



# **Formation élémentaire AI et formation pratique INSOS**

Rapport du Conseil fédéral du 5 juillet 2017

en réponse aux postulats du 21 juin 2013

déposés par Christian Lohr (13.3615) « Conditions attachées à la formation élémentaire AI et à la formation pratique INSOS »

et Christine Bulliard-Marbach (13.3626) « Formation élémentaire AI et formation pratique INSOS. Fournir des données transparentes »

## Table des matières

<b>Résumé</b>	<b>3</b>
<b>1. Introduction</b>	<b>4</b>
1.1 Mandat .....	4
1.2 Structure du rapport .....	5
<b>2. Contexte</b>	<b>5</b>
2.1 Formation professionnelle de base en Suisse .....	5
2.2 Mesures de réadaptation d'ordre professionnel dans l'AI .....	6
2.2.1 Formation professionnelle initiale (FPI) .....	6
2.3 Introduction de l'orientation sur les résultats dans la FPI .....	8
2.4 Guide pratique pour le conseil et le suivi des jeunes.....	9
<b>3. Évolution du nombre de bénéficiaires de prestations, des coûts et de la durée des formations</b>	<b>9</b>
3.1 Recueil des données.....	9
3.2 Bénéficiaires de prestations .....	10
3.3 Coûts .....	12
3.4 Durée des formations .....	13
3.5 Résumé .....	15
<b>4. Question de la conformité au droit</b>	<b>15</b>
4.1 Avis de droit .....	15
4.2 Nouvel arrêt du Tribunal fédéral .....	15
4.3 Démarche de l'OFAS après la publication de l'arrêt du TF .....	16
<b>5. Conclusions</b>	<b>16</b>
<b>6. Annexe I : Postulat 13.3615 Lohr</b>	<b>17</b>
<b>7. Annexe II : Postulat 13.3626 Bulliard</b>	<b>18</b>

## Résumé

L'assurance-invalidité (AI) est une assurance obligatoire sur l'ensemble du territoire de la Suisse. Son but est de prévenir, réduire ou éliminer l'invalidité grâce à des mesures de réadaptation et, si nécessaire, de compenser les effets économiques de l'invalidité à l'aide d'une rente. En présence d'une invalidité ou lorsque celle-ci risque de survenir, l'AI peut, pour les personnes qui n'ont pas encore exercé d'activité lucrative, prendre en charge dans le cadre de mesures de réadaptation les coûts supplémentaires d'une formation professionnelle initiale liés à l'invalidité<sup>1</sup>. Cette formation doit permettre à l'assuré d'exercer un emploi adapté à ses aptitudes. Par le biais d'une formation élémentaire AI facile d'accès d'une durée de un ou deux ans ou d'une formation pratique INSOS, l'AI soutient les jeunes avec une grave atteinte à la santé qui ne sont pas en mesure de suivre une formation selon la loi sur la formation professionnelle<sup>2</sup> (LFPr). Émise par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), la lettre circulaire AI n° 299 de 2011 a rehaussé les conditions pour l'octroi d'une deuxième année de formation. Les organisations de personnes handicapées ont critiqué cette nouvelle pratique, arguant le fait que les jeunes plus fortement atteints dans leur santé devaient eux aussi pouvoir profiter d'une formation professionnelle initiale de deux ans.

Le présent rapport a été rédigé en réponse aux postulats Lohr (13.3615 « *Conditions attachées à la formation élémentaire AI et à la formation pratique INSOS* ») et Bulliard-Marbach (13.3626 « *Formation élémentaire AI et formation pratique INSOS. Fournir des données transparentes* »). Déposés le 21 juin 2013, ces postulats chargeaient le Conseil fédéral d'établir un rapport sur les conditions et l'évolution des formations professionnelles initiales faciles d'accès de l'AI.

Le rapport identifie les possibilités de formation professionnelle offertes aux adolescents et jeunes adultes gravement atteints dans leur santé et présente l'évolution du nombre de formations octroyées et de leur coût au cours des dernières années.

La question de savoir si l'art. 16 LAI constitue une base légale suffisante pour la lettre circulaire AI n° 299 a été tranchée par la négative par le Tribunal fédéral dans un récent arrêt<sup>3</sup>. L'OFAS a abrogé avec effet immédiat la lettre circulaire AI n° 299 et adapté la circulaire concernant les mesures de réadaptation d'ordre professionnel. Les offices AI ont par ailleurs été instruits afin d'accorder à l'avenir les formations élémentaires AI et les formations pratiques INSOS systématiquement pour une durée de deux ans, dès lors que les conditions légales d'octroi définies dans l'ATF sont remplies.

Dans son message sur le « Développement continu de l'assurance-invalidité », le Conseil fédéral a proposé une modification de loi visant à mieux définir le type, la durée et le contenu des formations professionnelles initiales qui ne sont pas soumises à la LFPr, et ainsi améliorer l'efficacité de la prestation. Cette mesure s'adresse principalement aux jeunes légèrement à moyennement atteints dans leur santé, qui présentent un potentiel d'insertion sur le marché ordinaire de l'emploi.

---

<sup>1</sup> Art. 8 en relation avec l'art. 16 LAI

<sup>2</sup> Loi fédérale sur la formation professionnelle (LFPr) du 13 décembre 2002, RS 412.10

<sup>3</sup> ATF 142 V 523

# 1. Introduction

## 1.1 Mandat

L'OFAS a fait entrer en vigueur la lettre circulaire AI n° 299 en mai 2011, après avoir constaté qu'une part considérable des personnes ayant suivi une formation professionnelle initiale facile d'accès continuaient à bénéficier d'une rente AI entière à l'issue des deux années de formation et exerçaient toujours une activité dans un cadre protégé. Afin d'allouer le plus efficacement possible les moyens financiers à disposition, la lettre circulaire disposait que la deuxième année de formation devait être uniquement octroyée aux assurés présentant de bonnes chances d'être en capacité de gain (permettant une réduction de la rente) ou de s'insérer dans le marché ordinaire de l'emploi. Autrement dit, les jeunes incapables de suivre une formation selon la LFPr en raison d'une atteinte grave à leur santé se voyaient systématiquement octroyer une formation facile d'accès d'une durée d'un an. L'AI prolongeait celle-ci d'une année uniquement si le bilan effectué en fin de première année attestait qu'ils avaient de bonnes chances de réaliser un gain ayant une incidence sur la rente ou d'exercer une activité lucrative sur le marché ordinaire de l'emploi.

En septembre 2011, *insieme Suisse*, l'*Association Cerebral Suisse* et *Procap Suisse* ont déposé auprès de la Chancellerie fédérale la pétition « Formation professionnelle pour tous – aussi pour les jeunes handicapés » munie de 107 675 signatures. La pétition exigeait principalement que tous les jeunes, indépendamment de leurs chances de trouver plus tard un poste sur le marché ordinaire de l'emploi ou de percevoir un revenu permettant de réduire la rente, puissent avoir droit à une formation professionnelle de base d'au moins deux ans. Dans sa réponse du 2 novembre 2011, le chef du Département fédéral de l'intérieur (DFI) de l'époque, le conseiller fédéral Didier Burkhalter, maintenait le principe selon lequel l'octroi d'une deuxième année de formation pratique devait dépendre des résultats qu'on pouvait en attendre. Simultanément, il annonçait la création d'un groupe de travail chargé d'examiner les demandes des pétitionnaires (cf. ch. 2.4). Dans un échange de courriers<sup>4</sup> avec les pétitionnaires, le conseiller fédéral Alain Berset, chef du DFI depuis 2012, a réaffirmé cette position, arguant que le système avait fait ses preuves et qu'aucune intervention n'était nécessaire.

En juin 2013, la conseillère nationale Marianne Streiff-Feller encourageait par sa question 13.5151 « *Problèmes dans la mise en œuvre de la lettre circulaire AI n° 299* » à suspendre ladite lettre circulaire. Dans sa réponse, le conseiller fédéral Alain Berset a à nouveau indiqué que les incitations découlant de la lettre circulaire développaient des effets positifs et que cette dernière devait donc être maintenue.

Le 21 juin 2013, les conseillers nationaux Christian Lohr et Christine Bulliard-Marbach ont déposé les deux postulats 13.3615 « *Conditions attachées à la formation élémentaire AI et à la formation pratique INSOS* »<sup>5</sup> et 13.3626 « *Formation élémentaire AI et formation pratique INSOS. Fournir des données transparentes* »<sup>6</sup>. Le postulat Lohr demandait au Conseil fédéral d'ordonner une expertise juridique indépendante afin de déterminer si la lettre circulaire AI n° 299 était conforme à la loi. Le postulat Bulliard-Marbach exigeait un rapport indiquant de manière transparente l'évolution du nombre de formations élémentaires AI ou de formations pratiques INSOS octroyées par l'AI au cours des dix dernières années. Il s'agissait en outre de clarifier les contradictions observées entre la diminution des contrats d'apprentissage constatée par l'association INSOS et l'augmentation des coûts dans ce segment de formation communiquée par l'OFAS.

Le 21 août 2013, le Conseil fédéral a recommandé de rejeter les deux postulats, au motif que la lettre circulaire AI n° 299 concernant la formation professionnelle initiale avait une base légale suffisante, qu'une offre de formation facile d'accès devait viser l'insertion sur le marché ordinaire de l'emploi et que l'orientation sur les résultats lors de l'octroi de mesures de formation était correcte.

Le Conseil national a renvoyé les deux postulats au Conseil fédéral le 4 juin 2015.

Hormis les interventions parlementaires précitées, aucune autre intervention concernant directement les formations faciles d'accès de l'AI n'a été déposée ces dernières années.

La rédaction des rapports en réponse aux deux postulats a été confiée à l'OFAS. Au vu des liens étroits existant entre eux, les postulats font l'objet d'un rapport commun.

<sup>4</sup> Lettres du conseiller fédéral Alain Berset adressées aux pétitionnaires les 16 mai 2012, 5 juillet 2012 et 11 mars 2015.

<sup>5</sup> Voir annexe I

<sup>6</sup> Voir annexe II

## 1.2 Structure du rapport

Le chapitre 2 du présent rapport décrit le contexte avec des informations sur le système helvétique de formation professionnelle de base et les mesures de réadaptation de l'AI, sur le principe de l'orientation sur les résultats ainsi que sur le guide pour le conseil et le suivi des jeunes en formation pratique.

Le chapitre 3 présente l'évolution du nombre de bénéficiaires de prestations et des coûts, et répond à la question connexe concernant la durée de la formation.

La conformité au droit de la lettre circulaire n° 299 compte tenu de l'avis de droit établi à cet effet<sup>7</sup> et du nouvel arrêt du Tribunal fédéral<sup>8</sup>, ainsi que la suite donnée par l'OFAS à la publication dudit arrêt sont traitées dans le chapitre 4.

Les conclusions sont formulées au chapitre 5.

## 2. Contexte

### 2.1 Formation professionnelle de base en Suisse

La formation professionnelle de base permet aux apprenants d'entrer dans la vie active. En Suisse, elle est régie par des dispositions légales à l'échelle fédérale depuis 1930<sup>9</sup>. Entrée en vigueur en 2004 et toujours d'application, la quatrième loi fédérale sur la formation professionnelle a apporté des nouveautés majeures pour les adolescents et jeunes adultes atteints dans leur santé : introduction d'une formation professionnelle de base de deux ans sanctionnée par une attestation fédérale de formation professionnelle (AFP) en remplacement de la formation de même durée sanctionnée par un certificat fédéral de capacité (CFC) et de la possibilité d'une formation élémentaire selon la LFPr. La formation AFP s'adresse principalement aux personnes possédant des aptitudes pratiques, mais qui ne remplissent pas les conditions requises pour suivre une formation sanctionnée par un CFC. Depuis la réforme de 2004, le certificat fédéral de capacité ne peut être obtenu qu'après une période de formation de trois ou quatre années au minimum.

