

Anne Meier / Kurt Pärli

Intégration par le travail dans l'aide sociale

Incertitudes sur la qualification des rapports juridiques et risques pour les bénéficiaires « activés »

Les rapports juridiques créés lorsqu'une personne au bénéfice de l'aide sociale fournit une prestation de travail dans le cadre d'un programme d'occupation ou d'intégration sont réglés par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO; la Loi fédérale sur le travail s'applique et une couverture par les assurances sociales est garantie. Le besoin de protection accru des bénéficiaires de l'aide sociale est ainsi assuré et combiné avec une véritable intégration : le bénéficiaire sera en situation de participer effectivement à la vie économique tout en continuant à bénéficier du respect de la dignité humaine et du droit à des conditions de travail justes et équitables.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Droit de l'aide sociale

Proposition de citation : Anne Meier / Kurt Pärli, Intégration par le travail dans l'aide sociale, in : Jusletter 3 juin 2019

Table des matières

- I. Introduction
 - 1. L'activation des bénéficiaires de l'aide sociale en Suisse
 - 2. Principe de réciprocité et relations juridiques triangulaires
 - 3. Un besoin de protection accru dans ce « sous-sol » encore mal éclairé
 - 4. Méthodes
- II. Nature des rapports juridiques des mesures d'activation
 - 1. Typologie des rapports juridiques
 - A. Principe : contrats de travail et conditions de travail décentes
 - B. Cas de figure 1 : le bénéficiaire est engagé par la commune/le canton et y effectue son travail
 - C. Cas de figure 2 : le bénéficiaire est engagé par la commune/le canton et il est détaché auprès d'un tiers (« entreprise sociale ») pour effectuer le travail
 - D. Cas de figure 3 : le bénéficiaire est engagé par un tiers (« entreprise sociale ») et y effectue un travail qui a une valeur économique
 - E. Cas de figure 4 : le bénéficiaire est engagé par un tiers (« entreprise sociale ») et y effectue un travail qui ne peut pas être valorisé économiquement
 - 2. Application du Titre X CO lorsque les conditions de l'art. 319 CO sont remplies
 - 3. Application de la Loi fédérale sur le travail
 - 4. Application de la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)
 - 5. Couverture et cotisations aux assurances sociales
 - 6. Questions particulières : durée des mesures et sanctions
 - 7. Conséquences de la qualification comme rapports de travail
- III. Conclusion et questions ouvertes

I. Introduction

1. L'activation des bénéficiaires de l'aide sociale en Suisse

[Rz 1] L'aide sociale en Suisse a connu, il y a une quinzaine d'années, un changement de paradigme majeur : l'accent se place désormais sur le principe de l'« activation » des bénéficiaires de l'aide sociale. L'activation des bénéficiaires et les programmes d'intégration existaient déjà depuis bien plus longtemps dans certains cantons¹. Mais c'est en 2005 que la Conférence suisse des institutions d'action sociale (ci-après : CSIAS) a révisé ses principes directeurs² dans ce sens. Ainsi, la quatrième édition des « Concepts et normes de calcul de l'aide sociale »³ consacre l'idée de la réciprocité comme moyen de parvenir au but d'intégration sociale et d'insertion professionnelle : « *L'allocation du minimum social présuppose une participation active de la part du demandeur, définie par les lois cantonales sur l'aide sociale. Les mesures ou les programmes visant l'intégration sociale et/ou l'insertion professionnelle se fondent spécifiquement sur le principe de prestation et contre-prestation : l'exercice d'une activité lucrative ou l'accomplissement d'une prestation visant l'insertion professionnelle et/ou l'intégration sociale sont récompensées par une franchise sur le revenu provenant d'une activité lucrative ou [par] un supplément d'intégration* »⁴.

¹ L'organisation de l'aide sociale en Suisse relève de la compétence des cantons (art. 115 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst. ; RS 101]), sous réserve du minimum prévu à l'art. 12 Cst.

² À consulter sur : <https://www.csias.ch/fr/les-normes-csias/> (consulté le 9 mars 2019).

³ Recommandations à l'intention des autorités d'aide sociale des cantons, des communes, de la Confédération et des institutions sociales privées.

⁴ Normes CSIAS édition 2005, chapitre A.4.

[Rz 2] L'introduction du principe de réciprocité a entraîné une transformation profonde du fonctionnement de l'aide sociale. Les bénéficiaires sont désormais appelés de manière systématique à faire des efforts pour « mériter » l'aide sociale qui leur est octroyée. Il peut s'agir d'efforts d'intégration sociale (cours de langue, mise à jour de la situation personnelle et familiale, (re)création de liens sociaux, etc.). Mais il peut également s'agir de viser la (ré)intégration dans le marché primaire du travail, ce qui doit leur permettre de sortir de leur situation de dépendance : les bénéficiaires de l'aide sociale sont ainsi « activés ». L'activation prend différentes formes : coaching, formations, accompagnement à la recherche d'emploi, conception et réalisation d'un projet professionnel. L'obligation de fournir une prestation de travail dans un programme d'intégration ou d'occupation, qui nous occupe ici, fait partie des mesures d'activation des bénéficiaires de l'aide sociale.

[Rz 3] Ce sont les programmes dans lesquels le bénéficiaire de l'aide sociale fournit une prestation de travail qui font l'objet du présent article. Au cours de cette contribution, nous utilisons systématiquement les termes « programmes d'occupation » pour l'ensemble des programmes et mesures de (ré)intégration auxquels les bénéficiaires de l'aide sociale sont affectés dans les cantons et communes en Suisse pour y effectuer une prestation de travail.

[Rz 4] Le Tribunal fédéral a régulièrement approuvé le principe d'activation en se fondant sur le principe de subsidiarité de l'aide sociale : celui qui, objectivement, serait en mesure de se procurer les ressources indispensables à sa survie par ses propres moyens – en particulier en acceptant un travail convenable – ne remplit pas les conditions du droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse selon l'art. 12 Cst⁵. Dans le premier arrêt de principe, le Tribunal fédéral a autorisé les cantons à faire de la participation à un programme d'occupation une condition pour bénéficier des prestations sociales, y compris les prestations minimales de l'art. 12 Cst : la fourniture d'une aide matérielle peut être assortie de la charge de participer à des mesures d'occupation et d'intégration. Le Tribunal fédéral estime, par principe, que ces mesures ou programmes constituent un « travail convenable », même si le revenu qu'ils procurent n'atteint pas le montant des prestations d'assistance. En cas de refus de participer à des mesures d'occupation et d'intégration qui garantiraient le minimum vital, les prestations (financières) d'assistance peuvent être entièrement suspendues⁶.

[Rz 5] La jurisprudence, par la suite, a affiné les contours de cette obligation : un « emploi test »⁷ doit être considéré comme un travail convenable. Si la personne concernée a la possibilité d'intégrer la place de travail en tout temps et si cette occupation lui assure un revenu minimum d'existence, les prestations d'aide financière peuvent être complètement suspendues pendant toute la durée probable de la mesure⁸. L'arrêt le plus récent, enfin, précise que les programmes doivent permettre au bénéficiaire de réaliser un revenu au moins équivalent au montant de l'aide d'urgence. Si ces conditions sont remplies, le principe de subsidiarité s'applique et toute aide peut être refusée en cas de non-participation à la mesure : « *Il serait contraire à l'art. 12 Cst. de nier l'aide d'urgence (en tant que droit à des conditions minimales d'existence) en raison d'un refus de participer à un programme d'occupation, si la participation à ce programme n'était pas rémunérée et si le*

⁵ ATF 130 I 71, c. 4.3.

⁶ ATF 130 I 71, c. 5 et 6.

⁷ Il s'agit des *Testarbeitsplätze* du canton de Berne.

⁸ ATF 139 I 218, c. 5.

principe de subsidiarité ne pouvait donc pas s'appliquer »⁹ ... sauf en cas d'abus de droit¹⁰. Enfin, le Tribunal fédéral autorise à (voire suggère de) punir les « récalcitrants » en fournissant l'aide d'urgence exclusivement en nature ou en les menaçant de la peine prévue à l'art. 292 du Code pénal (CP) (insoumission à une décision de l'autorité)¹¹.

[Rz 6] La jurisprudence du Tribunal fédéral a une influence directe sur la manière dont les cantons organisent les programmes d'occupation : le principe de subsidiarité est intégré dans toutes les législations cantonales sur l'aide sociale, avec une densité normative plus ou moins importante. Ce principe se traduit en particulier dans les obligations imposées aux bénéficiaires et aux sanctions qui y sont attachées. Par ailleurs, il existe des programmes d'occupation dans tous les cantons. Lorsque la loi ne permet pas explicitement de conditionner l'aide sociale à la participation à un tel programme, cette obligation résulte des directives de l'administration. Enfin, dans tous les cantons, la loi prévoit un système de sanctions en cas de non-participation aux mesures ordonnées, pouvant aller jusqu'à la suppression totale de l'aide sociale en application du principe de subsidiarité¹².

2. Principe de réciprocité et relations juridiques triangulaires

[Rz 7] Ce statut relativement nouveau de « bénéficiaire activé » de l'aide sociale crée des situations juridiques nouvelles¹³. Un modèle qui appartient en principe au marché primaire du travail (le marché libre) est transposé dans le monde de l'aide sociale : le bénéficiaire fournit une prestation de travail en échange de laquelle il touche une rémunération. En pratique, dite rémunération prend des formes variées : dans certains cas, un salaire est versé (parfois appelé « salaire social », *Soziallohn*). Dans d'autres cas, le bénéficiaire qui travaille reçoit un supplément financier à l'aide sociale de base, dit « supplément d'intégration » (*Integrationszulage*). D'autres fois encore, c'est toute l'aide sociale qui est fournie en échange du travail, en ce sens que si le bénéficiaire refuse de travailler, l'aide sera supprimée, en application du principe de subsidiarité de l'aide sociale ; devrait en principe être réservé le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst.)¹⁴.

[Rz 8] Or, on le sait, le marché primaire du travail est caractérisé par les principes de la liberté contractuelle (art. 19 al. 1 CO) et de la liberté économique (art. 27 Cst.) : le salarié peut décider de se mettre au service d'un employeur qu'il aura librement choisi. Il a le pouvoir de négocier

⁹ ATF 142 I 1, c. 7 (traduction libre).

¹⁰ ATF 142 I 1, c. 7.2.5. La question de l'abus de droit a, jusqu'à présent, toujours été laissée ouverte dans la jurisprudence fédérale.

¹¹ ATF 142 I 1, c. 7.2.5. Pour une critique de cette jurisprudence, voir notamment ANNE MEIER / MELANIE STUDER, Commentaire de l'ATF 142 I 1, in : Jusletter 14 novembre 2016, Rz. 1–18 ; MELANIE STUDER / KURT PÄRLI, BGE 142 I 1 : Sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme zwischen Existenzsicherung, Subsidiarität, Zumutbarkeit und Sanktion, PJA/AJP 10/2016, pp. 1385–1394.

¹² Ces données font partie des nombreux résultats d'une recherche approfondie menée dans le cadre du projet de recherche financé par le FNS « Travailler dans les conditions de l'aide sociale : cadre juridique, cas d'espèce et lacunes réglementaires » (plus d'informations sur : <https://thirdlabourmarket.ius.unibas.ch/fr/>). La méthode suivie est expliquée brièvement ci-dessous. L'analyse détaillée des résultats fera l'objet d'une publication séparée.

¹³ Sur ces questions déjà, voir KURT PÄRLI, Sozialhilfeunterstützung als Anreiz für Gegenleistungen, in : SozialAktuell, SBS/ASPAS, Nr. 21, décembre 2001, pp. 17 ss.

¹⁴ Voir à ce propos les arrêts de principe du Tribunal fédéral : ATF 130 I 71, c. 4.3, c. 5 et 6 ; ATF 139 I 218, c. 5 ; ATF 142 I 1, c. 7. Sur les limites de ces pratiques et leur rapport avec l'art. 12 Cst., voir les contributions citées ci-dessus (ndp 11).

(individuellement ou collectivement) ses conditions de travail et sa rémunération. Cependant, le rapport de subordination et de dépendance créent un déséquilibre intrinsèque à la relation de travail. Le constituant l'a reconnu : la protection du salarié est l'un des buts essentiels du droit du travail¹⁵. La loi intervient pour rectifier l'inégalité entre les parties au contrat, par le biais du droit public du travail (en particulier, règles sur la protection de la santé et de la sécurité), du droit privé (règles du Titre X du Code des obligations, en particulier les normes impératives et semi-impératives, art. 361 et 362 CO) et en autorisant et en favorisant la négociation collective (art. 28 Cst. et art. 356 ss CO en particulier).

[Rz 9] Dans l'aide sociale, l'échange entre la prestation de travail et la « rémunération sociale » ne repose pas toujours sur une base volontaire : l'exigence d'intégration par le travail se fait sous la menace de sanctions visant à réduire ou à supprimer, même temporairement, la part financière de l'aide sociale.

