Publié par:
REISO.org
REVUE D'INFORMATION SOCIALE

Renvoyé de l'AI vers le « marché du travail équilibré »

Tant que les mesures de réadaptation professionnelle de l'assurance invalidité viseront un marché du travail fictif, elles s'avéreront souvent inefficaces. Mais sur quels critères un marché peut-il être qualifié d'« équilibré » ?

Par **Philippe Graf,** avocat, spécialiste des assurances sociales, Lausanne

« La réadaptation prime la rente. » Vieille comme l'assurance invalidité (AI) puisque, en 1958, dans son message relatif au projet originel d'une loi sur l'AI, le Conseil fédéral l'exprimait déjà [1], cette primauté, reflétée par la systématique même de la loi [2], est une application du principe dit d'« exigibilité » [3].

La primauté de la réadaptation est une chose. Sa mise en œuvre en est une autre, qui peut poser des problèmes. S'agissant d'abord du principe de la redistribution [4], les mesures de réadaptation en général, et le reclassement en particulier, constituent selon J.-M. AGIER un « point critique », en tant qu'elles « sont, pour un seul et même handicap, différentes selon le niveau culturel de l'assuré ; le degré de connaissances est lui-même lié au niveau de revenus. [...] En ce point, l'idée de redistribution est passablement éloignée de la réalité » [5]. Le même auteur note que « la science juridique est singulièrement démunie » pour ce qui est du « choix politique » que l'autorité doit faire regardant l'adéquation ou non, dans un cas donné, d'une mesure de réadaptation socioprofessionnelle [6]. Ces problèmes étant, nous aborderons pour notre part la question du marché-cible que visent les mesures de réadaptation offertes par l'AI.

Les efforts de l'administration, avant tout rhétoriques

Lors de son adoption, en 1960, la LAI prévoyait cinq types de mesures d'ordre professionnel : orientation, formation initiale, reclassement, placement, aide en capital [7]. Entre 1995, date du début de l'élaboration de la 4e révision de l'AI, et ce jour, le nombre de mesures a été plus que doublé, porté à onze par la création de mesures neuves : intervention précoce, réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle, conseils et suivi aux rentiers et à leur

employeur, placement à l'essai, allocation d'initiation au travail, indemnité en cas d'augmentation des cotisations [8].

Autant de mesures dont l'efficacité n'a encore fait l'objet d'aucune évaluation. Dans le même intervalle, des concepts ont été inventés : « nouvelle réadaptation » [9], « potentiel de réadaptation » [10], « aptitude à la réadaptation » [11]. La complexité de la problématique de la réadaptation en matière d'AI est devenue telle qu'il a fallu 200 pages à S. BUCHER [12] pour exposer les mesures professionnelles de la LAI dans sa version valable jusqu'à fin 2011.

Sans entrer dans les détails d'un catalogue de prestations qui ne cesse de s'accroître, il convient de remarquer que, pour ce qui est de la réinsertion des invalides, les changements les plus tangibles amenés depuis début 1995 sont d'une nature éminemment sémantique. Sur le plan de la stricte rhétorique, l'exécutif fédéral est passé de formule en formule : « la réadaptation prime la rente » [13], « la réadaptation plutôt que la rente » [14], « la rente, passerelle vers la réadaptation » [15], « il doit valoir la peine de travailler » [16].

Aucune mesure contraignante à l'intention des employeurs

Mais les formules ne suffisent pas et le Conseil fédéral en convient : « Pour que les mesures puissent être appliquées avec succès, il faut avant tout que les conditions prévalant sur le marché du travail soient favorables à la réinsertion. [...] on peut comprendre qu'un employeur se montre très réservé quand il s'agit d'engager quelqu'un qui présente un risque nettement plus élevé d'un cas d'assurance. Cette question des incitations [...] déjà très discutée au cours de la 5e révision de l'AI » [17], n'a visiblement pas été suivie d'actes. A cet égard, la position que le gouvernement avait défendue à l'occasion de la 5e révision est intéressante : « un système de quotas tel qu'[...] adopté par tous nos voisins [...] ne permet pas d'atteindre les objectifs visés en matière de réinsertion [..., ni] la voie des préférences lors d'adjudications publiques. [...] Deux pistes [sont laissées] ouvertes [...] : d'une part, les versements compensatoires à l'instar du gain intermédiaire dans l'assurance-chômage et d'autre part, les réductions fiscales » [18], pistes qui, hormis quelques timides incitations [19], semblent s'être perdues.