La formation élémentaire selon la LFPr, remplacée par la formation AFP à la suite de la révision de la LFPr de 2004, permettait l'établissement de programmes de formation individuels pour les apprenants et l'adaptation des examens finaux à leurs aptitudes personnelles. La définition personnalisée des programmes de formation n'est aujourd'hui plus possible, les dispositions concernant la formation AFP ayant été standardisées afin de garantir l'homogénéité des compétences acquises. Jusqu'à fin 2015, les formations élémentaires ont été progressivement remplacées par plus de 50 formations de base AFP dans les différents domaines professionnels. Grâce à l'introduction de la formation AFP de deux ans, de nombreuses personnes ayant achevé une formation élémentaire peuvent aujourd'hui suivre une formation de base sanctionnée par un certificat fédéral et reconnue sur le marché de l'emploi. Le graphique 1 illustre le remplacement des formations élémentaires par les formations AFP.

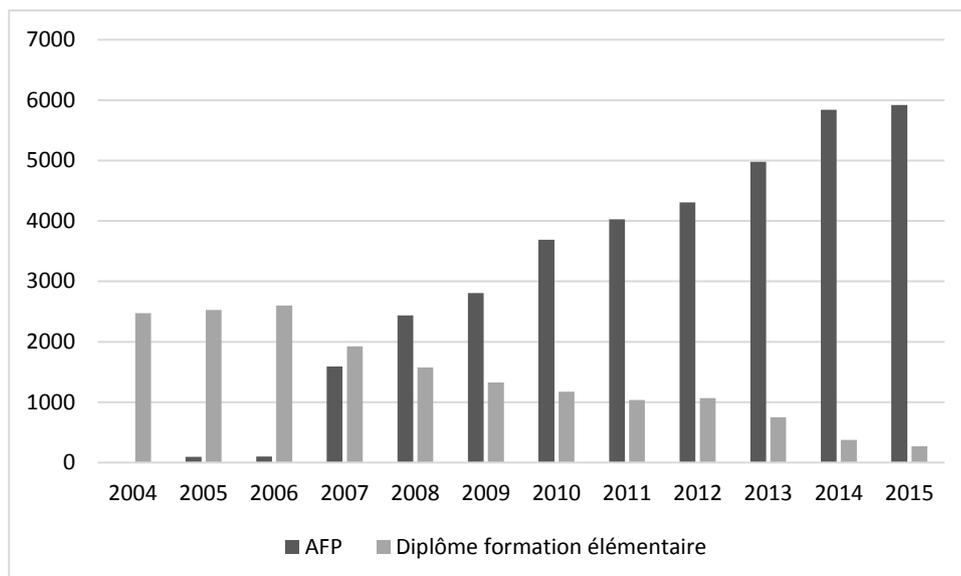
La nouvelle mouture de la LFPr a également introduit le principe « Pas de diplôme sans passerelle vers d'autres formations ». Ce principe directeur doit garantir la plus grande perméabilité horizontale et verticale possible entre les différentes formations et permettre de suivre une formation ou un perfectionnement de niveau supérieur à l'issue de chaque formation. Concrètement, cela signifie qu'une personne ayant achevé une formation AFP a systématiquement la possibilité de suivre ensuite une formation de niveau CFC.

Le système de formation professionnelle helvétique se caractérise par un cursus réalisé en parallèle en entreprise et au sein d'une école professionnelle. La partie pratique s'effectue en entreprise et est complétée par une formation professionnelle spécifique et un enseignement général dans une école professionnelle ainsi que par des cours interentreprises. Les plans de formation sont établis, ratifiés sous forme d'ordonnance et mis en œuvre par la Confédération, les cantons et les organisations du monde du travail (fédérations et organisations sectorielles, partenaires sociaux et autres institutions et organismes de formation professionnelle). La dualité de la formation et l'étroite collaboration avec les organisations du monde du travail permettent de garantir que la qualification des apprenants répond aux besoins du marché de l'emploi.

<sup>7</sup> Avis de droit rédigé par le professeur M. Hürzeler, docteur en droit, et S. Bucher, docteur en droit ; voir appendice

<sup>8</sup> ATF 142 V 523

<sup>9</sup> Loi fédérale du 26 juin 1930 sur la formation professionnelle

**Graphique 1** : Diplômes de formation AFP et formation élémentaire selon la LFPr, 2004-2015

Source : OFS

Conformément à la réforme de la formation professionnelle de 2004, les anciennes formations élémentaires visées par la LFPr ont dû être remplacées par les nouvelles formations AFP jusqu'à fin 2015. La constante augmentation du nombre de certificats délivrés témoigne de la multiplication des formations professionnelles de niveau AFP proposées et de leur attractivité. La forte progression du nombre de formations AFP s'explique également par le fait que certains jeunes suivent aujourd'hui une formation AFP qui, avant 2004, était encore considérée comme formation de niveau CFC. Les exigences posées aux formations CFC n'ont cessé d'augmenter depuis 2004.

Aujourd'hui, il n'est plus possible de proposer un diplôme de formation professionnelle reconnu à l'échelle de la Confédération dont le programme serait défini individuellement et qui serait adapté à la condition personnelle (par ex. en matière de santé) d'un apprenant. Par conséquent, les jeunes atteints dans leur santé qui ne remplissent pas les exigences d'une formation AFP ne peuvent plus aujourd'hui accéder à une formation professionnelle au sens de la LFPr.

## 2.2 Mesures de réadaptation d'ordre professionnel dans l'AI

Le but de l'AI est de prévenir, réduire ou éliminer l'invalidité grâce à des mesures de réadaptation et de compenser les effets économiques de l'invalidité. Afin de rendre une personne atteinte dans sa santé apte à exercer une activité lucrative ou à améliorer sa capacité de gain – et donc de prévenir l'invalidité –, les frais supplémentaires occasionnés par des mesures de réadaptation liées à l'invalidité peuvent de ce fait être pris en charge (art. 8 LAI).

En cas d'invalidité consécutive à une atteinte à la santé ou lorsqu'une invalidité risque de survenir, l'AI peut assumer les coûts supplémentaires dus à l'invalidité lors d'une formation professionnelle initiale ou les frais d'un reclassement (art. 8 en relation avec les art. 16 et 17 LAI). Cette formation doit être adéquate et avoir pour objectif la réinsertion professionnelle, c.-à-d. qu'elle doit avoir pour vocation de favoriser et d'améliorer la capacité de gain, voire de l'établir durablement.

### 2.2.1 Formation professionnelle initiale (FPI)

Pour les adolescents et les jeunes adultes en formation selon la LFPr, l'AI peut prendre en charge les coûts supplémentaires occasionnés par l'invalidité, comme les frais de coaching, les mesures pédagogiques nécessaires à la formation professionnelle, la rémunération liée au besoin d'encadrement accru, les frais de transport ou encore ceux liés aux moyens auxiliaires et à l'aménagement du poste de travail.

Si un adolescent ou un jeune adulte ne remplit pas les conditions intellectuelles pour achever une formation selon la LFPr, il a la possibilité d'opter pour une *formation élémentaire AI* ou une *formation élémentaire interne* d'une durée de un ou deux ans, sous réserve que sa capacité de travail après achèvement de la formation lui

permette de percevoir un salaire horaire minimal de 2 fr. 55<sup>10</sup> (jusqu'en 2010 : 2 fr. 35). Une telle formation offre la possibilité de définir les contenus de manière individuelle et ainsi de les adapter aux besoins et aux limitations de l'apprenant.

Jusqu'à la réforme de la formation professionnelle de 2004, les adolescents et les jeunes adultes touchés par une limitation de leur capacité d'apprentissage et/ou de travail avaient encore le choix entre une formation élémentaire au sens de la LFPr et une formation élémentaire AI de droit privé. Les formations élémentaires visées par la LFPr ont commencé à être progressivement remplacées à partir de 2004 et ont totalement disparu depuis 2016.

Après la disparition de cette filière pour les jeunes qui ne remplissent pas les conditions d'une formation AFP, l'Association de branche nationale des institutions pour personnes avec handicap (INSOS) a lancé en 2007 un projet pilote pour une *formation pratique* (FPra dans ce qui suit). La FPra visait des activités relativement simples, à caractère professionnel, liées étroitement à la pratique. Elle accordait beaucoup d'importance à l'accompagnement individuel ainsi qu'à des champs d'apprentissage et à des types d'exercices adaptés aux participants. L'objectif était de mettre en place des conditions-cadres unifiées pour toute la Suisse et d'augmenter le nombre de passerelles possibles vers les formations prévues par la LFPr. Au cours de ce projet pilote, des jeunes ont suivi le programme de formation INSOS d'une durée de deux ans dans 46 institutions et 14 domaines professionnels différents. A l'issue du projet (en 2010), un rapport d'évaluation mandaté par l'OFAS a conclu que la FPra d'INSOS était particulièrement importante en tant que cursus de formation post-obligatoire facile d'accès<sup>11</sup>. Selon les évaluateurs, la FPra est utile à l'AI en tant qu'instrument pour la réinsertion professionnelle de jeunes atteints dans leur santé et qui ne remplissent pas les exigences d'une formation au sens de la LFPr. La FPra aurait donc le potentiel de combler le vide existant entre la formation élémentaire AI et la formation professionnelle de base de deux ans. Convaincue d'avoir créé un outil de formation utile, INSOS a continué de proposer la FPra après la fin du projet pilote.

Selon la liste des professions LPra d'INSOS<sup>12</sup>, il existe actuellement 52 programmes de formation dans lesquels sont décrits les objectifs et les exigences des apprenants en termes de compétences professionnelles (compétences spécifiques, méthodologiques, sociales et personnelles). Selon l'institution, les passerelles vers les formations de niveau supérieur (AFP) sont ainsi garanties. Les statistiques d'INSOS pour la période 2012-2015 indiquent en effet que près de 10 % des personnes ayant achevé une FPra ont ensuite suivi une formation AFP.

La formation professionnelle pratique s'effectue au sein d'organismes de formation ou d'entreprises du marché ordinaire de l'emploi (en partie en tant que « Supported Education »), tandis que l'enseignement théorique est dispensé dans des écoles professionnelles internes ou publiques. Pour proposer des FPra d'INSOS, les entreprises de formation doivent être membres de l'association et remplir des exigences supplémentaires, définies par INSOS dans des directives spécifiques.

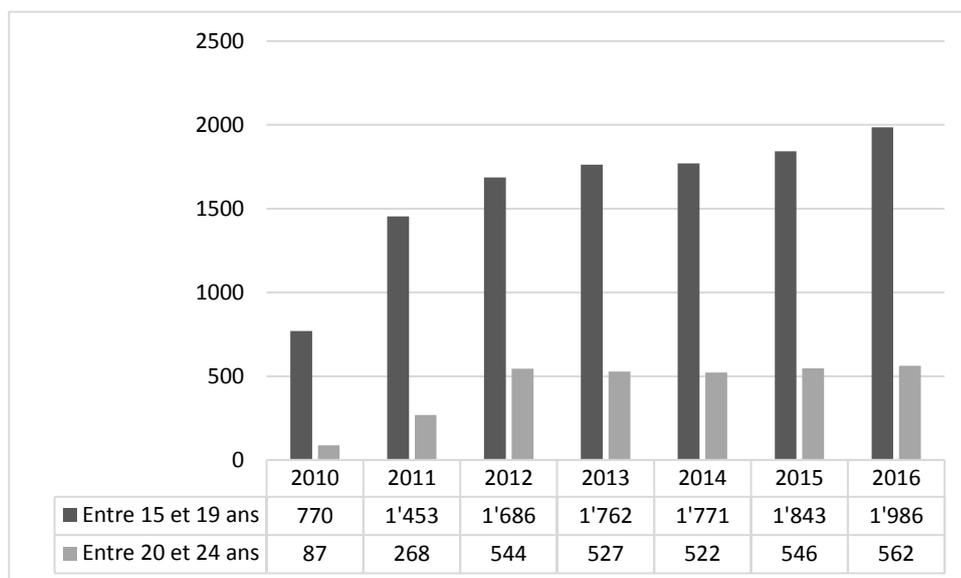
Outre une FPra, il est également toujours possible d'opter pour une formation élémentaire AI. Les contenus de formation sont ici intégralement définis de manière individuelle et ne sont pas soumis à des dispositions réglementaires.