[Rz 10] De plus, les relations juridiques dans ce schéma d'activation sont fréquemment triangulaires : l'État verse l'aide sociale (voire le salaire), ordonne la participation à un programme d'occupation et prononce les éventuelles sanctions. Le bénéficiaire indigent reçoit l'aide sociale et se soumet aux injonctions de l'autorité. Enfin, le programme d'occupation dans lequel le bénéficiaire déploie son activité est souvent géré par un organisme tiers : il peut s'agir d'une association ou d'une fondation à but non lucratif, subventionnée ou non par l'État, ou d'une « entreprise sociale ». Cette entité a le pouvoir de donner des instructions au bénéficiaire de l'aide sociale et de le surveiller ; elle transmet également des informations au service social sur le comportement, la ponctualité, l'attitude du bénéficiaire. Ces informations peuvent conduire le service social à prononcer des sanctions contre le bénéficiaire. De tels rapports juridiques triangulaires ne sont pas inconnus de l'ordre juridique suisse : dans le marché primaire du travail, ils font l'objet de la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)¹⁶.

[Rz 11] Dans l'aide sociale, cette triangulation rend les rapports juridiques particulièrement complexes. Elle soumet le bénéficiaire de l'aide sociale à un double rapport de subordination, puisqu'il doit obéir à la fois à l'État et à son employeur. Le rapport de subordination et de dépendance est donc exacerbé en comparaison avec le travail dans le marché primaire.

[Rz 12] Ces éléments ajoutent à la vulnérabilité des bénéficiaires de l'aide sociale. L'aide sociale représente le tout dernier filet de sécurité de notre État social. S'il est réduit ou supprimé, il n'existe aucun autre recours. Dès lors, il se justifie de se demander dans quelle mesure les bénéficiaires « activés », s'ils ont certes des obligations envers l'État et envers la société, ne doivent pas également pouvoir bénéficier de certains droits, en particulier lorsqu'on exige d'eux qu'ils travaillent pour « mériter » leur aide sociale. La dignité humaine doit être protégée et respectée ; il s'agit d'un droit fondamental consacré à l'art. 7 Cst., dont sont aussi titulaires les bénéficiaires de l'aide sociale. Le respect de la dignité humaine est d'ailleurs l'un des fondements des prestations de l'aide sociale et surtout de l'art. 12 Cst.¹⁷.

¹⁵ Art. 110 al. 1 let. a Cst.

¹⁶ Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989, (LSE ; RS 823.11).

¹⁷ ATF 121 I 367 E. 2b.

3. Un besoin de protection accru dans ce « sous-sol » encore mal éclairé

[Rz 13] La (ré)intégration dans le marché primaire du travail est un but non seulement dans l'aide sociale, mais également dans l'assurance-chômage¹⁸ et dans l'assurance-invalidité (ci-après : AI)¹⁹. La (ré)intégration répond en réalité aux principes directeurs du droit suisse de la sécurité sociale que sont – à côté du principe de solidarité – la subsidiarité et la responsabilité individuelle. L'obligation de l'assuré de diminuer son dommage et l'obligation d'entreprendre une tâche ou de prendre des mesures convenables (l'intraduisible *Zumutbarkeit*)²⁰ peut conduire l'assuré à accepter un emploi ou à se soumettre à des mesures de réadaptation.

[Rz 14] La mise en place du principe d'intégration dans l'assurance-chômage et dans l'AI a fait l'objet de débats politiques virulents, d'une codification légale et d'une jurisprudence abondante²¹ et ont provoqué la création de ce qui est communément appelé le « second marché du travail ».

[Rz 15] Ainsi, la question du statut des assurés « activés » s'est posée déjà dans les années 1990 dans le cadre de l'assurance-chômage. Le but de l'assurance-chômage, tel qu'exprimé dans la loi depuis 2002, vise à « prévenir le chômage imminent, à combattre le chômage existant et à favoriser l'intégration rapide et durable des assurés dans le marché du travail » (art. 1a al. 2 LACI). L'un des moyens pour réaliser ces objectifs est la mise en place de « mesures relatives au marché du travail » (MMT), ancrées aux art. 59 ss de la loi et 81 ss de l'ordonnance²². La loi prévoit des mesures de formation (art. 60 LACI), des mesures d'emploi (art. 64a et 64b LACI), dont les « PET » (programmes d'emploi temporaires)²³, et des mesures spécifiques (art. 65 à 71d LACI). Les PET et les allocations d'initiation au travail (AIT) (une catégorie de « mesures spécifiques ») retiendront notre attention au cours de la présente contribution.

[Rz 16] Quant à l'assurance-invalidité, elle a fait de l'intégration un de ses buts depuis sa création, suivant l'expression « la réinsertion plutôt que la rente » (*Eingliederung vor Rente*)²⁴. Parmi les mesures de réadaptation²⁵, on trouve des mesures de réinsertion préparant à la réadaptation

¹⁸ Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, (LACI; RS 837.0). La deuxième révision de la loi a été adoptée le 23 juin 1995 et est entrée en vigueur par étapes en 1996, 1997 et 1998. BORIS RUBIN note, à propos de cette révision, qu'elle a « profondément modifié la philosophie du système d'assurance-chômage. [...] Les principales innovations, à savoir la création des ORP et l'extension de l'obligation de participer à des mesures de marché du travail, ont été proposées par la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national [...] » (Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève, Zurich et Bâle 2014, *Introduction*, n. 72).

¹⁹ Voir les arrêts de principe ATF 113 V 22, 118 V 206, 134 I 105 et 135 I 116. KURT PÄRLI, *Grundrechtliche Schranken der Pflicht zur Selbsteingliederung in der Invaliden-versicherung*, in : HAVE 3 (2009) 260 ss. et KURT PÄRLI, *Grundrechtliche Schranken des aktivierenden Sozialstaates*, in : *SozialAktuell* 6 (2009) 29 ss.

²⁰ Sur ce principe, voir pour tous les autres : THOMAS GÄCHTER, *Grundstrukturen des schweizerischen Rechts der Sozialen Sicherheit*, ZSR 133 (2014) pp. 50–70.

²¹ Nous nous référons ci-après aux dispositions légales et aux arrêts pertinents pour l'analyse qui nous occupe.

²² Pour un aperçu de l'évolution historique de ces mesures dans l'assurance-chômage depuis leur introduction dans l'ancienne loi sur l'assurance-chômage déjà, cf. RUBIN (ndp 18), ad art. 59 n. 2–4. Sur ces notions, voir également PIERRE-YVES CARNAL, *L'organisation de l'assurance-chômage en Suisse* in : SZS/RSAS 2017 p. 385 (398 ss).

²³ Les « semestres de motivation » destinés aux assurés cherchant une place de formation au terme de leur scolarité obligatoire font également partie de cette catégorie de mesures. Ces dernières ne sont pas traitées dans la présente contribution, car elles concernent une population très spécifique qui ne fait pas directement l'objet de notre recherche.

²⁴ KURT PÄRLI, EDGAR IMHOF, ELLEN LAUPER, *Wirksamkeit und Wirkung ausgewählter Massnahmen im Rahmen der fünften IV-Revision, Kurzstudie im Auftrag von AGILE Behinderten-Selbsthilfe Schweiz, Olten August 2005*; KURT PÄRLI, JÜRIG GUGGISBERG, JULIA HUG, *Wie gelingt berufliche Eingliederung? Erkenntnisse aus der SNF-Studie « Berufliche Eingliederung von Personen mit länger andauernder Arbeitsunfähigkeit »*, in : UELI KIESER / MIRIAM LENDFERS, *JaSo 2014, Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht*, St. Gallen 2014, pp. 137 ss.

²⁵ Ces mesures sont énumérées de façon exhaustive à l'art. 8 al. 3 LAI.

professionnelle et des mesures d'ordre professionnel (orientation professionnelle, formation professionnelle initiale, reclassement, placement, aide en capital). Vu l'objet de la présente contribution, nous nous intéresserons ici uniquement aux mesures qui impliquent une prestation de travail de l'assuré ; celles qui créent une relation triangulaire (assuré – assurance – employeur) seront d'un intérêt particulier²⁶. Notre attention se portera donc sur les art. 18a et 18b LAI, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2012 (5^e révision A de l'AI) : le placement à l'essai et les allocations d'initiation au travail.

[Rz 17] Si ces deux systèmes ne sont pas à l'abri de critiques²⁷, force est de reconnaître qu'ils ont fait l'objet de débats publics et politiques et qu'ils ont été codifiés par le législateur. RUBIN souligne que « *la participation aux mesures de marché du travail peut être souhaitée par les chômeurs ou au contraire subie, dans le cadre d'assignation contre la volonté des assurés concernés. [...] L'assignation de mesures, par l'ORP, donne lieu également à beaucoup de litiges consécutivement aux sanctions prononcées en cas de refus desdites mesures* »²⁸. Dans le cadre de l'aide sociale en revanche, le débat politique n'a pas eu lieu à la même échelle, le cadre légal reste relativement peu développé et la jurisprudence rare.

[Rz 18] En effet, les programmes d'occupation dans le contexte de l'aide sociale se trouvent encore aujourd'hui dans une zone où les règles applicables et les droits des personnes concernées sont souvent plongés dans l'obscurité : si le marché primaire du travail peut être considéré, en quelque sorte, comme le premier étage de la maison, où les conditions de travail sont en principe décentes, le second marché du travail, lui, peut représenter le rez-de-chaussée. Quant au niveau auquel les bénéficiaires de l'aide sociale travaillent, il s'apparente au sous-sol, qui reste à l'heure qu'il est mal éclairé et peu confortable.

[Rz 19] Les causes de cette semi-obscurité sont multiples. L'organisation de l'aide sociale en Suisse relève de la compétence des cantons et les programmes d'occupation et d'intégration des bénéficiaires de l'aide sociale présentent une réalité pratique et juridique incroyablement diversifiée. Le débat politique dans les cantons se situe essentiellement au niveau des coûts de l'aide sociale, sans nécessairement dépasser le seul principe de l'obligation d'intégration et de l'occupation des bénéficiaires de l'aide sociale.

[Rz 20] Peu de lois cantonales règlent les droits et obligations des bénéficiaires activés. Jurisprudence et doctrine ne se sont, pour l'heure, que peu penchées sur ces programmes²⁹. En particulier, la question de la qualification juridique des rapports qu'ils créent et des conditions de travail des bénéficiaires de l'aide sociale n'est presque jamais traitée. Ainsi, le Tribunal fédéral se contente

²⁶ Voir à ce sujet : FABIO BERTOZZI /GIULIANO BONOLI/FIONA ROSS, *The Swiss Road to Activation : Legal Aspects, Implementation and Outcomes*, in : *Bringing the jobless into work?*, Berlin 2008, S. 130.

²⁷ Voir notamment les références ci-dessus (ndp 24) et les nombreuses références citées.

²⁸ RUBIN (ndp 18), ad art. 59 n. 5.

²⁹ Cf. les arrêts de principe du Tribunal fédéral, rappelés ci-dessus (nbp. 5). Pour la doctrine en Suisse, il faut citer en particulier les travaux du Prof. JEAN-MICHEL BONVIN (UNIGE) : <https://www.unige.ch/sciences-societe/ideso/membres/bonvin/> et ceux du Prof. GIULIANO BONOLI (UNIL/IDHEAP) : <https://www.unil.ch/idheap/home/menuinst/unitescompetences/politiques-sociales/publications.html>. Voir également : JOHANN-JAKOB CHERVET, *Staatliche Beschäftigungsprogramme für Nothilfe-Bezieher : Zwangsarbeit oder berechtigte Hilfe zur Selbsthilfe?*, pp. 24–27 et BERNHARD WALDMANN, *Das Recht auf Nothilfe zwischen Solidarität und Eigenverantwortung*, pp. 341–368. Au niveau international, les programmes d'occupation ont fait l'objet de nombreuses contributions. On citera, parmi d'autres : le rapport final du « Welfare Conditionality Project » (2013–2018) de l'Economic and Social Research Council de l'Université de York (Royaume-Uni) : <http://www.welfareconditionality.ac.uk>, ainsi que les publications de la Prof. ELISE DERMINE (Université libre de Bruxelles) : <http://droit-public.ulb.ac.be/member/elise-dermine/> et celles d'ANJA ELEVELD (Vrije Universiteit Amsterdam) : <https://research.vu.nl/en/persons/anja-eleveld/publications/>.

de poser le principe selon lequel la participation à des programmes d'occupation dont le but est l'intégration dans le premier marché du travail peuvent être imposés aux bénéficiaires de l'aide sociale. Il se dispense toutefois systématiquement d'en examiner les conditions concrètes, notamment sous l'angle du besoin de protection du bénéficiaire de l'aide sociale (conditions de travail, protection de la santé et de la personnalité, impact des sanctions, etc.)³⁰.

[Rz 21] On est ici bien loin des rapports de travail dans le premier marché du travail, où la loi protège le salarié sous différents angles : on pense en particulier à la protection de la santé, de la sécurité et de la personnalité ; au droit au salaire convenu, usuel ou fixé par une convention collective ; à l'interdiction de la discrimination ; à la protection contre les congés abusifs ou injustifiés ; au droit au salaire pendant une incapacité de travail ; au droit au repos et aux vacances ; aux règles sur le temps de travail. Les cotisations versées aux différentes assurances sociales constituent également un aspect important du besoin de protection en cas de risques d'incapacité de travail (maladie ou accident en particulier), de chômage, d'invalidité, de vieillesse, de décès.