Il s'agit peut-être d'une évidence, mais la vision qu'une assurance adopte quant au marché du travail vers lequel elle veut réadapter ses assurés est un élément central, dont la compréhension est un préalable nécessaire à celle du fonctionnement et du but des mesures de réadaptation que l'assurance octroie. « Face à une concurrence accrue et à l'accélération du changement technologique, les conditions de travail ont [en effet] changé dans les pays de l'OCDE ; la sécurité de l'emploi a diminué [...], la charge de travail et la pression se sont accrues. Ces schémas ont rendu plus difficile l'accès à l'emploi des individus ayant un handicap. [...] Ces indicateurs donnent à penser que le marché du travail est de plus en plus dichotomique [...], avec [...] des changements d'emploi plus fréquents et un relâchement des liens avec un employeur spécifique et avec le marché du travail pour certains groupes de personnes. » [20]. Sur un tel marché, une conception trop abstraite – trop « objective » – de la réadaptation ne saurait aboutir, s'agissant de personnes malades, qu'à une impossibilité regrettable.

Définition(s) du « marché du travail équilibré »

Dans l'esprit de la loi [21], le marché-cible des mesures de réadaptation de l'AI – autrement dit le marché du travail censé servir d'étalon pour juger du succès d'une mesure professionnelle effectuée jusqu'à son terme – est le « marché du travail équilibré ». Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il s'agit d'une « notion théorique et abstraite, qui sert de critère de distinction entre les cas tombant sous le coup de l'assurance-chômage et ceux qui relèvent de l'AI. Elle implique, d'une part, un certain équilibre entre l'offre et la demande de main-d'œuvre et, d'autre part, un marché du travail structuré de telle sorte qu'il offre un éventail d'emplois diversifiés » [22].

Si l'on en croit d'autres sources, la même notion prend cependant une signification un peu différente. Par exemple, dans un ouvrage de référence sur le sujet, un graphique légendé « L'équilibre du marché du travail » est commenté

ainsi : « La Figure 5 représente l'équilibre du marché du travail dans le plan (u, v). Connaissant la valeur d'équilibre ?* de l'indicateur de tension, la valeur d'équilibre u* du taux de chômage est égale à l'abscisse de l'intersection de la courbe de Beveridge et de la droite issue de l'origine ayant pour pente ?* » [23].

Bien qu'issu tout droit de l'économie, le « marché du travail équilibré » constitue une notion de droit [24], plus précisément, une notion juridique indéterminée. Quoique contribuant de facto « de manière fondamentale à la coordination de plusieurs systèmes et à l'application uniforme des prescriptions de même nature dans les différents systèmes » [25], cette notion n'est en revanche définie ni par la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), ni par aucune autre loi spéciale. Si il faut admettre qu'elle est « théorique et abstraite », cette notion n'a en tout cas rien d'une idéalité parfaite. Elle consiste bien plutôt, sur un marché du travail donné, dans une référence aux « circonstances moyennes objectives », c'est-à-dire à des circonstances qui se distinguent tant d'une récession que d'une haute conjoncture [26]. Donc, marché du travail réel et « marché du travail équilibré » peuvent, pour peu que la conjoncture soit bonne, se confondre.

En quoi marché équilibré et marché effectif se distinguent-ils ?

Reste à savoir si, ici et aujourd'hui, le « marché du travail équilibré » – notion possiblement concrète – se distingue véritablement du marché du travail effectif et, cas échéant, dans quelle mesure. En tant que concept juridique, ce marché s'entend du cumul de deux conditions. Celle qui a trait à une structure offrant « un éventail d'emplois diversifiés » doit être considérée comme remplie. C'est du moins le point de vue du Forum économique mondial : la Suisse caracole depuis 2009 à la tête de son classement annuel de compétitivité, du fait notamment de l'efficacité de son marché du travail [27]. La satisfaction de l'autre condition, d'« un certain équilibre entre l'offre et la demande de main-d'œuvre », est plus délicate à vérifier. En effet, non seulement le taux de chômage fluctue au gré du temps, entre 2.6% à 3.9% ces dernières années selon le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) [28], mais il diffère également selon les critères utilisés pour sa mesure [29]. Les chiffres retenus par l'Enquête suisse sur la population active de l'Office fédéral de la statistique ne sont pas identiques aux chiffres du SECO.