Le graphique 2 montre l'évolution du nombre de bénéficiaires de prestations de l'AI ayant opté pour une FPra ou une formation élémentaire AI sur la période 2010-2016, ainsi que leur répartition par classes d'âge.

<sup>10</sup> Le salaire horaire minimal est corrélé aux cotisations AVS/AI/APG pour les personnes sans activité lucrative et correspond au salaire minimal permettant de couvrir les cotisations minimales AVS/AI/APG. Un travail est réputé suffisamment rentable sur le plan économique lorsqu'il permet de réaliser un salaire horaire minimal de 2 fr. 55.

<sup>11</sup> Office fédéral des assurances sociales, 2010 : *Aspects de la sécurité sociale : Evaluation Pilotprojekt Praktische Ausbildung (PrA) INSOS*, rapport de recherche n° 7/10, avant-propos.

<sup>12</sup> www.insos.ch, état : 11 janvier 2017

**Graphique 2 :** Bénéficiaires de prestations de l'AI en formation élémentaire AI ou en formation pratique INSOS, par classe d'âge, 2010-2016

Source : OFAS

La formation élémentaire AI et la FPra d'INSOS sont des offres de prestations de l'AI qui s'adressent principalement à des adolescents et à des jeunes adultes âgés de 15 à 24 ans qui n'ont pas encore suivi de formation professionnelle et n'ont jamais exercé d'activité lucrative. La part des 15-24 ans atteint ici plus de 97 % (les autres bénéficiaires sont plus âgés).

### 2.3 Introduction de l'orientation sur les résultats dans la FPI

La formation élémentaire AI facile d'accès ainsi que la FPra d'INSOS sont en général mises en place pour une durée de deux ans. L'évaluation de la FPra d'INSOS a permis de constater qu'une part relativement élevée de personnes ayant suivi cette formation continue d'avoir besoin d'une rente AI entière à l'issue de la formation et exerce toujours une activité professionnelle dans un cadre protégé. L'impact de la formation sur les prétentions en matière de rente et l'insertion sur le marché ordinaire de l'emploi semblait donc assez faible. Pour cette raison, l'OFAS a décidé d'orienter davantage l'organisation des formations faciles d'accès en fonction de leur efficacité potentielle.

Le deuxième volet de la 6<sup>e</sup> révision de l'AI<sup>13</sup> comportait par conséquent une proposition visant à rehausser les exigences applicables au revenu à réaliser après une formation facile d'accès. Il s'agissait, d'une part, d'augmenter les exigences relatives à l'octroi d'une formation facile d'accès en général et, d'autre part, de rehausser les conditions pour l'octroi d'une deuxième année de formation en fonction du revenu potentiel pouvant être atteint selon toute vraisemblance à l'issue de la formation. Cette proposition n'a pas été retenue sous la forme prévue en raison des réactions critiques observées lors de la consultation.

L'OFAS souhaitait néanmoins maintenir le principe d'octroyer davantage les formations en fonction de leur efficacité potentielle, décision concrétisée en mai 2011 par la publication de la lettre circulaire AI n° 299 (ainsi que sous le ch. 3020 de la circulaire concernant les mesures de réadaptation d'ordre professionnel). Sur cette base, la *deuxième année* de la formation élémentaire AI et de la FPra d'INSOS a été réservée aux assurés pour lesquels cette formation a de bonnes chances de déboucher sur une amélioration de la capacité de gain ayant un impact sur la rente, ou sur une insertion dans le marché ordinaire de l'emploi.

« Concrètement, cela signifie que les formations élémentaires AI, formation pratique INSOS incluse, seront désormais toutes octroyées pour un an. Elles seront prolongées d'une deuxième année si le bilan effectué à la fin de la première année en collaboration avec l'entreprise formatrice et le jeune en formation fait apparaître que celui-ci a de bonnes chances de présenter à l'avenir une capacité de gain susceptible d'avoir une incidence sur la rente. Il sera également

<sup>13</sup> FF 2011 5301

possible d'octroyer une deuxième année de formation si l'on peut en attendre une insertion sur le marché ordinaire de l'emploi, même s'il n'en découle à court terme aucune incidence sur la rente. » (lettre circulaire AI n° 299)

## 2.4 Guide pratique pour le conseil et le suivi des jeunes

Le groupe de travail annoncé en novembre 2011 par le conseiller fédéral Didier Burkhalter dans sa réponse aux pétitionnaires (cf. ch. 1.1) a été chargé de définir et de formuler la démarche orientée résultats à mettre en œuvre en matière de réinsertion professionnelle sur le marché ordinaire de l'emploi. Il devait être constitué, outre de représentants de la Confédération, des cantons et des offices AI, de représentants des organisations de personnes handicapées et des organismes de formation pétitionnaires. Le groupe de travail a commencé son activité à l'été 2012 et formulé des recommandations concernant la transition de l'école à la formation professionnelle et celle de la formation professionnelle à la vie active. Au bout d'un an, les pétitionnaires ont décidé de ne plus participer au groupe de travail, considérant qu'aucune réponse n'avait été apportée à leur pétition. Par la suite et sur mandat du conseiller fédéral Alain Berset, l'OFAS a complété le groupe de travail par des représentants des offices AI.

En complément de la lettre circulaire AI n° 299, le groupe de travail a concrétisé l'orientation sur les résultats de la réadaptation professionnelle dans un guide<sup>14</sup>. Ce dernier devait servir d'aide pratique aux collaborateurs des offices AI pour évaluer les compétences clés des jeunes s'agissant de leur capacité à choisir un métier ainsi que de leur aptitude à suivre une formation et à s'intégrer sur le marché (ordinaire) de l'emploi. Le « Guide pour le conseil et le suivi des jeunes en formation pratique » décrit concrètement comment utiliser en pratique le référentiel de compétences. Il vise en outre à placer l'accent sur les contenus des formations et les aptitudes individuelles des jeunes, ainsi que sur les exigences du marché de l'emploi, plutôt que sur la durée des formations. L'objectif de cet instrument est d'offrir une perspective de développement professionnel sur le marché ordinaire de l'emploi aux jeunes souffrant d'une atteinte à la santé. Un poste sur le marché secondaire de l'emploi ne doit être envisagé que lorsque les possibilités d'insertion professionnelle sur le marché ordinaire de l'emploi n'existent pas (ou pas encore) ou sont épuisées.

Pour diffuser à l'ensemble des offices AI le guide et les recommandations qu'il contient et permettre une mise en œuvre homogène, l'OFAS a organisé neuf manifestations régionales au premier semestre 2015 (six en Suisse alémanique et trois en Suisse romande), afin d'informer les spécialistes de l'AI sur le contenu et l'utilisation pratique du nouveau support.

Utilisé depuis le début 2015, le guide pour le conseil et le suivi des jeunes en formation pratique donne une base technique pour l'application de la lettre circulaire AI n° 299.

## 3. Évolution du nombre de bénéficiaires de prestations, des coûts et de la durée des formations

Dans ce qui suit, nous présentons l'évolution sur les dernières années du nombre de bénéficiaires de prestations, des coûts et de la durée des formations dans le cadre des formations professionnelles initiales financées par l'AI (formation élémentaire AI et FPra d'INSOS).

### 3.1 Recueil des données

Comme le Conseil fédéral le relevait dans sa prise de position du 21 août 2013, l'OFAS ne disposait d'aucune donnée sur l'évolution de la durée des formations élémentaires AI et FPra d'INSOS. Mais le Conseil fédéral entendait qu'une base de données structurée soit disponible à l'avenir, permettant de tirer des conclusions sur la durée des formations.

A titre d'introduction, nous présentons quelques informations concernant la saisie des données dans le domaine de la formation professionnelle initiale dans l'AI.

---

<sup>14</sup> Voir appendice

L'OFAS demande aux organes d'exécution de recenser les différentes catégories de formations professionnelles initiales à l'aide de codes de prestations. Pour ce faire, il existe actuellement six codes de prestations différents<sup>15</sup> :

- Formations effectuées dans le cadre des hautes écoles universitaires (HEU), des hautes écoles spécialisées (HES), des hautes écoles pédagogiques (HEP) et de la formation professionnelle supérieure
- Formations dans des écoles de maturité gymnasiale, de culture générale (ECG) et de maturité professionnelle (EMP)
- Formation professionnelle initiale de trois ou quatre ans sanctionnée par un certificat fédéral de capacité (CFC)
- Formation professionnelle initiale de deux ans sanctionnée par une attestation fédérale de formation professionnelle (AFP), anciennement : formation élémentaire visée par la LFPPr
- Formation pratique INSOS ; formation élémentaire AI
- Autres formations

Le code de prestations pour les formations faciles d'accès FPra d'INSOS et formations élémentaires AI a été introduit par l'OFAS en 2010, sur la base des expériences tirées du projet pilote d'INSOS, afin de pouvoir analyser séparément l'évolution de ces types de formation. Jusque-là, les formations élémentaires AI et les mesures préparant à une activité en atelier protégé étaient recensées sous un même code de prestations (« préparation à une activité en atelier protégé »). Depuis l'entrée en vigueur de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches (RPT) en 2008<sup>16</sup>, la responsabilité du financement des écoles spéciales et des ateliers a été confiée aux cantons. L'AI ne finance donc plus les activités de préparation et de familiarisation à un emploi protégé, adaptant ainsi sa pratique à un précédent arrêt du Tribunal fédéral des assurances<sup>17</sup>. Cet arrêt avait statué que le financement de la période d'introduction dans un atelier d'occupation n'entrait pas dans la catégorie « préparation à une activité en atelier protégé »<sup>18</sup> et, à ce titre, n'avait pas de base légale. L'OFAS a par conséquent abrogé le code de prestations correspondant en 2010.

L'analyse concernant les formations professionnelles initiales financées par l'AI présentée ci-après s'applique à la période 2007-2016. L'analyse spécifique relative à la catégorie de prestations des formations faciles d'accès FPra d'INSOS et formations élémentaires AI se limite à la période ayant suivi l'introduction en 2010 du code de prestations correspondant.

L'analyse de la durée des formations faciles d'accès se fonde sur les données des factures remboursées par l'AI, qui mentionnent les dates de début et de fin des prestations prises en charge. Il a ainsi été possible de déterminer la durée effective des formations. La durée des formations est indiquée pour l'ensemble des assurés identifiés par le code de prestations pour la formation élémentaire AI et la FPra d'INSOS ayant commencé la formation entre 2010 et 2014.

### 3.2 Bénéficiaires de prestations

Le nombre de bénéficiaires d'une formation professionnelle initiale de l'AI a progressé entre 2007 et 2016, passant de 7 700 à 13 220 personnes, soit une augmentation de 70 %. Cette forte hausse sur le front des formations professionnelles initiales en général peut s'expliquer par une orientation plus marquée de l'assurance-invalidité vers la réadaptation depuis l'entrée en vigueur de la 5<sup>e</sup> révision de l'AI en 2008.