[Rz 22] La présente contribution cherche à allumer une ampoule pour éclairer ce sous-sol encore peu exploré : dans quelles conditions les bénéficiaires de l'aide sociale travaillent-ils ? Comment sont réglées les relations contractuelles entre le bénéficiaire, l'autorité et l'entreprise où s'exerce le travail ? Ces rapports sont-ils des contrats de travail au sens des art. 319 ss CO ? Quelles règles protectrices du droit du travail (par exemple, les normes de droit public figurant dans la LTr) s'appliquent ? Le placement de bénéficiaires de l'aide sociale dans des programmes d'occupation gérés par des tiers constitue-t-il de la location de services ? Quelles mesures sont mises en place pour prendre en compte le double rapport de subordination dans lequel se trouve le bénéficiaire qui est mis au travail ? Son besoin de protection est-il pris en compte ou passe-t-il au second degré, derrière sa nécessaire « activation » ? Comment sont réglées les questions relatives à la responsabilité des différents acteurs de ce triangle ? Quelles sont les juridictions compétentes pour trancher des litiges, notamment ceux liés aux sanctions que risquent les bénéficiaires en cas de refus de participer à un programme ou lorsque leur comportement n'est pas jugé « conforme » ?

[Rz 23] La qualification des montants versés aux bénéficiaires de l'aide sociale dans le cadre de programmes d'occupation a parfois été abordée sous l'angle de la Loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (LAS)³¹. Toutefois, le but de la LAS est de déterminer le canton compétent pour assister une personne dans le besoin qui séjourne en Suisse (art. 1 LAS). On ne voit pas que la qualification des diverses prestations d'aide sociale au sens de cette loi pourrait influencer la qualification du contrat en droit privé (art. 319 ss CO) et celle des revenus en matière d'assurances sociales.

³⁰ Voir en particulier ATF 142 I 1 et ATF 130 I 71, E. 5.4. Pourtant, plusieurs études portant sur l'effet des mesures d'occupation ne permettent pas de justifier une position aussi générale. Voir parmi d'autres : DANIEL AEPPLI / THOMAS RAGNI, *Ist Erwerbsarbeit für Sozialhilfebezüger ein Privileg?* (Seco Publikation Arbeitsmarktpolitik No. 28), Berne 2009 ; GIULIANO BONOLI / CYRIELLE CHAMPION, *Federalism and Welfare to Work in : Switzerland : The Development of Active Social Policies in a Fragmented Welfare State*, in *Publius : The Journal of Federalism* 45 (1) 2014, pp. 77-98.

³¹ Loi fédérale en matière d'assurances sociales du 24 juin 1977 (LAS ; RS 851.1). La question peut se poser de savoir si les « salaires sociaux » et autres formes de rémunérations versées dans le cadre des programmes d'occupation sont des « prestations d'assistance » au sens de l'art. 3 LAS, ce qui influence en particulier l'obligation du canton de domicile de rembourser les frais au canton de séjour (art. 14 LAS). Voir à ce sujet les opinions divergentes de KURT PÄRLI (article de 2001 cité sous ndp 11 ci-dessus) et de PETER STADLER, *Fürsorgeleistungen sind kein Lohn – Rechtsfragen bei Massnahmen zur sozialen und beruflichen Integration*, in *ZESO (Zeitschrift für Sozialhilfe)* 2/2002 p. 26.

[Rz 24] Par la présente contribution, les auteur-e-s espèrent donner une base de réflexion permettant l'établissement de standards minimaux en la matière. Ces standards minimaux sont à mettre en œuvre à travers la CSIAS et visent à poser un cadre réglementaire dans chaque canton qui soit cohérent avec les autres politiques d'intégration et qui respecte le droit fédéral.

4. Méthodes

[Rz 25] Notre contribution se base sur les sources usuelles en matière d'analyse juridique (loi, jurisprudence, doctrine). La jurisprudence du Tribunal fédéral restant rare sur cette question, notre équipe de recherche a recensé la jurisprudence publiée pour chaque canton suisse depuis 2005 sur la question des mesures d'intégration dans le cadre de l'aide sociale³². Par ailleurs, les auteur-e-s de la présente contribution ont déjà analysé cette problématique sous l'angle des assurances sociales³³ et nous nous y référons en tant que de besoin.

[Rz 26] L'analyse tient également compte des premiers résultats de la recherche menée en application des méthodes de sciences sociales dans le cadre du projet de recherche mentionné ci-dessus³⁴ : en particulier, les résultats d'un questionnaire rempli par tous les cantons³⁵ pour déterminer l'ampleur concrète des relations de travail dans le cadre de l'aide sociale, leur cadre juridique et la diversité des situations pratiques ; nous prendrons également en compte les premiers résultats des enquêtes approfondies menées dans trois cantons³⁶.

[Rz 27] Notre faisceau lumineux se laissera guider par la réglementation en vigueur au « premier étage » et au « rez-de-chaussée ». Ce faisant, il ne paraît pas inutile de garder en tête que l'aide sociale représente l'ultime filet social de notre société. Ainsi, lorsqu'un salarié, par hypothèse, ne se comporte pas de la manière qui est attendue de lui, l'employeur dispose d'un arsenal de sanctions clair et codifié³⁷. S'il perd son travail, le salarié ira pointer au chômage ou recevra le cas échéant des prestations d'assurance, par exemple celles de l'AI. A son tour, le chômeur sanctionné par l'assurance peut se reposer sur un éventuel petit pécule mis de côté pour des périodes difficiles ; il dispose toujours du recours (même temporaire) à l'aide sociale, s'il en remplit les conditions. Le bénéficiaire de l'aide sociale, lui, a dû se défaire de ce pécule³⁸ ; il n'a plus accès aux prestations

³² Un document consolidé de cette jurisprudence sera mis à disposition du public et une analyse fera l'objet d'une publication séparée.

³³ ANNE MEIER/KURT PÄRLI, Sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Beschäftigungsverhältnissen unter sozialhilfrechtlichen Bedingungen, SZS 1/2018, 4–39.

³⁴ Cf. note de bas de page 11.

³⁵ À l'exception de Thurgovie.

³⁶ À savoir Uri, Berne et Vaud. Nous avons choisi des cantons aussi différents que possible ; parmi les critères de choix figuraient notamment : la taille du canton ; canton urbain et/ou rural ; le taux d'aide sociale ; la densité normative de la loi sur l'aide sociale et de ses réglementations annexes ; la répartition des compétences entre canton et communes ; régions linguistiques.

³⁷ L'employeur ne dispose d'aucun pouvoir disciplinaire dans le cadre du contrat de travail ; les sanctions pour violation du contrat sont la réparation du dommage (art. 321e CO) et le licenciement. Cf. ATF 119 II 162, c. 2 ; le retrait de la gratification est également mentionné comme une sanction possible (ADRIAN STAEBELIN, Art. 319–330a OR. Der Arbeitsvertrag (zit. als ZK-STAEBELIN, in : GAUCH/SCHMID (édit.), Zürcher Kommentar V/2/c, 4^e éd., Zurich 2006, ad art. 321d n. 23). Aux termes du même arrêt, l'employeur a toutefois le droit, à certaines conditions, de prévoir un régime de sanctions propres à son entreprise (*Betriebjustiz*), y compris des amendes.

³⁸ La CSIAS recommande de laisser à la libre disposition d'un bénéficiaire seul un montant de fortune de CHF 4'000.- ; CHF 8'000.- pour les couples et CHF 2'000.- pour chaque enfant mineur, mais au maximum CHF 10'000.- par famille (recommandations, E.2.1).

d'assurance, quelles qu'elles soient. Sa situation de dépendance est totale et il ne dispose d'aucun « ultime recours ».

II. Nature des rapports juridiques des mesures d'activation

1. Typologie des rapports juridiques

[Rz 28] Le rapport juridique du bénéficiaire de l'aide sociale avec l'État est de droit administratif : il est réglé intégralement par le droit public cantonal, voire communal. Lorsque l'Etat décide d'assigner le bénéficiaire à un programme d'occupation ou d'insertion, le travail peut s'organiser en fonction de différents scénarios. La qualification juridique peut varier en fonction de la manière dont les rapports sont organisés. Nous en présentons ci-dessous les principales variantes.

A. Principe : contrats de travail et conditions de travail décentes

[Rz 29] En 1994, la Conférence suisse des institutions d'assistance publique (CSIAP) – l'ancêtre de la CSIAS – émettait des recommandations sur la manière dont les prestations de travail des bénéficiaires de l'aide sociale dans le cadre de programmes d'occupation devaient être réglées : ces prestations devaient faire l'objet d'un contrat de travail ; les personnes devaient bénéficier d'une couverture d'assurance ; et le salaire devait se monter entre CHF 15.- et CHF 31.- par heure³⁹.

[Rz 30] Les recommandations prévoyaient également une liste de critères servant à déterminer si un programme d'occupation en particulier permettait d'atteindre le but d'intégration. De plus, des tâches raisonnables devaient être confiées aux personnes en fonction de leurs capacités ; il convenait de privilégier la communication interinstitutionnelle, mais également les contacts avec les associations économiques et les syndicats ; le participant devait bénéficier d'un contrat de travail et d'un salaire décent. Le risque de dumping salarial par rapport au marché primaire était souligné⁴⁰.

[Rz 31] Une table des salaires bruts était jointe aux recommandations : ces derniers étaient clairement basés sur les salaires du marché primaire : les salaires, payables 13 fois l'an, allaient de CHF 2'200.-⁴¹ à CHF 4'500.-⁴² en fonction des qualifications professionnelles⁴³. Il devait ainsi s'agir de mettre en pratique la devise « salaire social plutôt que rente sociale » (*Soziallohn statt Sozialrente*)⁴⁴.

[Rz 32] A notre avis, il n'existe aujourd'hui aucune raison de s'écarter de ces recommandations. Elles sont claires, fondées juridiquement et remplissent efficacement leur double fonction : protéger les bénéficiaires vulnérables et assurer leur « activation » par le travail en vue d'une (ré)intégration dans le marché primaire du travail.

³⁹ CLAUDIA HÄNZI, Die Richtlinien der schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe. Entwicklung, Bedeutung und Umsetzung der Richtlinien in den deutschsprachigen Kantonen der Schweiz, thèse, Bâle 2011, p. 238 ss et annexe 19.

⁴⁰ HÄNZI (ndp 39), p. 239.

⁴¹ Soit CHF 2'512.- en 2018, compte tenu du renchérissement (pour le calcul : http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/f/lik_rechner.htm, consulté le 28 mars 2019).

⁴² Soit CHF 5'138.- en 2018.

⁴³ HÄNZI (ndp 39), p. 239.

⁴⁴ Ibid.

[Rz 33] Malheureusement, comme le montreront plusieurs exemples au cours de cette contribution, les législations cantonales et la pratique se sont souvent écartées de ces recommandations. Clarté, sécurité juridique et protection des personnes vulnérables sont ainsi menacées.

B. Cas de figure 1 : le bénéficiaire est engagé par la commune/le canton et y effectue son travail

[Rz 34] Dans ce cas, les rapports de travail peuvent être réglés par le droit de la fonction publique applicable à la collectivité publique concernée. L'engagement de personnel par l'administration peut également avoir lieu sur la base des art. 319 ss CO lorsqu'une base légale le permet.

[Rz 35] Si l'activité déployée s'apparente plus à une occupation à laquelle on ne peut attribuer de valeur économique, on peut considérer que le rapport de droit administratif existant est maintenu, l'État pouvant imposer des conditions lorsqu'il sert une prestation, dans les limites de la loi.

C. Cas de figure 2 : le bénéficiaire est engagé par la commune/le canton et il est détaché auprès d'un tiers (« entreprise sociale ») pour effectuer le travail

[Rz 36] Dans cette relation triangulaire, les rapports entre le service social et le tiers sont réglés en principe par un contrat de droit administratif, par exemple un contrat de prestations avec ou sans subventionnement. Il peut arriver que les rapports soient de droit privé, réglés par un contrat de mandat. La question de l'application de la LSE se pose ici. En principe, l'activité de placement de personnel et/ou de location de services exercée par l'État n'est pas effectuée contre rémunération, ce qui exclut l'application de la LSE (cf. art. 2 et 12 LSE); une application par analogie pourrait être envisagée.

[Rz 37] La relation juridique entre le bénéficiaire et le tiers, comme c'est le cas lorsque la LSE s'applique, n'est pas réglée par un contrat. Certains droits et obligations de l'employeur sont en revanche exercés directement par le tiers, en particulier le droit de donner des directives au salarié (art. 321d CO) et l'obligation de protéger sa personnalité (art. 328 CO).

D. Cas de figure 3 : le bénéficiaire est engagé par un tiers (« entreprise sociale ») et y effectue un travail qui a une valeur économique

[Rz 38] Dans ce cas, le rapport juridique entre le tiers et le bénéficiaire est en principe réglé par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO.

[Rz 39] Entre le tiers et le service social, on retrouve un contrat de prestations avec ou sans subventionnement ou un contrat de droit privé, en fonction de ce que prévoit le droit cantonal.

E. Cas de figure 4 : le bénéficiaire est engagé par un tiers (« entreprise sociale ») et y effectue un travail qui ne peut pas être valorisé économiquement

[Rz 40] Si l'activité n'a pas de but économique (même minime), on ne peut pas considérer qu'il existe un contrat de travail au sens de l'art. 319 CO. Dans ce cas, il existera vraisemblablement un contrat de mandat ou un contrat *sui generis* qui comportera l'application par analogie de certaines dispositions du contrat de travail (on pense en particulier à l'art. 328 CO). La situation n'est

toutefois pas comparable à celle du placement à l'essai dans l'assurance-invalidité (art. 18a LAI), le législateur ayant, dans ce dernier cas, créé un nouveau type de contrat.

