une compétence facultative à la Confédération.

Actuellement, les cantons sont donc libres de régler les prestations sous condition de ressources ayant pour fonction de compléter l'assurance-chômage. Certains l'ont fait, comme par exemple, le Canton de Vaud ou le Canton du Jura⁷². Après avoir constaté que la Confédération n'a pas fait usage de sa compétence législative prévue à l'art. 114, al. 5, le Tribunal fédéral relève que:

«In einigen Kantonen wird die Zeit im Anschluss an die Aussteuerung bei der ALV durch einen zweiten Pfeiler, die Arbeitslosenhilfe abgedeckt, die ähnlich der ALV für beschränkte Zeit Tag-gelder, allerdings in der Regel unter der zusätzlichen Voraussetzung der wirtschaftlichen Bedürftigkeit, ausrichtet»⁷³.

Selon les travaux préparatoires relatifs à l'art. 34^{novies} aCst., la Confédération devrait faire preuve de retenue dans l'exercice de sa compétence et ne devrait légiférer que si l'assurance ne couvre pas les

⁶⁶ Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess, 2014, p. 30.

⁶⁷ Pierre-Yves Greber, in Commentaire de la Constitution fédérale de 1874, état octobre 1992, ad art. 34^{novies}, n°42.

⁶⁸ Pierre-Yves Greber, Bettina Kahil-Wolff, Ghislaine Frésard-Fellay, Romolo Molo, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Vol. I, Précis de droit Stämpfli, 2010 p. 359.

⁶⁹ Marianne Schwander et Simone Münger, Rechtsgutachten zuhanden der SODK, 2007, p. 25.

⁷⁰ Op. cit. p. 25, voir aussi p. 5 pour ce qui concerne l'analogie avec les prestations complémentaires à l'AVS/AI.

⁷¹ Art. 112, al. 2, let. b Cst, selon lequel les rentes AVS/AI doivent couvrir les besoins vitaux de manière appropriée.

⁷² Voir, par exemple, l'art. 2 de la loi sur l'emploi du Canton de Vaud, RSV 822.11 ou l'art. 5, al. 2 de la loi sur les mesures cantonales en faveur des demandeurs d'emploi du Canton du Jura, RSJU 837.04.

⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral du 18.06. 2004 I 104/03.

risques et que, malgré les efforts déployés par les cantons et par les communes, les chômeurs en fin de droit ne sont pas pris en charge de manière satisfaisante.

Les *circonstances spéciales* évoquées dans le message du Conseil fédéral de 1975 sont actuellement traduites aux art. 5a et 43a, al. 1 Cst. qui consacrent le principe de subsidiarité. S'agissant d'une compétence facultative, la question du respect du principe de subsidiarité se pose avec d'autant plus d'acuité, que la Confédération a une certaine latitude d'action.

Il ressort cependant de l'interprétation systématique, en particulier d'une interprétation coordonnée des différentes dispositions pertinentes de la Constitution et, de l'interprétation historique que la Confédération devrait légiférer si la protection sociale des chômeurs n'est pas assurée de manière satisfaisante ni par l'assurance-chômage ni par l'aide sociale octroyée par les cantons, ce qui entraînerait une lacune dans la sécurité sociale incompatible avec les buts sociaux consacrés à l'art. 41 Cst. D'ailleurs, en 1992, le Département fédéral de l'économie publique avait mis en consultation un projet de loi fédérale sur l'aide aux chômeurs, qui est demeuré au stade de projet⁷⁴.

En ce qui concerne la question de savoir si les conditions décrites ci-dessus sont ou non réalisées, le législateur dispose à cet égard d'une grande marge d'appréciation. Signalons, néanmoins, que dans sa réponse au postulat Heim 15.3193 intitulé *Stratégie nationale destinée à améliorer les chances des personnes d'un certain âge de retrouver un emploi et de se réinsérer sur le marché de l'emploi*, le Conseil fédéral fait preuve de retenue en déclarant que la Confédération «peut» faire usage de sa compétence prévue à l'art. 114, al. 5, «si la couverture sociale prévue par l'assurance-chômage et celle prévue dans le cadre du réseau des prestations cantonales d'assistance s'avère, d'une certaine manière, lacunaire et préjudiciable pour les personnes au chômage, au sens où elle contreviendrait aux buts sociaux ancrés dans la Constitution fédérale». Le Conseil fédéral est, en outre, d'avis qu'«il n'existe toutefois en l'espèce aucune lacune de couverture entre la perception d'indemnités de chômage et la perception de prestations de l'aide sociale».