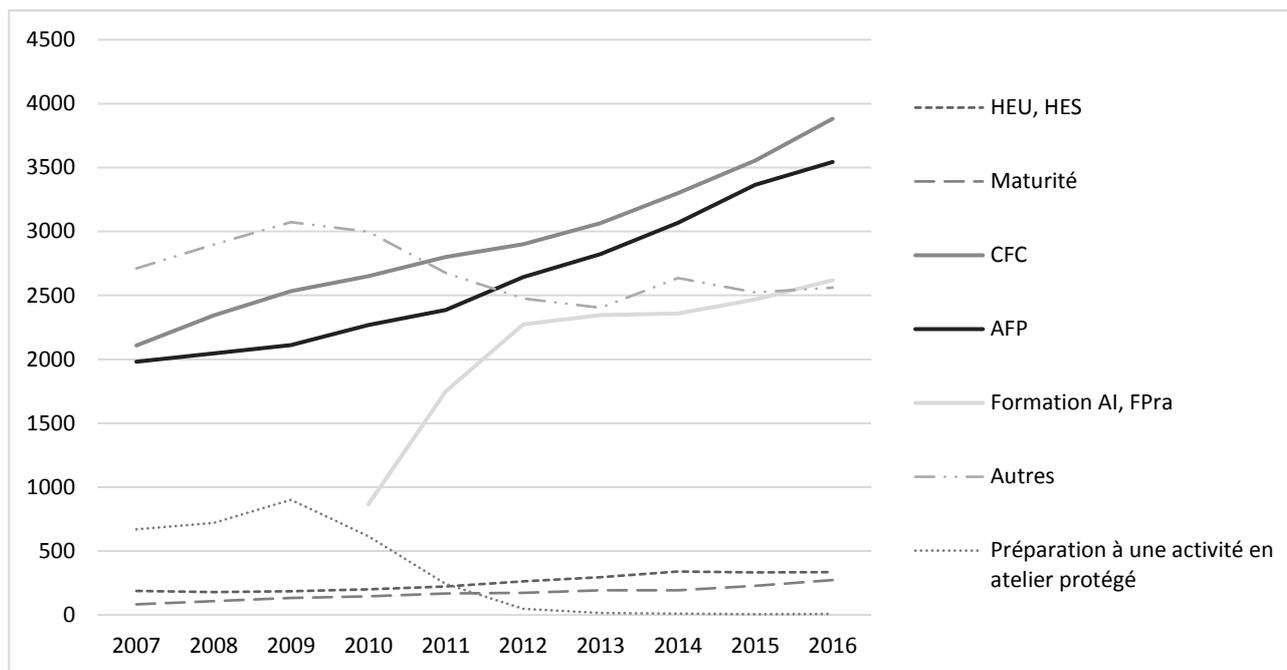
<sup>15</sup> Codes pour la statistique des infirmités et des prestations, valable dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009, état au 1<sup>er</sup> janvier 2017

<sup>16</sup> Dans le cadre de la FPT, les compétences s'agissant par ex. des écoles spéciales ainsi que des ateliers protégés et foyers pour personnes handicapées sont passées de l'assurance-invalidité aux cantons.

<sup>17</sup> VSI 2002 177

<sup>18</sup> Art. 16, al. 2, let. a, LAI

**Graphique 3 :** Bénéficiaires d'une formation professionnelle initiale de l'AI, 2007-2016

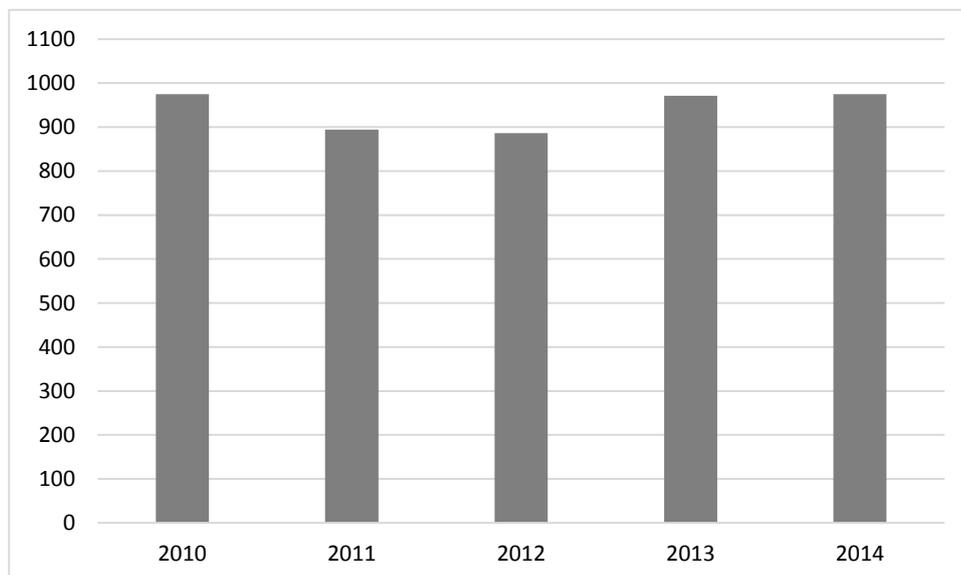


Source : OFAS

L'introduction du nouveau code de prestations pour les formations élémentaires AI et la FPra d'INSOS ainsi que l'abrogation de celui couvrant l'initiation au travail et la préparation à une activité en atelier protégé en 2010 apparaissent clairement dans le graphique. Le nouveau code de prestations a en outre permis de chiffrer la demande rencontrée par la nouvelle FPra d'INSOS à partir de 2010. Le graphique suggère une nette augmentation du nombre de bénéficiaires. Il convient cependant de considérer que la durée de la formation est généralement de deux ans et que la forte augmentation des années 2011 et 2012 s'explique principalement par le fait qu'une nouvelle cohorte de formation est venue s'ajouter chaque année (en règle générale au début de la formation en été) à celles existant déjà. Le nombre de bénéficiaires se stabilise à partir de 2012, parce que la première cohorte a achevé sa formation et que les entrées et les sorties sont depuis lors à peu près équivalentes.

Une analyse complémentaire des cohortes de formation brosse une image un peu plus équilibrée : le graphique 4 matérialise les cohortes de formation.

**Graphique 4 :** Nombre de bénéficiaires d'une formation élémentaire AI ou d'une FPra d'INSOS, par cohortes 2010-2014 (factures remboursées)



Source : OFAS

La diminution du nombre de nouvelles formations entre 2010 et 2012 communiquées par INSOS se confirme donc : le nombre de nouvelles formations a reculé de 9 % sur cette période. Cela dit, le nombre annuel de nouveaux apprenants a depuis lors de nouveau augmenté, pour atteindre en 2014 le même niveau que celui observé pour la cohorte de 2010.

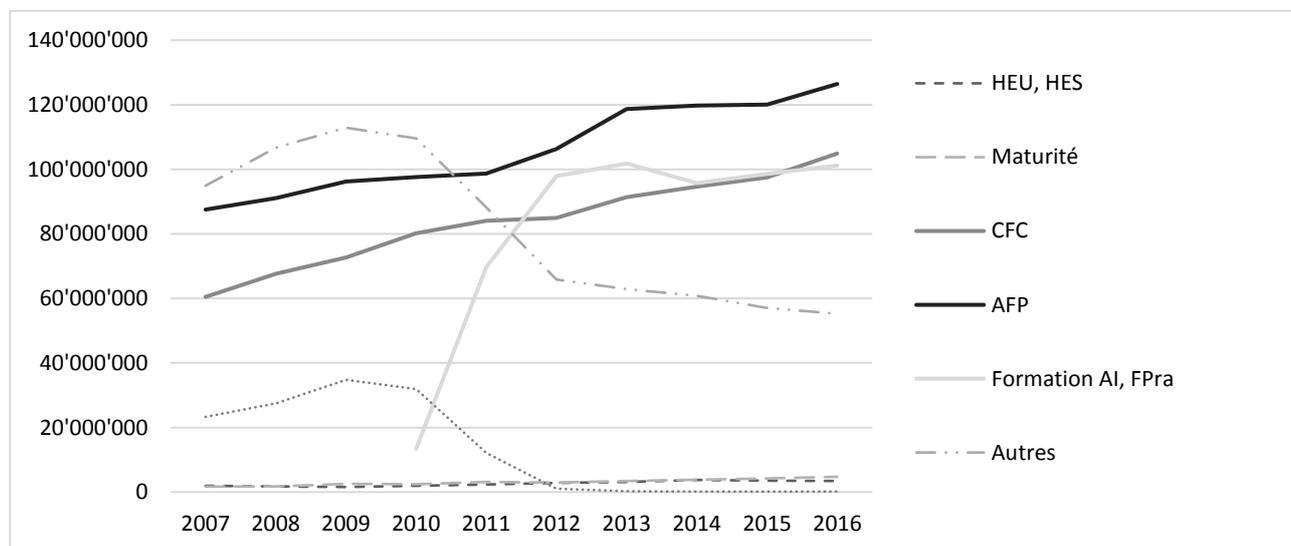
Si le graphique 3 suggère une hausse du nombre de bénéficiaires de formations faciles d'accès, le graphique 4 fait état d'un nombre stable ou temporairement en léger recul. Cet écart s'explique par le fait que les calculs du graphique 3 sont effectués sur la base du nombre de bénéficiaires dont les factures sont remboursées chaque année civile. Ce calcul intègre donc les bénéficiaires issus de trois cohortes de formation différentes dans la même année civile : la cohorte dont le début de la formation intervient au cours de l'année sous revue, celle dont le début de la formation est intervenu l'année précédente et celle qui se trouve dans sa deuxième année et ayant commencé la formation l'année auparavant (n-2).

Il n'est pas possible de déterminer le nombre de bénéficiaires ayant suivi une FPra ou une formation élémentaire AI avant l'introduction du nouveau code de prestations. Cependant, l'ordre de grandeur peut être estimé en comparant l'évolution de la courbe après l'abrogation du code de prestations *Préparation à une activité en atelier protégé* à la fin 2010 au recul du nombre de bénéficiaires des *autres formations*. Il faut ici tenir compte du fait que les mesures préparant à une activité en atelier protégé étaient également financées par l'AI jusqu'en 2009 (cf. ch. 3.1).

### 3.3 Coûts

Les coûts relatifs aux mesures de formation professionnelle initiale de l'AI sont passés de 270 millions de francs en 2007 à 396 millions de francs en 2016, soit une hausse de 47 %. L'AI prend en charge les coûts supplémentaires occasionnés par l'invalidité lors d'une formation professionnelle initiale, y compris ceux liés à un éventuel accompagnement à domicile. Les indemnités journalières éventuellement versées ne sont pas considérées dans ce montant.

**Graphique 5 :** Coûts totaux des formations professionnelles initiales de l'AI, 2007-2016 (factures remboursées)



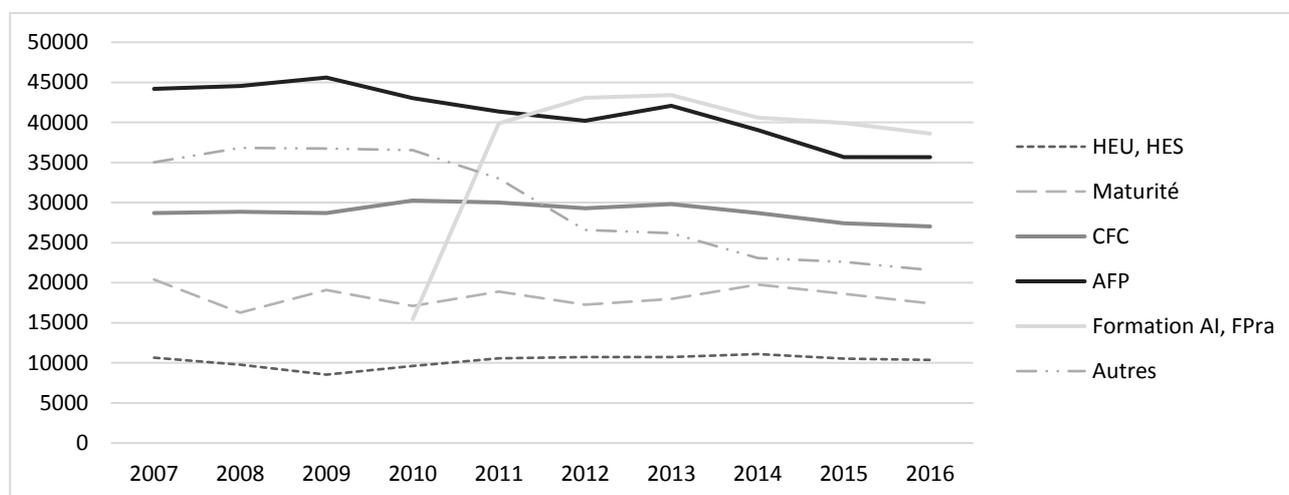
Source : OFAS

La forte hausse des coûts s'explique par l'augmentation du nombre de bénéficiaires auxquels l'AI a octroyé une formation professionnelle initiale. L'évolution des coûts des formations AFP et CFC se révèle parallèle, brossant une image similaire à celle observée sur le front du nombre de bénéficiaires. Sans surprise, les formations AFP génèrent des coûts totaux supérieurs tout en affichant un nombre moins élevé de bénéficiaires. Les personnes suivant des formations AFP présentent en effet généralement des atteintes à la santé plus graves que celles qui font une formation CFC. Les besoins de soutien de ces personnes et donc les coûts supplémentaires occasionnés par l'invalidité à la charge de l'AI sont par conséquent plus importants.