2. Application du Titre X CO lorsque les conditions de l'art. 319 CO sont remplies

[Rz 41] Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche)⁴⁵. Le contrat de travail est synallagmatique et se conçoit comme un rapport d'échange de prestations entre le travailleur et l'employeur, soit le travail contre le salaire⁴⁶. Il n'est en principe soumis à aucune forme particulière⁴⁷ et peut ainsi être conclu de façon orale, tacite ou par actes concluants.

[Rz 42] Lorsque les quatre conditions sont remplies (prestation de travail, durée, subordination et salaire), le contrat de travail existe même si les parties l'ont qualifié différemment. En effet, la qualification de contrat de travail a un caractère impératif : les parties ne pouvant déroger aux règles impératives (droit public et art. 361 CO) et semi-impératives (art. 362 CO), elles ne sauraient *a fortiori* décider de soustraire leur relation au droit du travail lorsque le contrat qu'elles ont conclu répond aux critères objectifs de l'art. 319 CO⁴⁸.

[Rz 43] Il n'est pas difficile, en pratique, de trouver plusieurs exemples de mesures d'insertion et programmes d'occupation impliquant une prestation de travail du bénéficiaire de l'aide sociale qui impliquent la conclusion d'un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO.

[Rz 44] Ainsi, c'est la voie suivie par le canton de Bâle-Ville. La loi sur l'aide sociale prévoit, à son §13 al. 4, la règle suivante : lorsque le service de l'aide sociale occupe à court terme des bénéficiaires dans une entreprise, sans que des contrats de travail ne soient conclus, il en est lui-même l'employeur. Dans ces cas, il conclut un contrat avec la personne à placer, dans lequel la prestation, la contre-prestation et la durée de la mesure sont décrites. Il doit réclamer à l'entreprise une rémunération conforme aux usages du lieu et de la branche, en tenant compte de la capacité de travail⁴⁹.

[Rz 45] De nombreuses mesures dans le canton de Vaud répondent également à ces critères. Nous en avons choisi deux⁵⁰ :

⁴⁵ Art. 319 al. 1 CO.

⁴⁶ Voir, pour tous les autres : ZK-STAEHELIN (ndp 37), ad art. 319 n. 2.

⁴⁷ Art. 320 al. 1 CO.

⁴⁸ Voir notamment l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.276/2006 du 25 janvier 2007, c. 3 et les références ; pour tous les autres : AUBERT GABRIEL, in : WERRO FRANZ/Thevenoz Luc (édit.), Commentaire romand Code des obligations I, 2e éd., Bâle 2012, ad art. 319 n. 23.

⁴⁹ Traduction libre du §13 al. 4 du *Sozialhilfegesetz* du canton de Bâle-Ville du 29 juin 2000 (RS-BS 890.100) : « Wenn die Sozialhilfe unterstützungsberechtigte Personen kurzfristig in einem Einsatzbetrieb beschäftigt, ohne dass mit diesem Arbeitsverträge abgeschlossen werden, tritt sie selber als Arbeitgeberin auf. Sie schliesst in diesen Fällen mit der einzusetzenden Person einen Vertrag ab. Darin werden Leistung, Gegenleistung und Dauer umschrieben. Vom Einsatzbetrieb hat sie eine Vergütung zu verlangen, die den orts- und berufstüblichen Lohnansätzen unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit entspricht ».

⁵⁰ Le canton de Vaud dispose d'un catalogue de mesures d'insertion sociale (ci-après : MIS) très étendu : son édition 2018 en contient pas loin de 60, réparties en 8 catégories distinctes : MIS socio-professionnelles ; MIS familles ; MIS préparation à la transition ; MIS de transition ; MIS capacités de base ; MIS préservation de la situation économique ; MIS « bas seuil » ; projets spécifiques.

- « Pro-Log Emploi » : par cette mesure, les bénéficiaires du revenu d'insertion⁵¹ sont placés, par le biais d'un contrat de travail de droit privé de durée déterminée de dix mois, dans une institution du domaine santé/social (subventionnée par l'État). Le but principal de cette mesure est de placer le bénéficiaire dans un emploi durable dans le secteur santé/social. Ici, le bénéficiaire de l'aide sociale est donc au bénéfice d'un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO ; le salaire s'élève à CHF 3'748.- par mois ; la convention collective est applicable.
- « Macadam » : cette mesure propose à des personnes « en marge du marché du travail » de ré-expérimenter la mise en activité en donnant des « coups de main » aux clients de la Fondation partenaire, par exemple pour un déménagement, du nettoyage, jardinage, bricolage, etc. Le recrutement des candidats se fait essentiellement par un bus présent sur la Place de la Riponne à Lausanne, où les personnes intéressées peuvent s'inscrire. Trois seuils sont disponibles : inscription pour un petit job de quelques heures (seuil 1) ; suivi social plus conséquent et engagement par un contrat de travail de 6 mois conclu avec la fondation, avec des missions qui ont lieu une à deux fois par semaine (seuil 2) ; adaptation du travail en lien avec un projet personnel, suivi social plus conséquent et contact avec l'assistant social obligatoire (seuil 3). Le passage de seuil en seuil est possible dans les deux sens. Toutes les personnes qui participent à ce projet en travaillant sont « déclarées, assurées, rémunérées et reçoivent un décompte mensuel ». Le salaire net est de CHF 18.- par heure travaillée. Le salaire touché est soumis à la franchise sur salaire : les participants peuvent donc garder la moitié de leur revenu, mais au maximum CHF 200.- ou 400.- par mois (art. 25 RLASV⁵²). Un habit de travail et des chaussures sont fournis pour les seuils 2 et 3. Ici, on se trouve donc également dans un rapport de travail au sens des art. 319 ss CO, sans équivoque.

[Rz 46] La situation est moins claire à Neuchâtel, où la loi sur l'action sociale⁵³ parle de « contrats d'insertion » conclus en vue de la participation à une mesure d'insertion, contrats auxquels elle consacre un chapitre entier (art. 53 à 60). Toutefois, la loi ne précise pas la nature de ces contrats. On cherchera vainement, dans les directives ou la jurisprudence, des indices sur ce point. A Neuchâtel, ce n'est pas un salaire qui vient rémunérer le travail dans les programmes d'occupation, mais l'octroi d'un supplément d'intégration non remboursable (art. 56 de la loi). Les travaux parlementaires, eux, avaient clairement identifié la notion d'échange entre la prestation fournie par le bénéficiaire et l'octroi du supplément d'intégration⁵⁴. Le caractère non remboursable du supplément d'intégration visait à reconnaître l'effort fourni par le bénéficiaire (le mot « travail » n'est toutefois pas prononcé), même si la prestation n'était pas rentabilisée économiquement. Par ailleurs, suivant l'entrée en vigueur du salaire minimum neuchâtelois, la loi réserve au Conseil d'État le droit d'« édicter des dérogations pour des rapports de travail particuliers, tels que ceux

⁵¹ Dans le canton de Vaud, la part financière de l'aide sociale s'appelle « revenu d'insertion » (ci-après : RI) ; il n'est pas remboursable. Le RI comprend une prestation financière et peut, cas échéant, également comprendre des prestations sous forme de mesures d'insertion sociale ou professionnelle (art. 27 de la Loi sur l'action sociale vaudoise du 2 décembre 2003 [LASV ; RS-VD 850.051]). Par ailleurs, des mesures d'encadrement favorisant l'entrée et le maintien en formation ou en emploi peuvent également être financées au titre de la « prévention sociale » (art. 20 LASV).

⁵² Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise (RS-VD 850.051.1).

⁵³ Loi sur l'action sociale du 25 juin 1996 (LASoc ; RS-NE 831.0).

⁵⁴ Décision du chef du département de l'économie et de l'action sociale, REC.2017.188 du 23 octobre 2017, c. 3.4 et 3.5.

s'inscrivant dans un contexte de formation ou d'intégration professionnelle »⁵⁵. Sont considérées comme s'inscrivant dans un contexte d'intégration professionnelle les relations de travail liées à des mesures de réinsertion prévues par les législations fédérale ou cantonale, notamment en matière d'assurance-chômage, d'assurance-invalidité, d'asile ou d'action sociale ainsi qu'à des mesures similaires prévues par des conventions collectives de travail dont le champ d'application est étendu⁵⁶. Ici non plus, la loi ne qualifie pas les contrats en question. Toutefois, l'existence même d'un contrat étant admise, voire prescrite par la loi, nous ne voyons pas d'obstacle à la qualification de contrat de travail au sens de l'art. 319 CO.

[Rz 47] Rappelons encore que, selon l'art. 320 al. 2 CO, le contrat de travail est réputé conclu lorsque l'employeur accepte, pour un temps donné, l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre salaire : il s'agit alors d'un « contrat de fait », qui existe même contre la volonté des parties, en vertu d'une présomption irréfragable. Toutefois, le caractère absolument impératif de l'art. 320 al. 2 CO n'empêche pas, selon la doctrine majoritaire, de conclure un accord exprès et clair qui renverse la présomption légale et permet donc l'existence d'un contrat de travail sans rémunération⁵⁷. Le canton de Vaud, par exemple, dispose d'une mesure de bénévolat intitulée MACIT (Missions d'action citoyennes) pour lesquelles on peut sans doute admettre l'existence d'un contrat de travail sans salaire : il s'agit de missions au sein du réseau associatif du canton. Il en existe une centaine, qui peuvent être proposées à des bénéficiaires qui ont le souhait d'être actifs⁵⁸. Ces missions n'ont pas l'ambition d'insérer ou d'être un travail, mais doivent permettre à ces personnes d'avoir une activité dans un contexte social : il peut s'agir par exemple de servir des cafés ou de faire de petites activités. La mesure n'est pas rémunérée : il s'agit de bénévolat. Le montant du revenu d'insertion n'est pas touché et il n'y a pas de sanction quand la mesure s'arrête.

[Rz 48] Le plus souvent, les programmes d'occupation ou d'insertion ne font malheureusement pas l'objet d'une réglementation aussi claire que les mesures vaudoises présentées ci-dessus, comme on peut le constater dans le cas qui est à l'origine de cet arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich⁵⁹ : un bénéficiaire de l'aide sociale avait en l'espèce participé à des programmes d'occupation pendant dix ans, de 1998 à 2008. En 2009, il réclama un montant chiffré à CHF 110'000.- environ à titre de salaire pour le travail fourni, selon lui, sur la base d'un contrat de travail de fait (art. 320 al. 2 CO). Il semble qu'il ait essentiellement exercé, pendant cette période, une activité de peintre en bâtiment. Le Tribunal zurichois a retenu que le recourant avait travaillé « pendant un certain temps » au sein de l'entreprise et sous le contrôle de l'autorité intimée (le service d'aide sociale) dans le cadre de divers programmes d'emploi (sans en préciser la nature). A cet effet, des « contrats de participation » ont été conclus, dont les conditions ont été définies par l'autorité (charge de travail, temps de travail, durée du programme d'emploi, lieu, quotité du supplément d'intégration, etc. [selon les pièces, un supplément d'intégration d'un montant de

⁵⁵ Art. 32c de la Loi neuchâteloise sur l'emploi et l'assurance-chômage du 25 mai 2004 (LEmpl ; RS-NE 813.10).

⁵⁶ Art. 3 al. 3 du Règlement portant sur l'application des dispositions de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage relatives au salaire minimum neuchâtelois du 25 octobre 2017 (RSalMin ; RS-NE 813.100.0).

⁵⁷ CHRISTOPH SENTI, *Gratisarbeit und Soziallohn : Folgen eines « falschen » Lohnes*, PJA/AJP 2016 p. 59 (65), avec les références à l'arrêt TF, 4A_19/2015 du 20 mai 2015, c. 3.2 et à ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Shulthess (zit. als BK-REHBINDER/STÖCKLI) et ZK-STAEHELIN.

⁵⁸ Voir : Bénévolat-Vaud, centre de compétence pour la vie associative, missions d'actions citoyennes - macit, <https://www.benevolat-vaud.ch/mesure-macit> (consulté le 11 mars 2019).

⁵⁹ Arrêt VB.2011.00097 du 20 avril 2011.

CHF 250.- a été versé pour une certaine mission et une somme forfaitaire de CHF 160.- en plus pour la restauration externe]). D'autres conditions de participation ont également été fixées dans les informations relatives au programme. Toutefois, selon les juges zurichois, aucune rémunération n'était prévue au vu des circonstances du cas d'espèce, si bien qu'aucun salaire n'était dû pour les services fournis dans le cadre des programmes d'occupation, ce qui excluait d'emblée, selon les juges, l'application de l'art. 320 al. 2 CO, cette disposition ne s'appliquant pas si le caractère non rémunéré d'une prestation est expressément convenu.

[Rz 49] Le point de vue du recourant selon lequel ses activités auraient excédé la portée habituelle d'un programme d'occupation ne pouvait pas être suivi : l'objectif principal de la participation à un programme d'occupation était de lui donner une structure quotidienne et de lutter contre les conséquences négatives du chômage, puisqu'il s'était vu refuser un emploi sur le marché primaire du travail en 2003. Les activités du requérant en 2007 et 2008 – après son admission provisoire – avaient été menées dans le cadre de « missions caritatives » et visaient à améliorer les compétences des participants et à maintenir leur employabilité. L'organisation dans laquelle travaillait le recourant avait d'ailleurs (selon les juges) déployé beaucoup d'efforts pour le placer dans le marché primaire du travail, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les raisons de l'échec d'un placement à long terme. Il s'agissait également, pour les participants au programme, de « fournir une contrepartie » aux prestations de l'aide sociale, et ils recevaient pour cela des suppléments d'intégration. Les juges en ont conclu qu'un engagement caritatif peut également avoir un sens s'il n'y a pas de perspectives réalistes d'intégration à long terme sur le marché du travail primaire. La manière dont le recourant a été employé en tant que peintre ne dépassait donc, selon les juges zurichois, d'aucune manière le cadre d'un programme d'occupation. Qui plus est, les travaux effectués n'auraient pas été effectués du tout sur le marché primaire du travail. Les prétentions salariales ont donc été rejetées.