Le critère de l'éligibilité aux allocations chômage, la présence, au sein du marché déterminant, de « travailleurs découragés » [30], l'existence d'une proportion non négligeable de « non emploi volontaire » [31] et le concept de « chômage d'équilibre » [32], sans parler du travail au noir, compliquent certes la comparaison entre la pratique et la théorie, entre la conjoncture et l'équilibre.

Mais ce qui est sûr, c'est qu'en Suisse, le taux de chômage avoisine 3.4% [33], un taux très bas, duquel il faut encore déduire le taux du « chômage frictionnel » [34]. Dans ces conditions, le marché du travail en Suisse ne peut pas être considéré comme un marché de plein emploi, certes, mais il devrait au moins être reconnu comme un marché du travail équilibré. A défaut d'une telle reconnaissance, les offices AI pourront continuer de prétendre que le lien de causalité [35] devant exister entre l'atteinte à la santé durable d'un assuré et son incapacité de gain est systématiquement rompu par un prétendu « déséquilibre » du marché du travail effectif. Ils pourront en conséquence continuer de refuser d'indemniser, chez ceux de leurs assurés qu'ils considèrent comme « réadaptés », voire simplement « réadaptables », l'invalidité qui, nonobstant des mesures de réadaptation « réussies », voire simplement « réussissables », continuera de découler de leur handicap.

A force de surestimer la perfection du « marché du travail équilibré », les autorités en viennent à minimiser l'équilibre du marché du travail actuel et effectif et, par suite, à envoyer auprès de l'assistance sociale des gens qui pourraient selon elles, sur un marché du travail qui n'a jamais existé et qui n'existera jamais, travailler. Aussi longtemps que l'administration basera ses exigences sur un marché idéalisé, tout l'effort qu'elle déploie en vue de bâtir les instruments d'une réinsertion efficace des invalides dans la réalité n'aboutira qu'à des résultats décevants.

[1] Ainsi, « pour les raisons morales et sociales que l'on vient de voir, et pour des raisons économiques et financières [...], les mesures de réadaptation seront mises au premier plan » (Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'Assurance Invalidité ainsi qu'à un projet de loi

modifiant celle sur l'Assurance Vieillesse et Survivants, du 24 octobre 1958, FF 1958 II 1161, p. 1176).

[2] Le chapitre dédié aux mesures de réadaptation (art. 8 à 27bis LAI, l'art. 7d pouvant éventuellement y être inclus) précède celui relatif aux rentes d'invalidité (art. 28 à 40 LAI).

[3] Ce principe, expressément formulé aux art. 1a, 5, 7, 7a, 28, 28a, 59 LAI et 6, 7, 8, 16 et 21 LPGA, est un principe général du droit des assurances sociales, qui permet de déterminer ce qui est « raisonnablement exigible » d'un assuré, que ce soit en terme d'activité lucrative, de traitement médical ou de réadaptation professionnelle. Il est intimement lié aux obligations – la doctrine parle aussi d'incombances – de diminuer le dommage (Schadenminderungspflicht) et de collaborer aux mesures indiquées par l'administration compétente.

[4] Mécanisme de transfert qui déroge au principe de l'équivalence individuelle ; cf. METZE I., Soziale Sicherung und Einkommenverteilung, pp. 124-161 ; GREBER P.-Y., Le principe de la solidarité dans les branches vieillesse, survivants et invalidité de la sécurité sociale suisse, SZS 1980, pp. 115-152.

[5] AGIER J.-M., Les assurances sociales suisses sous l'angle de la réadaptation, Zurich 1981, pp. 58 et s.

[6] AGIER J.-M., ibid., p. 74.

[7] RO 1959 857, art. 15 à 18.

[8] Art. 7d, 14a, 8a al. 2 lit. d, 18a, 18b et 18c LAI respectivement.

[9] Art. 8a LAI.

[10] Message relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (6e révision, 1er volet), du 24 février 2010, FF 2010 1647, pp. 1669 et ss.

[11] Art. 7abis du Projet de modification de la LAI (6b) ; cf. ég. Message relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (6e révision, 2e volet), du 11 mai 2011, FF 2011 5301, pp. 5354 et ss.

[12] BUCHER S., Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Bern 2011, pp. 267-453.