Les coûts pour la catégorie de prestations formations élémentaires AI et FPra d'INSOS semblent se stabiliser autour de 100 millions de francs par an depuis 2012.

L'augmentation du nombre de bénéficiaires de prestations de l'AI se traduit par une hausse des coûts : la progression du nombre de bénéficiaires de 60 % s'accompagne ainsi d'une augmentation des coûts totaux de 45 %. Dans les faits, cela signifie que les coûts annuels moyens par bénéficiaire ont diminué de 14 %.

**Graphique 6** : Coûts annuels moyens par bénéficiaire d'une formation professionnelle initiale de l'AI, 2007-2016



Source : OFAS

Après avoir atteint un sommet à plus de 43 000 francs en 2013, les coûts annuels moyens par bénéficiaire d'une formation élémentaire AI ou d'une FPra d'INSOS ont baissé pour se stabiliser à près de 39 000 francs. L'OFAS estime que cette baisse est liée, d'une part, à l'introduction de la lettre circulaire AI n° 299 et donc à un raccourcissement de la durée de formation pour une partie des bénéficiaires (cf. ch. 3.4) et, d'autre part, aux efforts entrepris par les organismes de formation pour mieux axer les formations sur les exigences du marché ordinaire de l'emploi. Une collaboration plus étroite avec les employeurs (par ex. sous la forme de stages), voire une formation effectuée en partie au sein même du marché ordinaire de l'emploi, contribue en effet à réduire les coûts des formations faciles d'accès.

C'est dans la catégorie intitulée « autres formations » que les coûts annuels moyens ont le plus reculé. Cela s'explique par le fait qu'une partie des formations faciles d'accès était comptabilisée sous cette catégorie de prestations avant 2010.

Les coûts moyens des formations professionnelles initiales tendent à diminuer ces dernières années, ce qui illustre le succès des efforts que déploient les offices AI pour multiplier les formations effectuées au sein du marché ordinaire de l'emploi plutôt que dans un cadre protégé. C'est en effet grâce à un coaching ciblé qu'il est possible d'organiser intégralement ou en partie les formations sur le marché ordinaire de l'emploi, et l'approche dite « Supported Education » (offrant un accompagnement professionnel de la formation en emploi) est moins onéreuse.

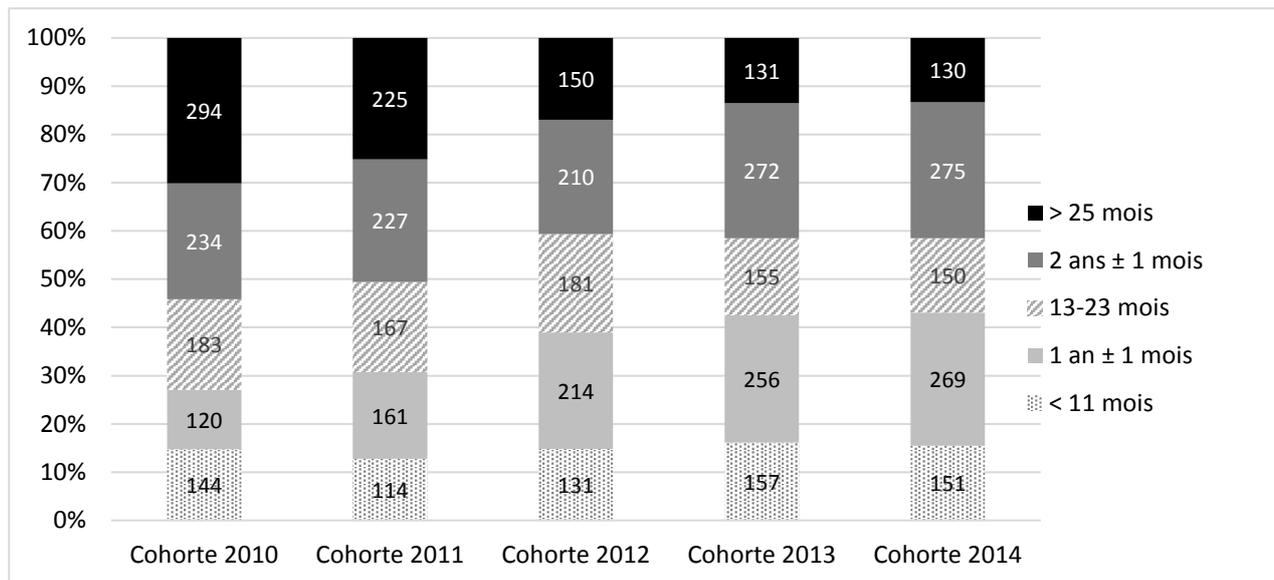
### 3.4 Durée des formations

L'association de branche INSOS publie chaque année le nombre de formations en cours sur l'année considérée. Ces chiffres se fondent sur une enquête menée auprès des organismes membres et sont – selon les propres indications d'INSOS – empreints d'un certain degré d'incertitude. Cette statistique établit une distinction entre apprenants en première et apprenants en deuxième année de formation. INSOS estime qu'à l'été 2011, presque 23 % des apprenants ont dû interrompre leur formation au bout de la première année, l'AI ne leur ayant pas octroyé la deuxième année. Selon l'association, cette part a augmenté à 37 % jusqu'à l'été 2014. INSOS a vu dans cette évolution l'expression de la nouvelle pratique plus restrictive mise en place par l'AI et initiée par la lettre circulaire AI n° 299.

Il s'agit donc d'évaluer l'impact concret qu'a eu cette lettre circulaire sur la durée des formations élémentaires AI et les FPra d'INSOS. Le graphique 7 montre la durée des formations élémentaires AI et des FPra d'INSOS par cohorte de formation sur la période 2010-2014. La lettre circulaire AI n° 299 est entrée en vigueur en mai 2011. L'OFAS compare donc la durée des formations des cohortes 2012, 2013 et 2014, soumises à la

pratique de ladite lettre circulaire, à celle des cohortes 2010 et 2011, dont l'octroi des formations n'était pas encore ou guère influencé par la lettre circulaire.

**Graphique 7 :** Durée de la formation des bénéficiaires d'une formation élémentaire AI/formation pratique INSOS, début de la formation 2010-2014



Source : OFAS

Le graphique montre dans un premier temps que le groupe des personnes s'étant vu octroyer une formation *d'un an* a augmenté de 12 % dans la cohorte 2010 à 24 % dans la cohorte 2012, puis à 28 % dans la cohorte 2014. Cette progression est sans aucun doute liée à l'introduction de la lettre circulaire, qui prévoyait d'accorder systématiquement une formation d'une durée d'un an aux jeunes, alors que l'octroi de la deuxième année de formation ne devait se faire que sous certaines conditions. On peut aussi supposer que la publication de la lettre circulaire a fait baisser le nombre de jeunes auxquels une formation de *deux ans* a été octroyée. Dans les faits, la formation a duré deux ans ou plus pour 54 % des jeunes de la cohorte 2010, tandis que la part de jeunes ayant suivi une formation de deux ans ou plus est restée stable à 41 % dans les cohortes 2012 à 2014. Conformément aux attentes, l'impact de la lettre circulaire est donc également décelable dans ce groupe et se concrétise par une diminution des formations d'une durée de deux ans.

On relèvera aussi la part des jeunes dont la formation facile d'accès s'est étendue sur plus de 25 mois. Si cette part était encore de 30 % pour la cohorte ayant commencé sa formation en 2010, elle a constamment diminué au cours des années suivantes pour s'établir à presque 15 % dans les cohortes 2013 et 2014. La prolongation des formations est essentiellement due à un changement d'orientation, c.-à-d. lorsqu'il est apparu en cours de formation que le choix professionnel n'était pas adéquat et que l'assuré a commencé une autre formation. Le fait que le nombre de formations excédant deux ans a récemment fortement diminué et que la part de jeunes ayant suivi des formations de durée régulière a augmenté indique une approche plus consciente des coûts dans l'organisation des formations faciles d'accès. Les choix professionnels font l'objet d'un examen plus poussé et les changements d'orientation sont donc moins fréquents. Les efforts entrepris par l'OFAS et les offices AI pour mieux cibler le conseil et l'accompagnement des jeunes dans le cadre des formations faciles d'accès en privilégiant l'orientation résultats ont sans doute également contribué à cette évolution.

Par ailleurs, force est de constater que la part des jeunes dont la formation s'achève avant la durée prévue (< 11 mois, 13-23 mois) est considérable. La part des jeunes ayant interrompu leur formation au cours de la première année se révèle relativement stable à environ 15 % dans l'ensemble des cinq cohortes. Cette proportion n'a donc pas changé après l'entrée en vigueur de la lettre circulaire AI n° 299 et ne semble pas dépendre du fait que la formation a été octroyée pour une ou deux années. La part des jeunes interrompant leur formation au cours de la deuxième année reste d'ailleurs aussi relativement stable : elle a diminué de 20 % dans la cohorte 2010 à 15 % dans celle de 2014. Cette réduction était prévisible, puisque le nombre potentiel d'apprenants avait légèrement reculé la deuxième année ayant suivi l'édiction de la lettre circulaire. L'expérience montre que parmi les motifs d'une interruption de la formation figurent une dégradation de l'état de santé, un choix d'orientation inadéquat ou encore des problèmes personnels.

Fait notable : avant même la publication de la lettre circulaire AI n° 299, la part des jeunes qui n'ont pas achevé une formation de deux ans atteignait 46 %, alors qu'il s'agissait à l'époque de la durée de formation usuellement octroyée. Nous partons par conséquent du principe que la lettre circulaire AI n'a pas eu d'impact direct sur le nombre d'interruptions de la formation au cours de la première ou de la seconde année.

### 3.5 Résumé

En résumé, l'orientation accrue de l'AI vers la réadaptation se reflète également dans les mesures de formation professionnelle initiale CFC et AFP, tant en ce qui concerne l'évolution du nombre de bénéficiaires que des coûts.

Sur le front des formations faciles d'accès, le nombre de participants reste relativement stable après un recul temporaire. Du point de vue de l'OFAS, la diminution du nombre de formations des années 2011 et 2012 n'a pas de lien direct avec la lettre circulaire AI n° 299. Les chiffres se sont en effet stabilisés au cours des deux années suivantes pour atteindre le même niveau qu'auparavant.

Conformément aux attentes, la lettre circulaire AI n° 299 a eu un impact direct sur la durée des formations élémentaires AI et des FPra d'INSOS. L'analyse montre qu'elle a entraîné un raccourcissement de la durée initialement prévue (de un ou deux ans) pour une telle formation dans environ 15 % des cas. Toutefois, la lettre circulaire n'a eu aucun impact sur le nombre de jeunes interrompant une formation facile d'accès.

La diminution du nombre de formations faciles d'accès de plus de deux ans indique une approche plus consciente des coûts des organismes de formation, ainsi qu'une orientation accrue des formations sur le marché ordinaire de l'emploi – ces deux évolutions étant conformes aux objectifs de l'OFAS.

## 4. Question de la conformité au droit

### 4.1 Avis de droit

En réponse au postulat Lohr, l'OFAS a chargé en juillet 2015 le professeur M. Hürzeler, docteur en droit, et Silvia Bucher, privat docent, docteur en droit, d'établir un avis de droit dans le but de clarifier si la lettre circulaire AI n° 299 relative à la formation professionnelle initiale disposait d'une base légale suffisante.

Dans leur avis du 14 septembre 2015, les experts concluaient que l'octroi d'une deuxième année de formation élémentaire AI ou de FPra d'INSOS ne pouvait pas être refusé en arguant l'absence d'impact sur la rente du futur revenu potentiel ou l'impossibilité d'une insertion sur le marché ordinaire de l'emploi. Leur conclusion était donc que la lettre circulaire AI n° 299 ne disposait pas d'une base légale suffisante.