[Rz 50] Au vu de ce qui précède, on constate que de nombreux programmes d'occupation des bénéficiaires de l'aide sociale sont réglés par un contrat de travail lorsqu'ils comprennent une prestation de travail. En plus d'être conforme à la loi, cette organisation est claire pour tous les protagonistes et pour les assurances sociales. Il apparaît qu'elle ne comporte que des avantages. Pour éviter des cas comme celui qui a donné lieu à l'arrêt zurichois cité ci-dessus, il eût été souhaitable de régler de manière transparente la question de la rémunération du bénéficiaire dès le début ; il eût également convenu d'éviter que cette personne ne travaille pendant dix ans sans rémunération.

[Rz 51] Qui plus est, il se justifie pleinement de s'écarter, en matière d'aide sociale, de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la qualification des rapports juridiques dans le cadre des PET de l'assurance-chômage : selon un arrêt de 1999, les PET ne sont pas des rapports de travail ordinaires ; au contraire, il s'agit de rapports *sui generis*⁶⁰ : il existe certes un rapport de travail au sens du droit des obligations entre l'assuré et l'organisateur du programme d'occupation. Toutefois, l'employeur ne paie pas de salaire. Il doit seulement établir un décompte du salaire brut à l'attention de la caisse de chômage et en déduire les cotisations sociales ; le salaire net est versé, sous forme d'indemnités journalières spécifiques, par la caisse, auxquelles est ajouté le cas échéant un complément. A l'appui de son analyse, le Tribunal fédéral a ajouté qu'« il faut prendre en considération le fait qu'il s'agit d'un programme spécifique, [...] qui vise la réintégration professionnelle

⁶⁰ ATF 125 V 360, c. 2b.

sous la forme d'une occupation « transitoire » et donc limitée donc le temps »⁶¹. Le Tribunal fédéral des assurances a précisé cette jurisprudence dans un arrêt du 12 juin 2003⁶² : le rapport de travail qui lie l'assuré à l'organisateur du programme d'emploi temporaire est régi par le droit des obligations avec pour conséquence que les dispositions légales relatives au contrat de travail (art. 319 ss CO) s'appliquent par analogie même si le programme constitue un rapport juridique *sui generis*⁶³. En l'espèce, une application par analogie des art. 324a al. 1 et 329 CO avait conduit le Tribunal fédéral à admettre que l'assuré était dispensé de participer au programme et ne pouvait donc être déclaré inapte au placement, pour les jours suivant le décès de son épouse.

[Rz 52] Il faut souligner que cette jurisprudence est antérieure à l'introduction de l'art. 23 al. 3bis LAI⁶⁴. Éviter que les cantons ne puissent financer des places de travail qui feraient repartir un nouveau délai-cadre dans l'assurance-chômage n'était, sans doute, pas étranger au raisonnement du Tribunal fédéral lorsqu'il a rendu cette jurisprudence. La question étant désormais réglée dans la loi, il n'est plus de besoin (ni, à notre avis, de justification) d'éviter la qualification de contrat de travail au sens de l'art. 319 CO.

[Rz 53] Pour les mêmes raisons, il convient de s'écarter également du régime applicable au placement à l'essai dans l'AI, qui, lui, fait l'objet d'une base légale expresse réglant la nature des rapports juridiques liant l'assuré à l'employeur : en vertu de l'art. 18a al. 3 LAI, le placement à l'essai ne fait pas naître de rapports de travail au sens du code des obligations (CO). La raison d'être de cette règle semble être que, dans cette configuration triangulaire, les conditions de travail sont exclusivement régies par l'assurance ; l'employeur ne doit en principe supporter aucun coût : ni versement du salaire, ni primes d'assurances⁶⁵. Selon la loi, certaines dispositions du Titre X CO sont toutefois applicables par analogie, à savoir : diligence et fidélité à observer (art. 321a CO) ; obligation de rendre compte et de restituer (art. 321b CO) ; heures de travail supplémentaires (art. 321c CO) ; directives générales et instructions à observer (art. 321d

⁶¹ Arrêt précité ; nous traduisons.

⁶² Arrêt du Tribunal administratif fédéral C 315/02 du 12 juin 2003, paru in : ARV/DTA 2004 p. 131. Ici, l'assuré avait participé à un PET, sur injonction de l'ORP, pour une durée de cinq mois. Il a souhaité interrompre la mesure pour prendre soin de son épouse gravement malade. L'ORP le dispensa de participer au programme pendant trois jours, puis l'autorisa à prendre les cinq jours suivants comme des jours dispensés de contrôle, étant entendu que son aptitude au placement devrait ensuite être réévaluée. L'épouse de l'assuré décéda deux semaines plus tard. Le Service de l'emploi du canton de St Gall a prononcé que l'assuré n'était pas apte au placement pendant ces deux semaines, puisqu'en raison de la grave maladie de son épouse, il n'était pas en mesure d'accepter un emploi convenable. Le Tribunal fédéral a confirmé l'inaptitude au placement de l'assuré pendant cette période, considérant (de manière pour le moins choquante à notre avis) que, contrairement à ce que l'assuré lui-même soutenait, il était plus vraisemblable qu'il n'aurait pas laissé des tiers s'occuper de son épouse, qui était dans un état « très critique », se rendant ainsi inapte au placement. Le Service de l'emploi avait encore considéré l'assuré comme inapte au placement pendant les cinq jours suivant le décès de son épouse, soit jusqu'à ce que l'assuré reprenne son activité au sein du PET.

⁶³ Ibid. Cf. aussi SENTI (nbp. 57), p. 61. Le Tribunal fédéral a confirmé une nouvelle fois cette jurisprudence dans l'arrêt C 290/06 du 14 août 2007.

⁶⁴ Entrée en vigueur le 1^{er} avril 2011, « cette disposition empêche qu'une période durant laquelle l'assuré a participé à une mesure de marché du travail financée par les pouvoirs publics ne soit comptée comme période de cotisation » (RUBIN, ndp 18, ad art. 23 n. 42).

⁶⁵ RÉMY WYLER/ BORIS HEINZER, Droit du travail, 3e éd., Berne 2014, p. 899. Voir toutefois, à propos de l'assurance-accidents, le tout récent ATF 144 V 411, c. 2 à 4, selon lequel « on ne peut cependant pas déduire de ces textes [en particulier, le Message du Conseil fédéral] que le législateur entendait exclure de l'assurance les personnes au bénéfice d'un placement à l'essai. Le fait que les modalités de cette obligation (prise en charge des primes) n'ont pas été concrétisées à ce jour par voie d'ordonnance ne saurait être décisif ».

CO); responsabilité du travailleur (art. 321e CO)⁶⁶; instruments de travail, matériaux et frais (art. 327, 327a, 327b et 327c CO); protection de la personnalité du travailleur (art. 328 et 328b CO); congé et vacances (art. 329, 329a et 329c CO); autres obligations : sûreté (art. 330 CO), certificat (art. 330a CO), obligation d'informer (art. 330b CO); droit sur des inventions et des designs (art. 332 CO); conséquences de la fin du contrat : exigibilité des créances (art. 339 al. 1 CO); restitution (art. 339a CO).

[Rz 54] Selon Wyler, cette énumération est exhaustive⁶⁷. Les dispositions des CCT ne s'appliquent pas non plus, vu l'absence d'un contrat de travail⁶⁸. Ainsi, l'assuré ne dispose d'aucune protection contre un employeur qui mettrait fin au placement à l'essai de manière abusive ou injustifiée⁶⁹. En raison de l'art. 18a al. 3 LAI, « *la nature de l'emploi change au moment où l'assuré quitte le placement à l'essai pour devenir un employé au bénéfice des AIT, même si ce dernier poursuit la même activité concrète et même si l'employeur continue à bénéficier des prestations de l'AI au moyen des AIT* »⁷⁰.

[Rz 55] L'instauration de ce régime, unique en Suisse, crée de nombreuses complexités juridiques et pratiques. De la situation classique du placement selon l'art. 18 LAI, qui figure dans la loi depuis son adoption en 1959, on est passé, au fil des révisions 4, 5 et 6a, avec l'art. 18a LAI, à un système qui place l'assuré dans un double rapport de subordination (vis-à-vis de l'assurance et de l'employeur), sans pour autant bénéficier pleinement de la protection du droit du travail. Parmi les questions qui restent aujourd'hui irrésolues, on peut mentionner : la compétence judiciaire en cas de contestations entre l'assuré et l'employeur; la concrétisation du droit de l'employeur de donner des instructions; la responsabilité de l'employeur envers l'assuré si ce dernier subit un dommage; la fin du placement à l'essai. De plus, si l'assuré est embauché après la fin du placement à l'essai, il est à nouveau soumis à un temps d'essai et ne dispose d'aucun droit lié à l'ancienneté (délai de résiliation, droit au salaire en cas d'incapacité de travailler, etc.). La complexité de ce régime et son manque de cohérence (application de la LTr mais pas des art. 319 ss CO, à l'exception de certaines dispositions...) n'en fait pas un exemple à suivre dans le cadre des mesures d'insertion de l'aide sociale.

3. Application de la Loi fédérale sur le travail

[Rz 56] La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce⁷¹ s'applique à toutes les entreprises publiques et privées (art. 1 al. 1 LTr). Il y a entreprise selon la loi lorsqu'un employeur occupe un ou plusieurs travailleurs de façon durable ou temporaire, même sans faire usage d'installations ou de locaux particuliers. Lorsque les conditions d'application de la loi ne sont remplies que pour certaines parties d'une entreprise, celles-ci sont seules soumises à la loi.

[Rz 57] Des exceptions quant aux entreprises et aux personnes sont prévues aux art. 2 à 4 de la loi. L'art. 2 al. 1 let. a LTr dispose que la loi ne s'applique pas aux administrations fédérales,

⁶⁶ Pour éviter des situations absurdes, le législateur a introduit en 2011 un article 68quinquies LAI, qui règle la responsabilité pour des dommages causés pendant un placement à l'essai : c'est l'assurance qui répond des dommages causés par l'assuré.

⁶⁷ WYLER/HEINZER (ndp 65), p. 907.

⁶⁸ WYLER/HEINZER (ndp 65), p. 908.

⁶⁹ WYLER/HEINZER (ndp 65), p. 908.

⁷⁰ WYLER/HEINZER (ndp 65), p. 902.

⁷¹ Loi sur le travail du 13 mars 1964 (LTr; RS 822.11).

cantoniales et communales ; sont réservées les entreprises désignées à l'art. 4 OLT 1. Quoi qu'il en soit, les dispositions relatives à la protection de la santé (art. 6, 35 et 36a LTr) sont applicables. Ainsi, lorsque les rapports de travail entre le bénéficiaire et le service social sont réglés par le droit de la fonction publique, ce sont ces règles qui s'appliquent, et non la LTr. Les autres exceptions prévues aux art. 2 à 4 LTr ne paraissent pas pertinentes⁷².

[Rz 58] La Loi sur le travail est un ensemble de normes de droit public sur la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Lorsqu'une entreprise (respectivement un salarié) tombe dans le champ d'application de la loi, c'est la loi seule qui détermine son applicabilité et on prendra en compte son but pour la déterminer. La qualification du contrat selon le droit privé (art. 319 CO) n'est pas directement pertinente.

[Rz 59] Au vu de ce qui précède, la LTr est applicable à la très grande majorité des places de travail dans le cadre de programmes d'occupation de l'aide sociale. Les prescriptions en matière de protection de la santé et en matière de sécurité au travail de la loi et de ses ordonnances doivent être respectées et mises en œuvre. Les autorités d'application (en particulier les offices cantonaux d'inspection du travail) doivent effectuer des contrôles et sanctionner les éventuelles violations qu'elles constatent. Il est à noter que la même opinion est émise par WYLER/HEINZER, concernant le placement à l'essai en matière d'assurance-invalidité⁷³. Les mêmes auteurs précisent que les litiges entre l'assuré (de l'AI) et l'entreprise dans laquelle se déroule le placement à l'essai tombent sous l'art. 342 al. 2 CO, qui ouvre la voie à une action civile, le litige devant être assimilé à un litige portant sur un contrat de travail au sens du CO⁷⁴. Il en va de même en matière d'aide sociale.

4. Application de la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)

[Rz 60] L'existence d'une relation triangulaire telle que décrite ci-dessus (II.1.B) doit susciter une réflexion sur l'application de la LSE. À notre avis, cette loi ne peut pas trouver application directement. En effet, le « placeur » ou « bailleur de services », dans le cas des programmes d'occupation, est toujours l'État. On ne se trouve donc ni dans la catégorie « placement privé de personnel et location de services » (art. 1 let. a LSE), ni dans le cadre du service public de l'emploi (art. 1 let. b LSE). De plus, l'application de la LSE suppose que l'intermédiaire ou le prêteur (ici, l'État) exerce son activité dans un but lucratif (cf. art. 2 et 12 LSE). Or, les services sociaux ne sont pas rémunérés par les « entreprises sociales » pour leurs services. Ainsi, une application directe de la LSE semble exclue.