5 Etendue de l'exercice de la compétence législative

A supposer que l'on réponde par l'affirmative à la question de savoir s'il existe une mauvaise situation de l'emploi et par la négative à celle de savoir si les cantons sont de manière générale en mesure d'assumer la tâche d'aider les chômeurs de longue durée, se poserait la question de l'étendue de l'exercice de la compétence de la Confédération de légiférer.

La Confédération doit exercer ses compétences également dans le respect du principe de subsidiarité⁷⁵. Ce principe s'adresse en d'autres termes aussi au législateur⁷⁶. Ainsi, s'il est démontré que les conditions dans lesquelles la Confédération devrait agir sont remplies, il faut encore déterminer la portée et l'ampleur de son intervention⁷⁷.

5.1 Pas d'obligation d'épuiser sa compétence globale

Même si la compétence de la Confédération de légiférer dans le domaine de l'aide aux chômeurs est globale, le législateur n'a pas l'obligation d'épuiser cette compétence. Autrement dit, le législateur n'est pas tenu d'épuiser pleinement sa compétence. Il pourrait se limiter à édicter des principes généraux que les cantons devraient mettre en œuvre. Il pourrait également prendre des mesures d'encouragement ou recourir à des mesures de soutien⁷⁸, i.e soutenir les mesures des cantons qui prévoient d'aider les chômeurs

⁷⁴ Boris Rubin, Assurance-chômage, droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2^{ème} éd, Schulthess, 2006, n° 16.1.1 p. 1003.

⁷⁵ Art. 43a, al. 1 Cst.

⁷⁶ Rainer J. Schweizer/Lucien Müller, in die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3^{ed}, Schulthess, 2014, ad art. 43a, n°5.

⁷⁷ Guide de législation, 3^{ème} éd, Office fédéral de la justice, 2007, n°548 p. 219.

⁷⁸ Comparer art. 116, al. 1 Cst.

5.2 Contenu possible d'une réglementation fédérale fondée sur sa compétence globale

Dans l'hypothèse où la Confédération ferait usage de sa compétence globale, un grand nombre instruments s'offre à elle.

Les incitations financières positives, en particulier les subventions, permettent à la Confédération de s'orienter en fonction d'objectifs à atteindre. Par ailleurs, les conventions d'objectifs conclues avec les cantons ont été récemment introduites dans la Constitution⁷⁹. Les cantons sont chargés de mettre en œuvre le droit fédéral au moyen de programmes et reçoivent de la Confédération des contributions financières.

La Confédération pourrait aussi elle-même verser des indemnités aux chômeurs en fin de droit en s'inspirant des législations cantonales.

Elle pourrait également offrir des prestations directes, en particulier des offres de formation aux chômeurs en fin de droit qui permettraient de répondre à des besoins particuliers⁸⁰.

Les avantages et les inconvénients de ces instruments d'action de l'Etat sont à apprécier dans une perspective fédéraliste⁸¹.

6 Réponses aux questions posées en relation avec la disposition constitutionnelle

6.1 Circonstances spéciales («*Rahmenbedingungen*»)

Par les termes de «*circonstances spéciales*» («*besondere Verhältnisse*») décrites dans le message du Conseil fédéral de 1975⁸² et rappelées dans son message relatif à une nouvelle constitution fédérale⁸³, on entend, par exemple, une situation mauvaise de l'emploi, caractérisée par un nombre de chômeurs bien supérieur à celui des places vacantes ce qui augmenterait le recours à l'aide sociale et entraînerait comme conséquence que les cantons ne seraient pas en mesure d'assumer la tâche d'aider les chômeurs, en particulier de longue durée, menacés par la pauvreté. Ces circonstances sont associées, en d'autres termes, à une lacune dans la protection sociale de l'Etat, incompatible avec les buts sociaux consacrés actuellement à l'art. 41 Cst. Dans ces circonstances, la Confédération devrait légiférer.