### 4.2 Nouvel arrêt du Tribunal fédéral

Dans son jugement du 7 mai 2015 (720 14 278/113), le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne statuait que la pratique en relation avec la lettre circulaire AI n° 299 n'était pas conforme à différentes règles de droit, parmi lesquelles la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées et la Constitution fédérale, et qu'elle ne se fondait sur aucune base légale<sup>19</sup>. En octobre 2015, l'office AI de Bâle-Campagne a introduit un recours contre ce jugement auprès du Tribunal fédéral. L'OFAS a transmis l'avis de droit Hürzeler/Bucher au Tribunal fédéral et à toutes les parties concernées pour information.

Dans son arrêt<sup>20</sup> – où il prenait pour la première fois position en la matière –, le Tribunal fédéral a rejeté le recours en concluant que la lettre circulaire AI n° 299 était incompatible avec les art. 8 et 16, al. 2, let. a, LAI. Dans le cadre d'une formation élémentaire AI ou d'une formation pratique INSOS, l'octroi d'une deuxième année de formation ne peut pas être refusé au motif qu'il est probable que la formation ne débouche pas sur une activité lucrative ayant une incidence sur la rente, ou que l'on ne puisse pas en attendre une insertion sur le marché ordinaire de l'emploi. Le refus d'une deuxième année de formation au titre de la lettre circulaire AI n° 299 et sur la base de l'une ou l'autre de ces deux conditions est donc incompatible avec la réglementation en vigueur. Cette évaluation est identique à celle de l'avis de droit Hürzeler/Bucher.

<sup>19</sup> La décision a été notifiée par écrit à l'office AI de Bâle-Campagne le 9.10.2015.

<sup>20</sup> ATF 142 V 523

Quant à la question de savoir si des prestations pour une seconde année de formation doivent être octroyées, le Tribunal fédéral a précisé qu'elle dépend du fait de savoir si les conditions du droit (caractère nécessaire, approprié et adéquat) sont remplies dans chaque cas particulier. Une deuxième année de formation ne peut être refusée qu'en cas d'absence d'adéquation financière, lorsqu'il existe une disproportion évidente entre les coûts et l'utilité de la mesure. Toutefois, le fait qu'une seconde année de formation n'est pas nécessaire ne doit pas être admis à la légère.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs indiqué qu'aucun droit systématique à une formation professionnelle initiale de deux ans ne pouvait être déduit de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées, de la Constitution fédérale, de la loi sur l'égalité pour les handicapés ou de la LFPr.

### 4.3 Démarche de l'OFAS après la publication de l'arrêt du TF

Après la publication de l'arrêt du Tribunal fédéral, l'OFAS a aussitôt abrogé la lettre circulaire AI n° 299 avec effet immédiat et adapté en conséquence la circulaire concernant les mesures de réadaptation d'ordre professionnel. Dans un communiqué de presse, l'OFAS a informé les parties concernées de cette nouvelle évolution.

Un courrier a en outre été envoyé aux offices AI, les instruisant d'accorder à l'avenir systématiquement les formations élémentaires AI et les formations pratiques INSOS pour une durée de deux ans, dès lors que les conditions légales d'octroi sont remplies.

Le guide développé en tant qu'aide pratique demeure valable. Actuellement en cours de révision, il restera à la disposition des offices AI et des organismes de formation comme outil de travail pour l'évaluation de l'évolution des compétences clés au cours de la formation.

## 5. Conclusions

Dans le présent rapport, le Conseil fédéral donne suite aux postulats du conseiller national Lohr et de la conseillère nationale Bulliard-Marbach, et décrit la situation advenue après la publication du nouvel arrêt du Tribunal fédéral<sup>21</sup>.

Dans son message sur le « Développement continu de l'assurance-invalidité »<sup>22</sup>, le Conseil fédéral propose de mieux aider les adolescents et les jeunes adultes dans la transition de l'école vers la formation professionnelle initiale et celle de la formation professionnelle vers le marché de l'emploi, moyennant différentes mesures. Il propose notamment d'axer davantage les formations professionnelles initiales qui ne sont pas soumises à la LFPr sur les exigences liées à l'intégration sur le marché ordinaire de l'emploi et, dans la mesure du possible, de les effectuer au sein même de celui-ci. Le Conseil fédéral prévoit en outre la création d'une norme de délégation qui lui permette de fixer par voie d'ordonnance les conditions d'octroi relatives au type, à la durée et à l'ampleur de telles formations. À l'avenir, les formations pratiques seront octroyées pour la totalité de leur durée (soit en règle générale deux ans pour les formations pratiques INSOS), ce qui renforcera également la sécurité juridique. Le but de ces formations doit être d'encourager et d'exploiter le potentiel de développement individuel des jeunes. Dans ce cadre, l'objectif visant à leur permettre de réaliser un gain susceptible d'avoir une incidence sur le montant de la rente, ou d'exercer une activité lucrative sur le marché ordinaire de l'emploi, garde toute son importance, mais il ne doit plus être pris en considération dans la décision d'octroyer ces formations.

<sup>21</sup> ATF 142 V 523

<sup>22</sup> FF 2017 2535

## 6. Annexe I : Postulat 13.3615 Lohr

Déposé le 21 juin 2013 par Christian Lohr

### Conditions attachées à la formation élémentaire AI et à la formation pratique

#### *Texte déposé*

Le Conseil fédéral est chargé de soumettre au Parlement un rapport, étayé par une expertise juridique indépendante, qui déterminera si l'article 16 LAI fixe une base légale suffisante pour la circulaire AI no 299 concernant la formation professionnelle initiale. Il examinera en particulier si l'article 16 LAI permet de faire dépendre la formation élémentaire AI, plus précisément l'accès à une deuxième année de formation, des chances de l'intéressé d'obtenir à l'avenir un revenu susceptible d'avoir une incidence sur la rente ou d'exercer à l'avenir une activité lucrative sur le marché ordinaire de l'emploi.

#### *Développement*

La circulaire no 299 adoptée en mai 2011 a changé la pratique suivie jusqu'alors par l'OFAS concernant les formations élémentaires AI. La durée de ces formations est désormais fixée non plus à deux ans, mais à un an. La formation n'est prolongée d'une année supplémentaire que si l'intéressé a de bonnes chances de présenter par la suite une capacité de gain susceptible d'avoir une incidence sur la rente ou si l'on peut s'attendre à ce qu'il intègre le marché ordinaire de l'emploi. Or, l'article 16 alinéa 2 LAI dispose que la préparation "à une activité en atelier protégé" est "assimilée à la formation professionnelle initiale". Des jeunes en formation ont fait recours avec succès contre le refus de la deuxième année de formation. Le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich, qui a statué en l'espèce, a émis des doutes quant à la légalité de cette nouvelle pratique (jugement du 9 janvier 2013, IV.2012.00848). Mais comme l'office AI n'a pas contesté le jugement, cette question juridique ne sera pas examinée en temps requis par l'autorité de dernière instance.

## 7. Annexe II : Postulat 13.3626 Bulliard

Déposé le 21 juin 2013 par Christine Bulliard-Marbach

### **Formation élémentaire AI et formation pratique INSOS. Fournir des données transparentes**

#### *Texte déposé*

Le Conseil fédéral est chargé de présenter au Parlement un rapport indiquant l'évolution du nombre de jeunes auxquels l'assurance-invalidité a fait suivre une formation élémentaire ou une formation pratique INSOS (FPra) au cours des dix dernières années. Ce rapport présentera les données de façon transparente et indiquera comment on peut différencier dans les statistiques les formations élémentaires AI et les FPra des autres mesures de réadaptation professionnelle.

#### *Développement*

Depuis mai 2011, l'assurance-invalidité a changé sa pratique concernant les possibilités d'accès à la formation élémentaire AI (ou à la FPra). Les formations élémentaires AI sont dorénavant accordées pour un an. Elles ne peuvent être prolongées d'une année supplémentaire qu'à des conditions très strictes (perspectives de réduction de la rente ou d'intégration du marché ordinaire de l'emploi). L'association INSOS, qui établit une statistique des formations pratiques, a constaté une diminution sensible des contrats d'apprentissage entre 2010 et 2012. L'OFAS, par contre, fait état d'une augmentation des coûts dans ce segment de formation sans toutefois fournir d'indications quant au nombre de jeunes concernés. Le rapport devra faire la lumière sur ces contradictions (apparentes). Il indiquera si possible combien de jeunes suivent actuellement une formation élémentaire AI ou une FPra (en première ou en deuxième année) et comment ce chiffre a évolué par rapport aux années précédant 2010. Il examinera également les causes des augmentations de coûts constatées par l'OFAS et les facteurs qui ont (ou qui pourraient avoir) une incidence majeure sur l'évolution de ces coûts. Le but est d'établir de manière transparente quelles prestations l'AI fournit aux jeunes présentant des déficiences sérieuses et de déterminer dans quelle mesure ces prestations ont changé au cours des dernières années.

Annexe

Avis de droit relatif au postulat Lohr (13.3615 / art. 16 LAI)  
(seulement en allemand)

Rechtsgutachten

betreffend

**Postulat 13.3615 / Art. 16 IVG**

Referenznummer 164000078, VW-Nummer VW15\_0034; IA-Nummer 1631425

erstattet

dem Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV)  
Effingerstrasse 20  
3003 Bern

von

Prof. Dr. iur. Marc Hürzeler  
Schmid Hofer Rechtsanwälte  
Lange Gasse 90  
4052 Basel

sowie

PD Dr. iur. Silvia Bucher  
Anwaltsbüro Silvia Bucher  
Freiestrasse 196  
8032 Zürich

## 1. Einleitung

### 1.1 Fragen der Auftraggeberin

Ende Juli 2015 wurden die Unterzeichnenden vom BSV im Zusammenhang mit dem die Umsetzung von Art. 16 IVG betreffenden Postulat 13.3615, von Nationalrat Christian Lohr am 21. Juni 2013 eingereicht, mit der Erstattung eines Rechtsgutachtens zu folgenden Fragen beauftragt:

1. Bildet Art. 16 IVG in seiner aktuellen Fassung eine genügende gesetzliche Grundlage für die Umsetzung der im IV-Rundschreiben 299 formulierten Bedingungen für die Zusprache eines zweiten niederschweligen praktischen Ausbildungsjahres (ausserhalb des Berufsbildungsgesetzes)?
2. Ist die Umsetzung des IV-Rundschreibens 299 rechtskonform hinsichtlich Art. 16 IVG und im Sinne des Gesetzes?
3. Wenn nein, wie soll der Art. 16 IVG oder ein anderer Gesetzesartikel im IVG (z. B. Art. 8, 18, 18d oder 57 IVG) lauten, damit die allgemeine Ausrichtung der erstmaligen beruflichen Ausbildung auf den ersten Arbeitsmarkt und im Hinblick auf die Zusprache eines zweiten niederschweligen praktischen Ausbildungsjahres durchgesetzt werden kann?

### 1.2 IV-Rundschreiben Nr. 299

1.2.1 Der Inhalt des IV-Rundschreibens Nr. 299, auf welches sich der Gutachtensauftrag bezieht, lässt sich wie folgt umschreiben:

1.2.1.1 Für Leistungen unter dem Titel der erstmaligen beruflichen Ausbildung für IV-Anlehren/praktische Ausbildungen nach INSOS wird vorausgesetzt, dass nach Abschluss der Ausbildung ein Mindeststundenlohn von Fr. 2.55 erzielt werden kann (Abs. 3 des Rundschreibens).

1.2.1.2 IV-Anlehren inkl. praktische Ausbildungen nach INSOS, die in der Regel auf zwei Jahre angelegt sind, werden zunächst einheitlich für ein Jahr zugesprochen (Abs. 1 und 2 des Rundschreibens).