[Rz 61] Les articles 19 à 22 LSE pourraient néanmoins se révéler utiles pour définir le cadre d'une bonne réglementation des programmes d'occupation. L'art. 19 LSE, en particulier, prescrit la conclusion d'un contrat de travail écrit entre le bailleur de services et le travailleur. Le contrat doit contenir au moins les points suivants (al. 2) : le genre de travail à fournir ; le lieu de travail et le début de l'engagement ; la durée de l'engagement ou le délai de congé ; l'horaire de travail ; le salaire, les indemnités et allocations éventuelles ainsi que les déductions afférentes aux assu-

⁷² Il n'est évidemment pas exclu qu'en pratique, certains programmes d'occupation se déroulent dans une entreprise (même une « entreprise sociale ») dont l'activité se déploie dans le domaine de l'agriculture ou de l'horticulture par exemple. Dans ce cas, il est probable que les exceptions figurant aux art. 2 al. 1 let d et e LTr soient remplies.

⁷³ WYLER/HEINZER (ndp 65), p. 908.

⁷⁴ WYLER/HEINZER (ndp 65), p. 909.

rances sociales ; les prestations dues en cas d'heures supplémentaires, de maladie, de maternité, d'accident, de service militaire et de vacances ; les dates de paiement du salaire, des allocations et des autres prestations. Si les exigences relatives à la forme ou au contenu ne sont pas remplies, les conditions de travail selon les usages locaux et professionnels ou les dispositions légales en la matière sont applicables, à moins que des conditions plus favorables aient été conclues verbalement (al. 3). Si le bailleur de services ne possède pas l'autorisation nécessaire, son contrat de travail avec le travailleur est nul et non avenu. Dans ce cas, l'art. 320, al. 3, du code des obligations, qui règle les suites d'un contrat nul, est applicable (al. 6).

[Rz 62] Enfin, il convient de mentionner que plusieurs organisations actives dans la réinsertion de bénéficiaires de l'aide sociale disposent d'un service de placement et/ou de location de services pour lesquels ils ont une autorisation. C'est par exemple le cas de l'OSEO⁷⁵.

5. Couverture et cotisations aux assurances sociales

[Rz 63] Les auteur-e-s de la présente contribution ont déjà eu l'occasion de se prononcer sur les problématiques liées aux assurances sociales dans le cadre des programmes d'occupation de l'aide sociale⁷⁶. La participation à un programme d'occupation doit être considérée comme l'exercice d'une activité lucrative dépendante au sens de l'AVS en ce qu'elle vise la réalisation d'un revenu et l'accroissement du rendement économique. Lorsqu'une valeur économique peut être attribuée à l'activité réalisée, le salaire versé est un revenu de l'activité lucrative ; si aucun salaire n'est versé, c'est l'intégralité de l'aide sociale matérielle qui est considérée comme un revenu de l'activité lucrative, et non pas seulement le supplément d'intégration⁷⁷.

[Rz 64] En effet, la notion d'activité lucrative dans l'AVS est large⁷⁸. L'aide sociale, en soi, ne fait pas partie de la liste des sommes exclues du revenu provenant d'une activité lucrative⁷⁹ ni dans les exceptions du salaire déterminant au sens des art. 8 ss RAVS⁸⁰. Cela ne signifie pas encore que l'aide sociale est en soi un revenu de l'activité lucrative au sens de l'art. 5 LAVS : encore faut-il que l'activité même du bénéficiaire, dans le cadre du programme d'occupation, puisse

⁷⁵ Par exemple, OSEO Vaud : <http://oseo-vd.ch/agence-de-placement> (consulté le 5 avril 2019).

⁷⁶ ANNE MEIER/KURT PÄRLI, Sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Beschäftigungsverhältnissen unter sozialhilfrechtlichen Bedingungen, SZS/RSAS 1/2018 pp. 4–39.

⁷⁷ Dans le même ordre d'idée, nous avons exclu que la limite des CHF 18.80 par jour pour les personnes dont la capacité de gain est limitée soit transposable en tant que telle : ces personnes qui travaillent dans des « ateliers protégés » ne sont pas considérées comme exerçant une activité lucrative si elles réalisent un revenu inférieur à CHF 18.80 par jour (ou CHF 2.55 par heure). Dans le cadre de l'aide sociale, c'est un examen au cas par cas de chaque programme d'occupation qui permettra de déterminer si l'activité peut être valorisée économiquement. Si c'est le cas, la rémunération du bénéficiaire de l'aide sociale est un revenu d'une activité lucrative au sens de l'AVS. Nous avons également exclu toute analogie avec la rémunération du travail effectué par des détenus au sens de l'art. 83 CP, exclue expressément de la notion de revenu de l'activité lucrative (DIN, n. 2031. Voir, sur ce point, STEFAN KELLER, Lücken und Tücken der Deckung der Sozialversicherung und Sozialhilfe im Freiheitsentzug, Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie (SZK) 1 (2017) p. 74).

⁷⁸ Non définie par le texte légal (LAVS) ni l'ordonnance (RAVS), elle l'est dans la jurisprudence (voir par exemple ATF 128 V 20, c. 3b) : il s'agit de l'exercice d'une activité (personnelle) déterminée, destinée à l'obtention d'un revenu et à l'accroissement du rendement économique (MICHEL VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Genève, Zurich et Bâle 2011, n. 209).

⁷⁹ Art. 6 al. 2 RAVS.

⁸⁰ Ainsi, l'exception figurant au chiffre 2175 des Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD, état au 1^{er} janvier 2018) n'est pas applicable à l'aide sociale : il existe en effet un droit à percevoir l'aide sociale, lorsque les conditions prévues par la législation cantonale sont réunies ; qui plus est, cette exception est ancienne et ne paraît pas adaptée à l'aide sociale moderne, fondée sur le principe de réciprocité.

être qualifiée d'activité lucrative. A notre avis, ce sera le cas lorsque l'aide sociale est mise en lien étroit avec la prestation de travail du bénéficiaire. On déterminera également si le travail fourni a une valeur économique pour l'organisateur du programme d'occupation. Si c'est le cas, la rémunération du bénéficiaire doit être considérée comme le revenu d'une activité lucrative, même si cette rémunération est versée par les autorités d'aide sociale (par exemple à travers le versement du supplément d'intégration).

[Rz 65] Dans ce cas, est-ce l'intégralité des montants reçus à titre d'aide sociale qui constituent le revenu d'une activité lucrative, ou seulement le supplément d'intégration? A notre avis, le supplément d'intégration est en principe un revenu de l'activité lucrative, lorsqu'il n'est versé qu'en cas de participation à un programme d'occupation. Lorsque le bénéficiaire qui refuse de participer au programme d'intégration continue à toucher l'aide sociale (diminuée du supplément d'intégration), les montants versés à titre d'aide sociale ne constituent, en principe, pas un revenu de l'activité lucrative. Par contre, le refus du bénéficiaire de participer à un programme d'occupation peut conduire, selon les cas, à la suppression de toute prestation d'aide sociale⁸¹. Il faut alors considérer que l'aide sociale est versée en contre-partie de l'activité exercée par le bénéficiaire, et doit donc être qualifiée de revenu d'une activité lucrative au sens de l'AVS (montant de base de l'aide sociale + supplément d'intégration).

[Rz 66] Par ailleurs, les bénéficiaires de l'aide sociale qui travaillent dans le cadre d'un programme d'occupation doivent être obligatoirement assurés contre les accidents auprès de leur « employeur » (le programme d'occupation ou la mesure d'insertion dans le cadre duquel l'activité est exercée). L'art. 73 LAA s'applique lorsque l'employeur n'a pas assuré les participants. La notion de travailleur dans la LAA inclut les personnes qui exercent leur activité dans l'entreprise mais ne touchent pas de salaire (volontaires, stagiaires, etc.)⁸². La jurisprudence a confirmé qu'une personne au bénéfice de l'aide sociale travaillant dans le cadre d'un programme d'occupation sans aucune rémunération (ni de l'entreprise, ni de l'office cantonal) doit être assurée obligatoirement contre les accidents⁸³.

[Rz 67] L'une des principales objections soulevées à l'encontre de cette analyse souligne qu'il serait particulièrement complexe de prélever les cotisations sociales lorsqu'un bénéficiaire de l'aide sociale travaille dans un programme d'occupation; le coût de ce système est également mis en évidence.

[Rz 68] On peut se demander si l'argument de la complexité et celui du coût est valable non seulement au regard du fait que le système de l'AVS est le même pour toutes les activités lucratives exercées en Suisse, sans égard à leur productivité ou à la manière dont sont réglés les rapports juridiques qui y président⁸⁴. De plus, le système est déjà connu et pratiqué dans le cadre de

⁸¹ Voir notamment l'ATF 142 I 1, c. 7.

⁸² Art. 1a LAA et art. 1 OLAA; arrêt du Tribunal fédéral 8C_183/2014 du 22 septembre 2014, c. 7.2 et les références.

⁸³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_302/2017 du 18 août 2017, c. 4; dans ce cas, la prestation de travail a été qualifiée de stage au sens de la LAA. Voir aussi, dans le même sens, ATF 133 V 161, c. 5; arrêt du Tribunal fédéral 8C_503/2011 du 8 novembre 2011, c. 3.2; plus récemment : ATF 144 V 411, c. 2-4.

⁸⁴ En ce sens, la réglementation thurgovienne paraît se baser sur un critère de distinction erroné – et donc non conforme aux règles sur l'AVS : il utilise en effet des critères de répartition de la charge financière entre cantons, tirés de la loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (LAS). Or ces critères ne sont pas pertinents pour juger de la nature de l'activité et du revenu qui en est tiré au sens de l'AVS (ni, d'ailleurs, au sens de l'art. 319 CO). Ainsi, selon le § 6b de l'ordonnance du 15 octobre 1985 (Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfeverordnung; RS-TG 850.11) prévoit que (traduction libre) : 1 – Lorsque les participants aux programmes d'occupation touchent, en contre-partie de leur prestation, la part financière de l'aide sociale compte tenu de leurs besoins, tant les coûts du programme que les

l'assurance-chômage et de l'assurance-invalidité : les indemnités journalières sont versées aux employeurs, qui, eux, versent un salaire à l'assuré.

[Rz 69] Il en va ainsi de l'allocation d'initiation au travail (AIT) dans l'assurance-chômage : elle est versée lorsque le salaire réduit durant la « mise au courant » correspond au moins au travail fourni et qu'au terme de cette période, l'assuré peut escompter un engagement aux conditions usuelles dans la branche et la région, compte tenu, le cas échéant, d'une capacité de travail durablement restreinte. Les AIT couvrent la différence entre le salaire effectif et le salaire normal auquel l'assuré peut prétendre au terme de sa mise au courant, compte tenu de sa capacité de travail, mais tout au plus 60% du salaire normal⁸⁵. C'est bien l'assuré qui est titulaire du droit aux allocations⁸⁶, mais ces dernières sont versées par l'intermédiaire de l'employeur en complément du salaire convenu (art. 90 al. 4 OACI). L'employeur doit payer les cotisations usuelles aux assurances sociales sur l'intégralité du salaire et prélever la part du travailleur (art. 66 al. 4 LACI).

[Rz 70] De même, un assuré qui participe à un programme organisé par des institutions publiques ou privées à but non lucratif, une mesure d'emploi⁸⁷ ou à un stage professionnel dans une entreprise ou une administration⁸⁸ reçoit une indemnité journalière de CHF 102 au minimum⁸⁹. Dans le cadre du stage professionnel, l'employeur prend à sa charge une part de l'indemnité⁹⁰. L'art. 59c^{bis} al. 2 LACI prévoit que l'assurance rembourse aux organisateurs les frais attestés nécessités par l'organisation de mesures relatives au marché du travail⁹¹. L'art. 97 OACI précise quels frais sont visés ; on relèvera en particulier la let. c, qui vise la prise en charge des primes de l'assurance-accidents professionnels.

[Rz 71] Dans l'assurance-invalidité, pendant qu'il bénéficie d'une mesure de réadaptation, l'assuré a droit à une indemnité journalière, si ces mesures l'empêchent d'exercer une activité lucrative durant trois jours consécutifs au moins, ou s'il présente, dans son activité habituelle, une incapacité de travail de 50% au moins (art. 22 al. 1 LAI) ; les bénéficiaires de rente continuent de toucher leur rente (art. 18a al. 2 LAI). Le droit à des indemnités journalières de l'AI s'éteint lorsque la mesure de réinsertion en entreprise est arrêtée définitivement, y compris lorsque cet arrêt est dû à une maladie ou un accident⁹².

prestations d'assistance sont remboursables au sens de la LAS. Aucune cotisation sociale ne peut être déduite des montants qui sont versés à titre de contre-prestation. 2 – Lorsque les participants aux programmes d'occupation touchent un salaire dont les cotisations sociales doivent être déduites, ce salaire doit correspondre à la prestation de travail effective. Le salaire est porté au compte du bénéficiaire comme revenu d'une activité lucrative. On ne voit pas que la rémunération versée en contre-partie d'un travail fourni change de nature en fonction de sa dénomination par l'autorité.