Le Conseil fédéral rappelle ces éléments dans sa réponse au postulat Heim 15.3193 intitulé *Stratégie nationale destinée à améliorer les chances des personnes d'un certain âge de retrouver un emploi et de se réinsérer sur le marché de l'emploi*, même s'il fait preuve de plus de retenue dans ses conclusions que la réponse à la première question figurant dans le présent avis de droit:

«Conformément à l'article 114 alinéa 5 de la Constitution, le Conseil fédéral dispose de compétences dans le domaine de l'assistance et de l'aide sociale. Il peut en faire usage si la couverture sociale prévue par l'assurance-chômage et celle prévue dans le cadre du réseau des prestations cantonales d'assistance s'avèrent, d'une certaine manière, lacunaire et préjudiciable pour les personnes au chômage, au sens où elle contreviendrait aux buts sociaux ancrés dans la Constitution fédérale».

⁷⁹ Art. 46, al. 2 Cst.

⁸⁰ Comparer l'art. 59d de la loi sur l'assurance-chômage intitulé Prestations destinées aux personnes qui ne remplissent pas les conditions relatives à la période de cotisation ni n'en sont libérées.

⁸¹ Guide de législation, 3^{ème} éd, Office fédéral de la justice, 2007, n°548 p. 219.

⁸² Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant une modification de la Constitution fédérale en vue d'améliorer l'assurance-chômage selon une nouvelle conception, du 3 septembre 1975. FF 1975 II, 1573 [1596].

⁸³ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 [333].

6.2 Groupe cible («Zielgruppe»)

Les chômeurs constituent le groupe cible visé par la disposition constitutionnelle. La Constitution ne les définit pas⁸⁴. Il appartient dès lors au législateur fédéral de concrétiser cette notion. Il peut définir le cercle des personnes concernées, autrement dit, le groupe cible, de manière large et inclusive, par exemple, les indépendants. La disposition constitutionnelle ne s'oppose pas à cette interprétation large. En effet, le chômage vise de manière générale la situation dans laquelle se trouve tout individu sans travail, disponible sur le marché du travail et à la recherche d'un emploi⁸⁵.

Compte tenu du rôle subsidiaire de l'aide aux chômeurs par rapport à l'assurance-chômage, les chômeurs de longue durée, ayant épuisé leur droit aux prestations de l'assurance-chômage devraient être les premiers concernés.

Il serait pourtant loisible d'envisager une aide complémentaire aux chômeurs assurés lorsque les prestations de l'assurance-chômage sont insuffisantes et ne couvrent pas les besoins vitaux⁸⁶.

6.3 Prestations financières envisageables («Finanzielle Leistungen»)

Il n'existe pas de *numerus clausus* des prestations financières envisageables. Le législateur qui concrétise l'art. 114, al. 5 Cst. peut, en particulier, prévoir des incitations financières en faveur des cantons ou financer des rentes ou indemnités pour les chômeurs eux-mêmes. La Confédération pourrait introduire une forme d'aide en faveur des chômeurs constituée par des indemnités journalières versées aux chômeurs en fin de droit dont les ressources sont inférieures au minimum vital à l'instar de certains systèmes cantonaux décrits par le Tribunal fédéral (cf. ci-dessus ch. 5.1).

6.4 Autres mesures («Weitere Massnahmen»)

Des mesures d'intégration, de réinsertion sous forme de programmes d'occupation ou des mesures de formation pourraient également être envisagées sur la base de l'art. 114, al. 5 Cst., à l'image de ce qu'ont fait certains cantons⁸⁷.

Ces mesures d'intégration pourraient d'ailleurs être introduites dans la loi sur l'assurance-chômage: *«Denkbar wäre auch, gestützt auf die in Abs. 5 enthaltene Kompetenz, gewisse berufliche Eingliederungsmassnahmen, die von den Kantonen als Teil der Sozialhilfe organisiert werden, in das System der Arbeitslosenversicherung zu überführen. Zugleich könnte – wie etwa im geltenden Art. 59d AVIG – auf die Erfüllung einzelner Anspruchsvoraussetzungen i.S. v. Art. 8 ff. AVIG verzichtet werden»*⁸⁸.