1.2.1.3 Leistungen für ein zweites Ausbildungsjahr setzen voraus, dass

- gute Aussichten auf eine künftige Erwerbsfähigkeit in rentenbeeinflussendem Ausmass bestehen

oder

- eine Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt erwartet werden kann, auch wenn diese vorerst noch nicht rentenbeeinflussend ist (Abs. 2 des Rundschreibens).
- 1.2.2 Begründet wird diese Regelung mit einem wirkungsorientierten Einsatz der finanziellen Mittel unter Hinweis darauf, dass in vielen Fällen nach Abschluss einer zweijährigen Ausbildung keine rentenbeeinflussende Eingliederung erreicht werden könne (Abs. 1 des Rundschreibens)<sup>1</sup>.
- 1.2.3 Mit den guten Aussichten auf eine künftige Erwerbstätigkeit in rentenbeeinflussendem Ausmass (1. Verlängerungsvariante) wird faktisch eine Tätigkeit im ersten Arbeitsmarkt verlangt; denn an einem so genannten geschützten Arbeitsplatz wird schwerlich ein rentenbeeinflussendes Einkommen erzielt werden können (in diesem Sinne auch Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kt. ZH IV.2012.00848 vom 9. Januar 2013 E. 2.1). Für dieses Verständnis spricht zudem, dass ein zweites Ausbildungsjahr auch übernommen werden kann, wenn eine Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt zwar erwartet werden kann, diese aber vorerst noch nicht rentenbeeinflussend ist (2. Verlängerungsvariante); dabei wird selbst für den ersten Arbeitsmarkt davon ausgegangen, dass ein dort erzielt Einkommen nicht in jedem Fall rentenbeeinflussend ist. Dass es beim allfälligen zweiten Ausbildungsjahr um die Integration in den ersten Arbeitsmarkt geht, wird bestätigt durch Ziff. 1.1 und 2.1 des von der IVSK und dem BSV herausgegebenen Leitfadens für die Beratung und Begleitung praktischer Ausbildungen von Jugendlichen<sup>2</sup>.
- 1.2.4 Im IV-Rundschreiben Nr. 299 – Rz. 3020 KSBE sieht übrigens für das zweite Ausbildungsjahr analoge Voraussetzungen vor – wird somit für das zweite Ausbildungsjahr prognostisch eine rentenbeeinflussende Erwerbstätigkeit in der freien Wirtschaft vorausgesetzt. Damit wird im Ergebnis ein zweites Ausbildungsjahr im Rahmen einer blossen Vorbereitung auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte verunmöglicht.
- 1.3 *Inhalt und Aufbau des Gutachtens*
- 1.3.1 Die Fragen 1 und 2 laufen beide auf die Frage der Gesetz- und Verordnungsmässigkeit des IV-Rundschreibens Nr. 299 hinaus, weshalb im ersten Teil (hinten Ziff. 2-4) des Gutachtens diese beiden Fragen gemeinsam geprüft werden.

<sup>1</sup> Vgl. auch PAOLINO Marcel, Wirkungsorientierte erstmalige berufliche Ausbildung, Soziale Sicherheit CHSS 2011 S. 264 f. (264).

<sup>2</sup> Empfehlungen der Arbeitsgruppe „Erstmalige berufliche Ausbildung“ IVSK – BSV 2015, <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/4360/lang:deu/category:52> (Website besucht am 28.8.15).

- 1.3.2 Materiell geht es in diesem ersten Teil nach dem vorne unter Ziff. 1.2.4 Gesagten um die Frage, ob Leistungen für ein zweites Ausbildungsjahr davon abhängig gemacht werden dürfen, dass dank der Ausbildung voraussichtlich eine rentenbeeinflussende Erwerbstätigkeit in der freien Wirtschaft erreicht werden kann. Dabei wird nach Ausführungen zum Gesetzes- und Verordnungstext (hinten Ziff. 2) auf verschiedene Aspekte des Verhältnismässigkeitsprinzips eingegangen (hinten Ziff. 3), bevor eine Zwischenbilanz gezogen wird (hinten Ziff. 4).
- 1.3.3 Im zweiten Teil des Gutachtens (hinten Ziff. 5) wird auf die Frage eingegangen, wie Art. 16 IVG oder ein anderer Gesetzesartikel des IVG zu formulieren wäre, damit die allgemeine Ausrichtung der erstmaligen beruflichen Ausbildung auf den ersten Arbeitsmarkt und im Hinblick auf die Zusprache eines zweiten niederschweligen praktischen Ausbildungsjahres durchgesetzt werden könnte. Hierzu wird in einem ersten Schritt (hinten Ziff. 5.1) eruiert, welche Gesetzesbestimmungen einer entsprechende Anpassung offen stünden, worauf in einem zweiten Schritt (hinten Ziff. 5.2) untersucht wird, welche Gesetzesänderungen angestrebt werden könnten. Den Abschluss bildet eine Zwischenbilanz über die möglichen Gesetzesanpassungen (hinten Ziff. 5.3).

## 2. **Gesetzes- und Verordnungstext**

### 2.1 *Art. 8 und 16 IVG sowie Art. 5 IVV*

- 2.1.1 Art. 16 IVG unterscheidet unter dem Titel der erstmaligen beruflichen Ausbildung (wenn man die hier nicht weiter interessierenden Formen der beruflichen Neuausbildung nach Art. 16 Abs. 2 lit. b und der beruflichen Weiterausbildung nach Art. 16 Abs. 2 lit. c IVG ausser Acht lässt) zwischen der erstmaligen beruflichen Ausbildung i. e. S<sup>3</sup> (Art. 16 Abs. 1 IVG) und der erstmaligen beruflichen Ausbildung gleich gestellten Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte (Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG). Die erstmalige berufliche Ausbildung i. e. S. umfasst insbesondere die zum eidgenössischen Fähigkeitszeugnis (Art. 17 Abs. 3 BBG) oder zum eidgenössischen Berufsattest (Art. 17 Abs. 2 BBG) führende berufliche Grundbildung nach dem BBG (vgl. Art. 5 Abs. 1 IVV). Die Gegenstand des hier interessierenden IV-Rundschreibens Nr. 299 bildenden – nicht dem BBG unterstehenden – IV-Anlehren und praktischen Ausbildungen nach INSOS (Pra) fallen demgegenüber unter den (auch in Art. 5 Abs. 1 IVV verwendeten) Begriff der Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Terminologie gemäss BUCHER Silvia, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Bern 2011, Rz. 608 mit Hinweisen.

<sup>4</sup> Vgl. Erläuterungen des BSV zur Änderung der IVV vom 19. September 2014, <http://www.bsv.admin.ch/themen/iv/00025/index.html?lang=de>.

2.1.2 Ein Anspruch auf Leistungen nach Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a IVG, bei denen es sich um eine Massnahme beruflicher Art handelt (Art. 8 Abs. 3 lit. b IVG), setzt nach der in Art. 8 IVG enthaltenen Grundsatzbestimmung über Eingliederungsmassnahmen insbesondere voraus, dass eine solche Eingliederungsmassnahme notwendig und geeignet ist, die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen<sup>5</sup>, wieder herzustellen, zu erhalten oder zu verbessern (Art. 8 Abs. 1 IVG; e contrario Art. 8 Abs. 2 und Abs. 2<sup>bis</sup> IVG).

## 2.2 *Keine ausdrückliche Regelung*

2.2.1 Gesetz und Verordnung regeln nicht ausdrücklich, wie lange eine unter Art. 16 IVG fallende Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstatt dauern darf.

2.2.2 Insbesondere lässt sich dem IVG und der IVV keine Vorschrift entnehmen, die Leistungen für ein zweites Ausbildungsjahr davon abhängig machen würde, dass aufgrund der Ausbildung voraussichtlich eine rentenbeeinflussende Erwerbstätigkeit in der freien Wirtschaft erreicht werden kann.

2.2.3 Aus dem Fehlen einer diesbezüglichen Regelung auf Gesetzes- und Verordnungsstufe allein folgt indessen noch nicht, dass die im IV-Rundschreiben Nr. 299 enthaltene Regelung mit den Gesetzes- und Verordnungsvorgaben nicht vereinbar wäre. Wie lange die Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstatt dauern darf und welchen Erfolg die Massnahme prognostisch bringen muss, sind Fragen der Angemessenheit, auf welche im Folgenden einzugehen ist.

## 3. **Verhältnismässigkeit**

### 3.1 *Frage der Angemessenheit*

3.1.1 Ob die Ausbildungsdauer auf ein Jahr beschränkt werden darf, wenn nicht mit einer rentenbeeinflussenden Erwerbstätigkeit in der freien Wirtschaft gerechnet werden kann, ist nicht eine Frage der in Art. 8 Abs. 1 lit. a IVG verlangten Notwendigkeit und Geeignetheit der Massnahme, die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, wieder herzustellen, zu erhalten oder zu verbessern, sondern eine Frage des Ausmasses, welches der positive Einfluss auf die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, annehmen muss, damit ein zweites Ausbildungsjahr zuzusprechen ist.

---

<sup>5</sup> Siehe zum Aspekt des Aufgabenbereichs hinten bei Fn. 19.

3.1.2 Dabei handelt es sich um eine Frage der Angemessenheit (Verhältnismässigkeit i. e. S.; die Eingliederungsmassnahme muss unter Berücksichtigung der gesamten tatsächlichen und rechtlichen Umstände des Einzelfalles in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Eingliederungsziel stehen), welche neben der Notwendigkeit (die Eingliederungsmassnahme muss für die Erreichung des gesetzlichen Eingliederungsziels notwendig und genügend sein) und der Geeignetheit (die Eingliederungsmassnahme muss sich zur Erreichung des gesetzlichen Eingliederungsziels eignen) den in Art. 8 Abs. 1 lit. a IVG nicht ausdrücklich erwähnten dritten Teilgehalt des Verhältnismässigkeitsprinzips darstellt und die vier Teilaspekte der sachlichen (siehe hinten Rz. 3.2.1), der (im vorliegenden Zusammenhang nicht näher interessierenden) zeitlichen, der (wirtschaftlich-) finanziellen (siehe hinten Rz. 3.3.1) und der (im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter interessierenden) persönlichen Angemessenheit umfasst<sup>6</sup>.

### 3.2 *Sachliche Angemessenheit*

3.2.1 Das Erfordernis der sachlichen Angemessenheit bedeutet, dass die Massnahme prognostisch ein bestimmtes Mass an Eingliederungswirksamkeit aufweisen muss, dass m. a. W. die zu erwartende Wirkung ein gewisses Mass an Erheblichkeit aufweisen muss, wobei das erforderliche Mass an Eingliederungswirksamkeit leistungsspezifisch unterschiedlich ist<sup>7</sup>.

3.2.2 Was die sachliche Angemessenheit im Rahmen von Art. 16 IVG im Besonderen betrifft, so muss unter dem Gesichtspunkt der Eingliederungswirksamkeit die versicherte Person durch die zur Diskussion stehende erstmalige berufliche Ausbildung voraussichtlich in die Lage versetzt werden, ein Erwerbseinkommen zu erzielen, welches mindestens einen (beachtlichen) Teil ihrer Unterhaltskosten deckt<sup>8</sup>. Dabei muss bei der hier interessierenden der erstmaligen beruflichen Ausbildung gleichgestellten Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte im Sinne einer nur minimalen Eingliederungswirksamkeit die angestrebte Tätigkeit wirtschaftlich verwertbar sein, was praxisgemäss voraussetzt, dass sie zu einem Leistungslohn von mindestens Fr. 2.55 pro Stunde führt<sup>9</sup>.

3.2.3 Diese im IV-Rundschreiben Nr. 299 vorgesehene allgemeine – schon für das erste Ausbildungsjahr geltende – Anspruchsvoraussetzung (vorne Ziff. 1.2.1.1) steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche von der Voraussetzung eines Minimallohns in

---

<sup>6</sup> Vgl. zu den verschiedenen Aspekten des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes BUCHER, a. a. O., Rz. 121, 123, 126 sowie 128; MEYER Ulrich/REICHMUTH Marco, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Zürich/Basel/Genf 2014, N 16, 17, 19 ff. sowie 25 zu Art. 8, und MURER Erwin, Invalidenversicherungsgesetz (Art. 1-27<sup>bis</sup> IVG), Bern 2014, N 42, 43 sowie 45 zu Art. 8, je mit Hinweisen.