⁸⁵ Art. 66 al. 1 LACI. Elles sont versées pour six mois au plus, ou douze mois pour les assurés de plus de 50 ans (art. 66 al. 2 et 2bis LACI ; cf. aussi art. 90 al. 1bis OACI) et sont dégressives (art. 66 al. 3 LACI).

⁸⁶ Cf. ATF 126 V 42, c. 1.

⁸⁷ Art. 64a al. 1 let. a LACI ; la loi précise que ces programmes ne doivent toutefois pas faire directement concurrence à l'économie privée.

⁸⁸ Art. 64a al. 1 let. b LACI.

⁸⁹ Si la part de formation ne dépasse pas 40% (art. 59b al. 2 LACI et art. 81b OACI).

⁹⁰ 25% mais au moins 500 francs de l'indemnité journalière de stage brute ou de la contribution mensuelle visée à l'art. 98 OACI versée à l'assuré. Le montant minimal est réduit proportionnellement en cas de travail à temps partiel. L'autorité cantonale peut fixer un pourcentage plus élevé. La caisse de chômage de l'assuré établit un décompte à l'intention de l'employeur à la fin de la mesure (art. 97a OACI).

⁹¹ Sur cette disposition, voir l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3729/2014 du 22 mars 2018.

⁹² VALTERIO (ndp 78), n. 1605.

[Rz 72] Quant aux allocations d'initiation au travail (art. 18b LAI), elles sont versées à l'employeur et ne peuvent pas dépasser le montant du salaire mensuel brut convenu ni le montant maximal de l'indemnité journalière. La notion de « salaire convenu » est le salaire brut, qui « *contient toutes les cotisations de l'employeur et de l'employé aux assurances sociales* »⁹³ ; l'allocation d'initiation au travail couvre toutes les cotisations de l'employeur aux assurances sociales⁹⁴. Si l'assuré tombe malade ou est victime d'un accident durant la période d'initiation, l'allocation continue à lui être allouée tant que l'employeur lui verse son salaire⁹⁵, mais pas au-delà de 180 jours⁹⁶. Enfin, l'allocation d'initiation au travail est subsidiaire aux allocations perte de gain et aux indemnités journalières versées par un autre assureur après un accident ou une maladie⁹⁷.

[Rz 73] La question de la couverture d'assurance et du prélèvement des cotisations sociales a été réglée expressément dans le cadre des programmes d'occupation de l'assurance-chômage et de l'assurance-invalidité. Il résulte de ce système que les assurés ne subissent pas de lacune dans leur couverture d'assurance. Nous ne voyons aucune raison pour qu'il n'en aille pas de même dans les programmes d'occupation de l'aide sociale. Les arguments liés à la difficulté de mise en pratique tombent à faux.

6. Questions particulières : durée des mesures et sanctions

[Rz 74] Parmi les conditions de participation aux programmes d'occupation, il nous paraît important de souligner que la durée pendant laquelle cette participation est exigée fait partie des conditions de travail décentes pour les bénéficiaires. En matière d'assurance-chômage, les mesures sont toutes limitées à six mois, voire douze pour les assurés de plus de 50 ans⁹⁸. Les mesures de réadaptation de l'AI durent en principe un an au maximum⁹⁹.

[Rz 75] À notre sens, les mêmes limites de durée devraient s'imposer aux programmes d'occupation dans l'aide sociale. On ne voit comment le fait de faire travailler un bénéficiaire pendant dix ans comme peintre servirait à son intégration dans le marché primaire du travail – bien au contraire. Il reste à espérer que l'état de fait à l'origine de l'arrêt zurichois discuté ci-dessus soit un cas isolé qui ne soit jamais appelé à se reproduire.

⁹³ Art. 6ter al. 1 RAI.

⁹⁴ Art. 6ter al. 2 RAI.

⁹⁵ En vertu des art. 324a et 324b CO (cf. WYLER/HEINZER (ndp 65), p. 903).

⁹⁶ Art. 6ter al. 3 RAI.

⁹⁷ Art. 6ter al. 4 RAI.

⁹⁸ AIT : art. 66 al. 2 et 2bis LACI ; cf. aussi art. 90 al. 1bis OACI.

⁹⁹ Art. 14a al. 3 LAI ; l'Office AI peut y mettre fin en tout temps, lorsque la poursuite de la mesure n'est plus indiquée (si le but est atteint, si d'autres mesures plus appropriées s'imposent ou si l'on ne peut plus raisonnablement exiger de l'assuré la poursuite de la mesure pour des raisons médicales (art. 4sexies al. 3 RAI ; cf. VALTERIO (nbp. 78) n. 1608). Un assuré peut être placé à l'essai dans une entreprise pour une durée de 180 jours au maximum, dans le but de « vérifier qu'il possède les capacités nécessaires pour intégrer le marché de l'emploi » (art. 18a al. 1 LAI). Si l'assuré a trouvé un emploi grâce au placement et que sa productivité ne correspond pas encore au salaire convenu, il a droit à une allocation d'initiation au travail pendant la période d'initiation requise, mais durant 180 jours au plus (art. 18b LAI). Combinées, ces deux mesures durent donc un an au maximum. Le placement à l'essai est interrompu avant terme si l'objectif fixé a été atteint, si une mesure de réadaptation plus appropriée s'impose, si la poursuite du placement à l'essai ne peut, pour des raisons d'ordre médical, être raisonnablement exigée ou si la poursuite du placement à l'essai ne paraît pas indiquée pour d'autres raisons méritant d'être prises en considération (art. 6bis RAVS).

[Rz 76] On ne voit pas d'obstacle à ce que la mesure soit prolongée si le bénéficiaire en exprime le souhait. Une telle prolongation ne devrait toutefois jamais se produire contre la volonté du bénéficiaire, ce qui implique notamment la suppression de toute menace de sanctions en cas de refus.

[Rz 77] En matière d'aide sociale, la problématique de l'intégration des bénéficiaires est en effet intimement liée à celle des sanctions. Dans ce domaine également, les réglementations cantonales sont très diverses¹⁰⁰. Les recommandations de la CSIAS prévoient que les réductions de prestations doivent avoir une base dans la législation cantonale et répondre au principe de la proportionnalité ; à titre de sanction, le forfait pour l'entretien¹⁰¹ peut être réduit de 5 à 30% ; les suppléments d'intégration peuvent être réduits ou supprimés. La réduction maximale n'est appliquée qu'en cas de manquement grave. Les conséquences sur les autres personnes (notamment les enfants et les adolescents) doivent être prises en compte. La réduction doit être limitée dans le temps – au maximum à 12 mois ; pour les réductions de 20% et plus, le délai doit dans tous les cas être limité à 6 mois avant d'être soumis à un nouveau contrôle¹⁰². La suppression partielle ou complète de prestations destinées à couvrir le minimum vital est une sanction très lourde ; elle n'est admissible qu'en cas de violation du principe de la subsidiarité (en particulier si elle refuse « explicitement, en connaissance des conséquences, d'accepter un travail qui correspond à ses compétences, qu'on peut raisonnablement lui demander d'accomplir et qui est concrètement à sa disposition ») et ne peut être prononcée à titre de sanction¹⁰³.

[Rz 78] En matière d'assurance-chômage, les assurés peuvent aussi être sanctionnés s'ils refusent de participer à une mesure ou à un programme auquel ils ont été assignés¹⁰⁴. La sanction prévue par la loi est une suspension de l'indemnité journalière pendant une certaine durée, fixée proportionnellement à la gravité de la faute et ne pouvant excéder, par motif de suspension, 60 jours¹⁰⁵. La faute légère entraîne une suspension de 1 à 15 jours ; la faute moyenne, une suspension de 16 à 30 jours ; la faute grave, de 31 à 60 jours. Il y a faute grave lorsque, sans motif valable, l'assuré abandonne un emploi réputé convenable sans être assuré d'obtenir un nouvel emploi ou qu'il refuse un emploi réputé convenable¹⁰⁶. Une comparaison entre ces deux systèmes révèle les éléments suivants :

¹⁰⁰ Un tableau comparatif et une analyse des sanctions dans les différents cantons feront l'objet d'une publication séparée.

¹⁰¹ Le forfait pour l'entretien comprend les dépenses pour la nourriture, les boissons et le tabac, les frais de transport, les vêtements et les chaussures, les consommations d'énergie (électricité, gaz, etc.), l'entretien courant du ménage (nettoyage/entretien de l'appartement et des vêtements) y compris la taxe pour les ordures, les frais de santé sans franchise ni quote-part (p.ex. médicaments achetés sans ordonnance), communications à distance (téléphone, frais postaux), les frais de formation et de loisirs (y compris la redevance TV/radio), l'achat de menus articles courants, les soins corporels, l'équipement personnel, les boissons prises à l'extérieur ; la catégorie « autres » couvre notamment les cotisations d'associations et les petits cadeaux (Recommandations CSIAS B.2.1). Le loyer et les charges y afférentes ainsi que les frais médicaux de base sont pris en charge séparément.

¹⁰² Recommandations CSIAS, A.8.2.

¹⁰³ Recommandations CSIAS, A.8.3.

¹⁰⁴ Art. 30 al. 1 let. d LACI.

¹⁰⁵ Art. 30 al. 3 LACI (la durée maximum est de 25 jours dans le contexte de l'élaboration d'un projet visant à entreprendre une activité indépendante).

¹⁰⁶ Art. 45 al. 3 et 4 OACI.

| | Montant | Durée/ampleur de la sanction | Sanction maximale possible et motif |
|----------------------------------------------|------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Indemnité journalière de l'assurance-chômage | 70%–80% du gain assuré. ¹⁰⁷ | Entre 1 et 60 jours ouvrables ¹⁰⁸ , (soit entre 1 jour et 12 semaines au maximum). | 60 jours ouvrables. Exclusivement pour abandon d'un emploi réputé convenable sans être assuré d'obtenir un nouvel emploi ; ou refus d'un emploi réputé convenable. |
| Forfait pour l'entretien dans l'aide sociale | CHF 986.- par mois pour une personne seule. ¹⁰⁹ | Jusqu'à 30% pendant 12 mois au maximum (réduction à CHF 690.20 par mois pour une personne seule) ¹¹⁰ . | 30% de réduction en cas de « manquement grave » (non défini). L'application du principe de subsidiarité est réservée : la suppression complète de l'aide sociale est possible (sous réserve, en principe, de l'art. 12 Cst.). |

[Rz 79] La jurisprudence (surtout cantonale) en matière d'aide sociale révèle de nombreux cas de sanctions imposées à des bénéficiaires de l'aide sociale dans le contexte d'une participation à des programmes d'occupation. La pratique est très variée ; l'analyse de la jurisprudence des cantons en la matière fera l'objet d'une publication séparée.

[Rz 80] Dans la jurisprudence sur les sanctions dans l'assurance-chômage, on trouve le cas d'un assuré sanctionné de 21 jours de suspension pour ne pas avoir commencé une mesure du marché du travail¹¹¹, un autre sanctionné d'une suspension de 25 jours pour avoir refusé de se présenter à un PET¹¹², un autre encore sanctionné de 25 jours de suspension pour ne pas s'être rendu au premier entretien de sa mesure « sans motif valable », étant précisé qu'un tel motif serait l'âge, l'état de santé ou la situation personnelle¹¹³. Citons encore le cas de cette assurée sanctionnée de

¹⁰⁷ Art. 22LACI.

¹⁰⁸ Du lundi au vendredi, y compris les jours fériés qui tombent sur l'un de ces jours de la semaine : art. 21LACIet Rubin (ndp 18), ad art. 21 n. 3.

¹⁰⁹ Puis : CHF 1'509 pour 2 personnes ; CHF 1'834.- pour 3 personnes ; CHF 2'100.- pour 4 personnes ; CHF 2'386.- pour 5 personnes, puis CHF 200.- par personne supplémentaire (Recommandations CSIAS, B.2.2.). La CSIAS relève que ce montant est à la fois inférieur à celui servant de base de calcul aux prestations complémentaires AVS/AI et à celui de la Conférence des préposés aux poursuites et faillites pour le minimum vital insaisissable.

¹¹⁰ Certaines législations cantonales s'écartent des recommandations de la CSIAS et prévoient des sanctions plus sévères, notamment en cas de non-participation à des programmes d'occupation : voir notamment les cantons de Bâle-Ville (réduction à l'aide d'urgence, après avertissement ; § 11 al. 3 de la loi sur l'aide sociale (RS-BL850), Thurgovie (réduction du forfait jusqu'à 40% (§ 2h de l'ordonnance sur l'aide sociale (RS-TG850.11) et Argovie (nouvelle disposition de l'ordonnance entrée en vigueur le 1^{er} mars 2019, selon laquelle la limite de la réduction du forfait de 30% n'est applicable qu'à la première violation et non plus pour les suivantes (§ 15 al. 1 de l'ordonnance sur l'aide sociale (RS-AG851.211).

¹¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_128/2016 du 13 avril 2016.

¹¹² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_265/2012 du 16 avril 2013.

¹¹³ Arrêt du tribunal des assurances sociales de Zurich (AL.2012.00210) du 14 mars 2013.

12 jours de suspension car elle ne s'est pas rendue à un cours (mesure de formation) au motif que sa maman de jour est tombée malade, excuse qui n'a pas été considérée comme valable¹¹⁴. La restitution des indemnités journalières a été ordonnée dans le cas d'un assuré affecté à un PET qui n'était pas en mesure de justifier ses absences par un certificat médical pendant 8 jours¹¹⁵. Ainsi, les sanctions portent sur une période de deux à trois semaines en moyenne.