[13] Message concernant la 4e révision de la loi fédérale sur l'Assurance Invalidité, du 21 février 2001, FF 2001 3045, p. 3049.

[14] Message concernant la 5e révision de la loi fédérale sur l'Assurance Invalidité (5e révision de l'AI), FF 2005 4215, p. 4279.

[15] FF 2010 1647, pp. 1649 et 1669.

[16] FF 2011 5301, p. 5303.

[17] FF 2010 1647, p. 1677.

[18] FF 2005 4215, p. 4347.

[19] A côté des mesures visant les assurés (« incitation financière à travailler » par l'abrogation de l'art. 31 al. 2 LAI (FF 2010 1647, p. 1676) et « mécanismes de protection » (FF 2010 1647, p. 1677)), l'« implication des employeurs » n'est jamais contraignante. Celle-ci se limite à des dispositions prises en leur faveur afin, dans l'hypothèse d'une embauche d'un employé invalide, d'« atténuer le surcoût », d'« éviter tout risque financier » et de « pouvoir bénéficier de conseils compétents » (FF 2010 1647, pp. 1677 et s.) : art. 18a à 18c, 8a al. 2 lit. d et al. 4 et 32 à 34 LAI, et puis art. 26a LPP (FF 2010 1647, pp. 1741 et s. et 1750 et s., RO 2011 5659, p. 5675).

[20] OCDE (2010), Maladie, invalidité et travail : surmonter les obstacles – Synthèse des résultats dans les pays de l'OCDE, p. 31.

[21] D'une lecture parallèle des art. 7 al. 1 et 8 al. 1 LPGA ainsi que 28 al. 1 lit. a LAI résulte la déduction d'une synonymie entre « mesures de réadaptation raisonnablement exigibles » et mesures permettant de rétablir, maintenir ou améliorer la « capacité de gain » (cf. art. 28 al. 1 lit. a LAI). En d'autres termes, il s'agit des mesures permettant la création de « possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré » (art. 7 al. 1 LPGA). Cette création peut être effective ou artificielle car « la diminution de la capacité de gain doit [...] être distinguée de la perte effective de gain ; en effet, l'objet de l'assurance[-invalidité] est la capacité de gain et non le gain en comme tel » (FF II 1161, p. 1220).

[22] ATF 110 V 273, c. 4.b.

[23] CAHUC P. & ZYLBERBERG A., Le marché du travail, Bruxelles 2001, p. 454.

[24] FONJALLAZ J., Invalidité et révision des rentes d'invalidité, Lausanne 1985, p. 22.

[25] DUC J.-L., Des règles de coordination dans le domaine des assurances sociales en droit suisse : l'apport de la LPGA et ses limites, Berne 2009, p. 179 ; v. ég. Société suisse de droit des assurances, Rapport sur une partie générale du droit des assurances sociales et Projet de loi, Berne 1984, p. 27.

[26] RÜEDI R., „Im Spannungsfeld zwischen Schadenminderungspflicht und Zumutbarkeitsgrundsatz bei der Invaliditätsbemessung nach einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt", in SCHAFFHAUSER R. & SCHLAURI F., Rechtsfrachen der Invalidität in der Sozialversicherung, St.Gallen 1999 ; MONNARD C., La notion de marché du travail équilibré de l'article 28, alinéa 2, LAI, Blonay 1990.

[27] « Rapport du WEF : la Suisse championne du monde de la compétitivité », Le Temps, 7 septembre 2011.

[28] Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), statistiques des chômeurs inscrits, lien internet.

[29] FRAGNIERE J.-P. & GIROD R., Dictionnaire suisse de politique sociale, 2e éd., Lausanne 2002, p. 63.

[30] CAHUC P. & ZYLBERBERG A., op. cit., pp. 54 et s.

[31] CAHUC P. & ZYLBERBERG A., op. cit., pp. 438 et ss.

[32] SLOMAN J., Principes d'économie, Pearson Education, 2008, pp. 432 et ss.

[33] SECO, La situation sur le marché du travail en février 2012, 7 mars 2012.

[34] Par exemple : « Le nouveau socle incompressible du chômage suisse se situe à 2% », Le Temps, 9 août 2007.

[35] Cf. not. DUC J.-L., « L'assurance-invalidité », in MEYER U., Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007, N. 46, p. 1411.