Il est également loisible d'envisager des allocations d'intégration professionnelle versées aux entreprises qui embauchent des demandeurs d'emploi ayant épuisé leur droit aux indemnités chômage⁸⁹ ou la prise en charge de la part patronale LPP de demandeurs d'emploi de 50 ans et plus⁹⁰, à l'instar, par exemple, du Canton de Neuchâtel.

⁸⁴ Thomas Gächter, in die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3^{éd}, Schulthess, 2014, ad art. 114, n° 5 p. 2041.

⁸⁵ Boris Rubin, Assurance-chômage, droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2^{ème} éd, Schulthess, 2006, n° 1.2.1.1 p. 14.

⁸⁶ Boris Rubin, Assurance-chômage, droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2^{ème} éd, Schulthess, 2006, n° 16.1.1 p. 1002.

⁸⁷ Boris Rubin, Assurance-chômage, droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2^{ème} éd, Schulthess, 2006, n° 16.1.1 p. 1002.

⁸⁸ Thomas Gächter, in die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3^{éd}, Schulthess, 2014, ad art. 114, n° 5. n°26 p. 2047.

⁸⁹ Art. 46 à 48 du Règlement du Canton de Neuchâtel concernant les mesures d'intégration professionnelle, RSN 823.201.

⁹⁰ Art. 50 du Règlement du Canton de Neuchâtel précité.

6.5 Systèmes envisageables («Systemebene»)

De même, le choix du système appartient au législateur. Rien ne l'empêche de coordonner des mesures d'intégration dans le monde du travail par le biais de la collaboration interinstitutionnelle⁹¹.

Le Conseil fédéral a déclaré dans son rapport du 25 février donnant suite au postulat 13.4010 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national «Loi-cadre relative à l'aide sociale du 6 novembre 2013: *«Il serait utile que des normes sur l'aide sociale valables dans tout le pays déterminent les principes de la collaboration interinstitutionnelle, les bases de l'échange d'information, les services de contact, etc. afin de mettre l'aide sociale sur un pied d'égalité avec les règles appliquées par les partenaires de l'AI et de l'assurance chômage»*⁹²». Dans le domaine de l'aide sociale aux chômeurs, la Confédération dispose de la base constitutionnelle pour légiférer dans ce sens.

La Confédération pourrait, néanmoins, se limiter à prescrire aux cantons d'introduire des prestations pour les chômeurs de longue durée et, le cas échéant, les soutenir financièrement dans cette démarche.

6.6 Rente transitoire («Überbrückungsrente»)

Le législateur pourrait également, sur la base de l'art. 114, al. 5 Cst., prévoir une rente transitoire (rente pont) pour les chômeurs âgés en fin de droit, en s'inspirant, par exemple, de la législation vaudoise⁹³.

⁹¹ Comparer art. 85f, al. 1, let. c de la loi sur l'assurance-chômage.

⁹² Aménagement de l'aide sociale et des prestations cantonales sous condition de ressources ; Besoins et possibilités d'intervention, Rapport du Conseil fédéral du 25 février donnant suite au postulat 13.4010 Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national «Loi-cadre relative à l'aide sociale du 6 novembre 2013 p. 50.

⁹³ Comparer l'art. 16 de la loi du Canton de Vaud du 23 novembre 2010 sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont intitulé ayants droit selon lequel :

«¹ Ont droit aux prestations cantonales de la rente-pont jusqu'à l'âge d'ouverture ordinaire du droit à la rente de vieillesse prévu par la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) les personnes qui remplissent les conditions cumulatives suivantes :

- a. elles ont leur domicile dans le Canton de Vaud depuis 3 ans au moins au moment où elles déposent la demande de rente-pont ;
- b. elles ont atteint l'âge ouvrant le droit à la rente anticipée au sens de la LAVS ;
- c. elles n'ont pas droit à des indemnités de chômage ou ont épuisé leur droit à de telles indemnités ;
- d. elles réalisent les conditions d'octroi de la prestation financière du RI, au sens des articles 31 et suivants LASV, à l'exception des normes de fortune qui relèvent de la LPC ;
- e. leur revenu disponible est inférieur aux limites imposées par la LPC pour ouvrir le droit à des prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI ;
- f. elles n'ont pas fait valoir leur droit à une rente de vieillesse anticipée. »