[Rz 81] Dans l'assurance-invalidité, les prestations peuvent être réduites ou refusées temporairement ou définitivement si l'assuré se soustrait ou s'oppose, ou encore ne participe pas spontanément, dans les limites de ce qui peut être exigé de lui, à un traitement ou à une mesure de réinsertion professionnelle raisonnablement exigible et susceptible d'améliorer notablement sa capacité de travail ou d'offrir une nouvelle possibilité de gain. Une mise en demeure écrite l'avertissant des conséquences juridiques et lui impartissant un délai de réflexion convenable doit lui avoir été adressée. Les traitements et les mesures de réadaptation qui présentent un danger pour la vie ou pour la santé ne peuvent être exigés¹¹⁶. Est réputée raisonnablement exigible toute mesure servant à la réadaptation de l'assuré, à l'exception des mesures qui ne sont pas adaptées à son état de santé¹¹⁷.

[Rz 82] Il faut rappeler que le bénéficiaire de l'aide sociale ne se trouve pas au « même étage » que celui qui touche des indemnités du chômage ou des prestations de l'assurance-invalidité. Ce dernier dispose encore du dernier filet de sécurité (l'aide sociale, justement), alors qu'en-dessous de l'aide sociale, il n'y a plus rien. Dès lors, il nous semble que le fait d'appliquer des critères de sanction qui, somme toute, sont bien codifiés par la loi et la jurisprudence paraît être une bonne chose (protection contre un abus du pouvoir d'appréciation du fonctionnaire), mais il faut toujours garder à l'esprit que les conséquences de la sanction sont beaucoup plus lourdes lorsqu'on est au sous-sol. L'exigence de la proportionnalité de la sanction doit donc amener, à notre avis, à restreindre la quotité et la durée de la sanction par rapport à celles qui sont distribuées dans l'assurance-chômage. Concrètement, aucune sanction ne devrait jamais dépasser 12 semaines (3 mois). Quant à l'ampleur de la sanction (pour autant qu'on en admette le principe même), il convient, au moment de la fixer, de garder à l'esprit les conclusions d'une étude récente menée sur mandat de la CSIAS¹¹⁸ : les réductions du forfait d'entretien, qui est déjà très bas actuellement, compromettent la couverture des besoins vitaux des bénéficiaires¹¹⁹.

[Rz 83] Enfin, on se demande comment réconcilier le principe des sanctions de l'aide sociale avec le régime légal limitant les retenues sur salaire (art. 323a CO) et le principe de l'incessibilité du salaire (art. 325 CO). Cette question délicate ne sera pas discutée plus avant ici ; on rappellera simplement la teneur des normes CSIAS, selon lesquelles il n'y a pas d'obligation de rembourser les prestations octroyées dans le but de promouvoir l'insertion professionnelle et l'intégration

¹¹⁴ Arrêt du canton de Bâle Campagne (715 15 389) du 11 avril 2016.

¹¹⁵ Arrêt de la Cour des assurances sociales du canton de Fribourg du 16 octobre 2015 ; la restitution des indemnités journalières avait été ordonnée sur la base des art. 28 al. 5 LACI et 42 OACI.

¹¹⁶ Art. 21 al. 4 LPGA. Voir ATF 139 V 399 ; cf. également MONIKA WEHRLI, *Selbsteingliederung durch medizinische Behandlungen in der Invalidenversicherung*, thèse, Zurich 2015, n. 207 ss et les références.

¹¹⁷ Art. 7a LAI.

¹¹⁸ HEIDI STUTZ/PETER STETTLER/PHILIPP DUBACH/MICHAEL GERFIN, *Berechnung und Beurteilung des Grundbedarfs in den SKOS-Richtlinien*, Berne 2018, disponible ici : <https://www.buerobass.ch/kernbereiche/projekte/p/show/bp/project/berechnung-und-beurteilung-des-grundbedarfs-in-den-skos-richtlinien/> (consulté le 12 avril 2019).

¹¹⁹ Cf. le communiqué de presse de la CSIAS : *Moins d'aide sociale n'est pas assez* (consulté le 12 avril 2019).

sociale (franchise sur le revenu, supplément d'intégration, prestations circonstanciées en lien avec des mesures d'intégration)¹²⁰.

7. Conséquences de la qualification comme rapports de travail

[Rz 84] Les conséquences les plus importantes résultant de la qualification comme contrat de travail du rapport juridique liant le bénéficiaire de l'aide sociale à l'entité auprès de laquelle il accomplit son travail d'occupation sont les suivantes :

- pleine application de la LTr (selon son champ d'application) ;
- en principe, pas d'application de la LSE ; une application par analogie des art. 19 à 22 de la loi pourrait être recommandée ;
- application de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) ;
- droit à la protection de la personnalité (art. 328 CO), y compris concernant le traitement de ses données personnelles (art. 328b CO) ;
- la rémunération n'est pas remboursable au sens du droit sur l'aide sociale ; application des art. 323a et 325 CO sur les retenues sur salaire et sur le principe de l'incessibilité de ce dernier ;
- droit aux congés hebdomadaires et aux vacances (art. 329 ss CO) ;
- protection contre les licenciements abusifs (art. 336 CO), si le contrat est conclu pour une durée indéterminée, et injustifiés (art. 337 CO) ;
- droit au salaire en cas d'incapacité de travail (art. 324a et 324b CO) ;
- obligation de diligence et de fidélité (art. 321a CO) ;
- les bénéficiaires travaillant dans l'entreprise comptent comme travailleurs en cas de licenciement collectif (art. 335d ss CO) ;
- s'il existe une CCT, elle s'applique, sauf si cette dernière prévoit que ce n'est pas le cas¹²¹ ;
- les cotisations sociales ordinaires sont payées et le bénéficiaire est assuré contre les accidents ;
- les juridictions civiles sont en principe compétentes pour connaître des litiges entre le bénéficiaire et l'entité où il exerce son travail dans le cadre de son programme d'occupation (art. 342 al. 2 CO).

[Rz 85] L'existence d'un contrat de droit privé suppose au moins une certaine autonomie de la volonté des deux parties. À notre avis, cette autonomie doit être reflétée dans l'évaluation du caractère *convenable* (*zumutbar*) de la mesure : la participation à une mesure devrait découler du choix du bénéficiaire¹²² et de ses préférences personnelles ainsi que de ses compétences profes-

¹²⁰ Normes CSIAS, E.3.1.

¹²¹ La question de la régulation de la concurrence avec le premier marché du travail et la surveillance de ce « sous-sol » (par exemple, par les commission tripartites) reste à déterminer.

¹²² De nombreuses études ont montré que, si elle n'est pas choisie, une mesure d'activation n'est pas efficace pour l'intégration du bénéficiaire. Voir les conclusions de la vaste étude menée par l'Economic and Social Research Council de l'université de York (citée ci-dessus, ndp 29), dont on peut souligner les suivantes : la conditionnalité de l'aide sociale est largement inefficace s'agissant de faciliter l'entrée ou la progression des personnes dans le premier marché du travail sur la durée ; les sanctions n'ont qu'un effet restreint sur la motivation des bénéficiaires à se préparer à un travail, à en chercher un, ou à accepter un travail rémunéré. Au contraire, dites sanctions ont régulièrement des conséquences très négatives au niveau personnel, financier, sur la santé et sur le comportement des bénéfi-

sionnelles et expériences passées¹²³. L'autonomie de la volonté sera également prise en compte lorsqu'une sanction est prononcée, dans le cadre de l'application du principe de la proportionnalité : un refus de participer à une mesure doit faire l'objet d'un examen approfondi quant à ses causes ; la garantie de la dignité humaine doit, ici encore, toujours être rappelée.

[Rz 86] Notons encore qu'il n'existe aucun « risque » que les programmes d'occupation des bénéficiaires de l'aide sociale ne fassent (re)naître un délai-cadre de l'assurance-chômage : selon le droit en vigueur, le travail effectué par des bénéficiaires de l'aide sociale dans le cadre d'un programme d'occupation ne compte pas comme activité soumise à cotisations au sens de l'art. 13 LACI¹²⁴. Dans un cas jugé par la Cour de justice de Genève¹²⁵, il s'agissait de savoir si une mesure cantonale, à savoir un « programme de stage d'emploi et de formation (PCEF) » devait être qualifié de mesure d'intégration, c'est-à-dire d'une mesure relative au marché du travail financée par les pouvoirs publics – et donc non assurée en vertu de l'art. 23 al. 3bis LACI (malgré le fait que des cotisations avaient été prélevées sur le salaire). La Cour de justice a approuvé cette qualification, empêchant ainsi la naissance d'un nouveau délai-cadre. L'aspect qui nous intéresse ici est la forme des rapports juridiques donnée à ce « programme de stage » : l'arrêt constate qu'il s'agissait d'un contrat de travail entre l'assuré et l'État de Genève, qui prévoyait que l'intéressé serait employé en tant que technicien en mécanique auprès d'un EMS, pour un revenu mensuel brut de 4'506.- fr. Il n'existait en l'espèce aucun doute sur la qualification du rapport de travail en tant que contrat de travail au sens de l'art. 319 CO. À Zurich, la jurisprudence a également confirmé qu'un assuré engagé en tant qu'auxiliaire dans une crèche par le service social d'une commune, par l'intermédiaire d'un organisme social de placement de personnel, l'était par un contrat de travail¹²⁶. Ainsi, les programmes d'occupation dans l'aide sociale, même s'ils font l'objet d'un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO, ne sont pas assurés dans le cadre de l'assurance-chômage.

III. Conclusion et questions ouvertes

[Rz 87] Le besoin de protection accru des bénéficiaires de l'aide sociale rend nécessaire une clarification des rapports juridiques dans le cadre des mesures d'activation, en particulier s'agissant des programmes d'occupation qui impliquent une prestation de travail. La sécurité juridique s'en trouvera renforcée. Le niveau de protection ne doit en aucun cas être inférieur à celui dont bénéficient les assurés dans le cadre de l'assurance-chômage et de l'assurance invalidité. Les bé-

ciaires et peuvent provoquer le non-recours aux prestations sociales. C'est le soutien approprié et adapté, plutôt que la sanction, qui est essentiel pour provoquer et maintenir l'accès à l'emploi et encourager des changements positifs de comportement. Voir aussi DAVID SARASIN, Sozialhilfebezüger arbeiten lieber freiwillig, article sur la nouvelle politique d'activation du canton de Zurich, Tages Anzeiger, 1er février 2019.

¹²³ La thèse de doctorat de MELANIE STUDER se penchera, entre autres, sur ces questions (titre provisoire : *Zumutbarber Arbeit in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen*).

¹²⁴ Art. 23 al. 3bis LACI et art. 38 al. 1 OACI. Cf. en particulier ATF 139 V 212, c. 4.1 ; ATF 133 V 515 ; voir également arrêt du Tribunal fédéral C 12/04 du 14 octobre 2004 (question laissée ouverte).

¹²⁵ ATAS/395/2013 du 25 avril 2013. Voir également l'arrêt du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne du 25 juillet 2013 (715 12 356 / 172) portant vraisemblablement sur le programme d'intégration suivant : http://www.sinnform.com/pdf/2016_NSD_Faltblatt_V1_web.pdf. L'engagement du chômeur se fait par un « contrat d'engagement » (*Anstellungsvertrag*) pour une durée d'un an (cf. description du contrat par le tribunal au c. 4.1 de l'arrêt). La commune a confirmé, pendant la procédure, que l'assuré était engagé par la commune par un contrat de travail de droit privé, de durée déterminée, comprenant un salaire soumis à cotisations AVS et permettant d'assurer le minimum vital de l'assuré (c. 4.2 de l'arrêt).

¹²⁶ Arrêt AL.2011.00230 du Tribunal des assurances sociales de Zurich du 16 janvier 2012.

néficiaires de l'aide sociale se trouvent déjà au niveau du dernier filet de protection sociale, sans aucune autre ressource ni aucun autre droit à faire valoir : toute réduction ou suppression de l'aide sociale doit respecter en tout temps leur droit à la dignité humaine et le cadre minimum fixé par l'art. 12 Cst. Ces droits sont garantis par la Constitution fédérale même si le bénéficiaire, par hypothèse, ne devait pas se conformer en tous points aux injonctions de l'autorité, notamment en refusant de participer à un programme d'occupation.

[Rz 88] À notre avis, tout programme d'occupation qui implique une prestation de travail devrait être régié par un contrat de travail : c'est ce que recommandait l'ancêtre de la CSIAS en 1994 déjà et c'est également cela que pratique à large échelle le canton de Vaud. La Loi sur le travail trouve application (en fonction de son propre champ d'application) et la couverture par les assurances sociales est assurée.

[Rz 89] De la sorte, le bénéficiaire de l'aide sociale qui travaille dans un programme d'occupation se verrait pleinement en situation de participer effectivement à la vie économique, notamment en cotisant aux assurances sociales, contribuant ainsi à sa future rente de retraite. Le but d'intégration serait atteint tout en assurant le respect de sa dignité.

ANNE MEIER, avocate à Genève et collaboratrice scientifique dans le projet « Arbeitsverhältnisse unter sozialhilferechtlichen Bedingungen : Rechtlicher Rahmen, Verbreitung und Regulierung(slücken) », voir : [http :www.thirdlabourmarket.ch](http://www.thirdlabourmarket.ch).

KURT PÄRLI, Professeur de droit privé social, Université de Bale, Faculté de droit, Dr. iur.