<sup>7</sup> BUCHER, a. a. O., Rz. 129, MEYER/REICHMUTH, a. a. O., N 25 sowie 27 zu Art. 8, und MURER, a. a. O., N 57 sowie 59 zu Art. 8, je mit Hinweisen.

<sup>8</sup> BUCHER, a. a. O., Rz. 647 mit Hinweisen.

<sup>9</sup> BUCHER, a. a. O., Rz. 662 mit Hinweisen; Rz. 3013 i. V. m. Rz. 3010 KSBE.

dieser Grössenordnung ausgeht<sup>10</sup>, und ist daher auch als Voraussetzung für das zweite Ausbildungsjahr nicht zu beanstanden. Es sind hier somit nur diejenigen im Rundschreiben vorgesehenen Voraussetzungen für die Zusprechung eines zweiten Ausbildungsjahres, die über diesen Mindeststundenlohn hinausgehen, zu diskutieren, sodass sich die folgenden Ausführungen auf die Voraussetzung einer voraussichtlich rentenbeeinflussenden Erwerbstätigkeit in der freien Wirtschaft (vorne Ziff. 1.2.1.3 bis 1.2.4) beschränken können.

- 3.2.4 Der Umstand allein, dass in einem konkreten Fall prognostisch nicht von einer Tätigkeit in der freien Wirtschaft auszugehen ist, kann, solange – im Sinne einer hier genügenden nur minimalen Eingliederungswirksamkeit bzw. sachlichen Angemessenheit<sup>11</sup> – der erwähnte Mindeststundenlohn von Fr. 2.55 voraussichtlich erreicht wird, nicht zur Verneinung der sachlichen Angemessenheit führen, weil Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG die Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte als Eingliederungsziel anerkennt. Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG stellt die Vorbereitung auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte der erstmaligen beruflichen Ausbildung ausdrücklich gleich, wobei überdies Art. 5 Abs. 1 IVV die berufliche Vorbereitung auf die Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte der erstmaligen beruflichen Ausbildung zuordnet. Ob zur Erreichung des zulässigen Eingliederungsziels der Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte ein zweites Ausbildungsjahr, sofern notwendig und geeignet, zuzusprechen ist, ist primär (neben der zeitlichen Angemessenheit) eine Frage der finanziellen Angemessenheit, auf die hinten unter Ziff. 3.3 einzugehen ist.
- 3.2.5 Wenn die Nichterreichbarkeit einer Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt nicht schon zur Verneinung der sachlichen Angemessenheit führt, so muss Gleiches für die Nichterreichbarkeit eines rentenbeeinflussenden Einkommens gelten, da sich an einem geschützten Arbeitsplatz kaum je ein rentenbeeinflussendes Einkommen wird erzielen lassen (vgl. vorne Ziff. 1.2.3).
- 3.2.6 Dass es sich so verhält, lässt sich auch direkt aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ableiten. Aus dieser geht hervor, dass die Zusprechung einer Eingliederungsmassnahme jedenfalls grundsätzlich nicht voraussetzt, dass diese den für den Rentenanspruch massgebenden Invaliditätsgrad beeinflusst<sup>12</sup>. Insbesondere schliesst der voraussichtlich trotz der Massnahme bestehende Anspruch auf eine ganze Invalidenrente einen Anspruch auf berufliche Eingliederungsmassnahmen nicht von Vornherein aus<sup>13</sup>. Es ist in diesem Zusammenhang

---

<sup>10</sup> Vgl. Urteil I 84/01 vom 7. November 2001 E. 3a i. V. m. Rz. 3010 und 3013 der bis 31. Dezember 2002 gültigen Fassung des KSBE (Fr. 2.-) sowie Rz. 3010 und 3013 des KSBE in der heutigen Fassung (Fr. 2.55).

<sup>11</sup> Vgl. BUCHER, a. a. O., Rz. 662 mit Fn. 1931; MEYER/REICHMUTH, a. a. O., N 28 zu Art. 8 sowie N 21 zu Art. 16, und MURER, a. a. O., N 81 sowie 85 zu Art. 16.

<sup>12</sup> BGE 108 V 210 E. 1d S. 213; BUCHER, a. a. O., Rz. 130 mit Hinweisen; MEYER/REICHMUTH, a. a. O., N 29 zu Art. 8.

<sup>13</sup> Vgl. Urteil 9C\_457/2008 vom 3. Februar 2009 E. 3.2 (spezifisch im Zusammenhang mit einer erstmaligen beruflichen Ausbildung).

auch zu beachten, dass die für die hier interessierenden Massnahmen beruflicher Art einschlägigen Bestimmungen (Art. 8 und 15 ff. IVG) im Gegensatz zum medizinische Massnahmen betreffenden Art. 12 IVG, der verlangt, dass die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, wesentlich verbessert oder vor wesentlicher Beeinträchtigung bewahrt werden kann, bezüglich der sachlichen Eingliederungswirksamkeit kein Erheblichkeitserfordernis enthalten<sup>14</sup>.

- 3.2.7 Nachdem auch eine fehlende Rentenwirksamkeit des voraussichtlichen Erwerbseinkommens der Bejahung der sachlichen Angemessenheit nicht entgegen steht, ist auch die Frage, ob im Hinblick auf eine zwar den erwähnten Mindestleistungslohn von Fr. 2.55 pro Stunde ermöglichende, aber einen Anspruch auf eine ganze Rente nicht verhindernde Erwerbsfähigkeit ein zweites Ausbildungsjahr, sofern notwendig und geeignet, zuzusprechen ist, primär (neben der zeitlichen Angemessenheit) eine Frage der finanziellen Angemessenheit<sup>15</sup>, auf die sogleich hinten unter Ziff. 3.3 einzugehen ist.

### 3.3 *Finanzielle Angemessenheit*

- 3.3.1 Das Erfordernis der finanziellen Angemessenheit verlangt, dass der zu erwartende Erfolg (Nutzen) in einem vernünftigen Verhältnis zu den Kosten der konkreten Eingliederungsmassnahme steht<sup>16</sup>. Jedoch vermag nur ein grobes Missverhältnis zwischen den Kosten der Eingliederungsmassnahme einerseits und dem damit verfolgten Eingliederungszweck andererseits Unverhältnismässigkeit zu begründen; die Verhältnismässigkeit ist m. a. W. erst dann nicht mehr gegeben, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen den Kosten und dem voraussichtlichen Nutzen der Vorkehr besteht<sup>17</sup>.
- 3.3.2 Ein grobes bzw. krasses Missverhältnis zwischen Aufwand und Ertrag kann – gleich der Situation bezüglich der sachlichen Angemessenheit – selbstverständlich nicht schon deshalb angenommen werden, weil im konkreten Fall keine Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt und/oder keine Erwerbstätigkeit in rentenbeeinflussendem Ausmass zu erwarten ist. Sonst blieben die in Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG vorgesehenen Leistungen für die Vorbereitung auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte toter Buchstabe. Die zu beantwortende Frage geht denn auch nicht dahin, ob solche Leistungen überhaupt geschuldet sind, sondern bezieht sich nur auf das Problem des zweiten Ausbildungsjahres.

---

<sup>14</sup> Vgl. auch MEYER/REICHMUTH, a. a. O., N 28 zu Art. 8.

<sup>15</sup> Vgl. dazu, dass es sich um eine Frage der finanziellen Angemessenheit handelt, auch BGE 115 V 191 E. 5c S. 200 i. V. m. hinten Ziff. 3.3.1.

<sup>16</sup> BUCHER, a. a. O., Rz. 136, MEYER/REICHMUTH, a. a. O., N 32 zu Art. 8, und MURER, a. a. O., N 61 zu Art. 8, je mit Hinweisen.

<sup>17</sup> BUCHER, a. a. O., Rz. 137, MEYER/REICHMUTH, a. a. O., N 32 zu Art. 8, und MURER, a. a. O., N 61 zu Art. 8, je mit Hinweisen.

- 3.3.3 Unter dem Aspekt der finanziellen Angemessenheit ist die Frage zu prüfen, ob – was für einen Leistungsanspruch vorausgesetzt ist<sup>18</sup> – zwischen der Ausbildungsdauer und dem wirtschaftlichen Erfolg ein vernünftiges Verhältnis besteht. In Anbetracht dessen, dass nur ein grobes/krasses Missverhältnis zwischen Aufwand und Ertrag zu finanzieller Unangemessenheit führt (vorne Ziff. 3.3.1), ist genauer danach zu fragen, ob zwischen einer (für die Erreichung des Eingliederungsziels erforderlichen und geeigneten) zweijährigen Ausbildungsdauer und dem mit dem Eingliederungsziel verbundenen wirtschaftlichen Nutzen ein grobes/krasses Missverhältnis besteht, wenn lediglich eine zwar den Mindestleistungslohn von Fr. 2.55 pro Stunde erreichende, aber nicht rentenbeeinflussende Erwerbstätigkeit (sei es in der freien Wirtschaft oder in einer geschützten Werkstätte) ermöglicht werden soll bzw. kann. Bejaht man diese Frage, schliesst man zugleich für zweijährige Ausbildungen dieses Ausbildungsziel, insbesondere das Ausbildungsziel der Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte, aus.
- 3.3.4 Dass gemäss IV-Rundschreiben Nr. 299 im Ergebnis ein zweites Ausbildungsjahr im Rahmen einer blossen Vorbereitung auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte von vornherein ausgeschlossen sein soll, widerspricht jedoch der gesetzlichen Grundidee der Gleichstellung (vgl. vorne Ziff. 3.2.4) der Vorbereitung auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte mit der eigentlichen erstmaligen beruflichen Ausbildung. Diese gesetzlich gewollte Gleichstellung verbietet es, just das Kriterium, ob eine Tätigkeit im ersten Arbeitsmarkt oder aber eine solche in einer geschützten Werkstätte zu erwarten ist, als Unterscheidungskriterium – und damit auch als Kriterium für die Bejahung oder Verneinung der finanziellen Angemessenheit – zu verwenden. Dies gilt umso mehr, als gemäss Verwaltungspraxis und wohl herrschender Lehre nicht nur die Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sondern auch die Tätigkeit im eigenen Haushalt oder in einem anderen Aufgabenbereich – mithin eine unbezahlte Tätigkeit – ein berufliches Ausbildungsziel im Rahmen der erstmaligen beruflichen Ausbildung bildet<sup>19</sup>.
- 3.3.5 Der Umfang der Ausbildungsmassnahmen – und damit die Dauer der Ausbildung – bestimmt sich somit nicht nach dem Kriterium des Eingliederungsziels – rentenbeeinflussende Erwerbstätigkeit (in der freien Wirtschaft) oder nicht –, sondern nach der allgemeinen Regel zur Bestimmung des Umfangs einer Massnahme der erstmaligen beruflichen Ausbildung. Danach hat die betroffene Person Anspruch auf Beiträge an die gesamte Ausbildung, die unter den konkreten Umständen des Einzelfalls, zu denen auch die von Person zu Person unterschiedliche subjektive und objektive Eingliederungsfähigkeit (Gesundheitszustand, Leistungsvermö-

---

<sup>18</sup> ZAK 1972 S. 56 E. 2 (S. 58); MURER, a. a. O., N 79 zu Art. 16; PAOLINO, a. a. O., S. 264; VALTERIO Michel, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 1649.

<sup>19</sup> Vgl. Rz. 3002 KSBE; MURER, a. a. O., N 25 zu Art. 16; VALTERIO, a. a. O., Rz. 1636.

gen, Bildungsfähigkeit, Motivation usw.) gehört, zur Erreichung des Eingliederungsziels erforderlich ist<sup>20</sup>. Das zu erreichende Eingliederungsziel kann nach dem Gesagten, da das Eingliederungsziel nicht als Unterscheidungskriterium verwendet werden darf, sowohl eine Tätigkeit im ersten Arbeitsmarkt als auch eine solche in einer geschützten Werkstatt sein.

- 3.3.6 Ein Anspruch auf hier interessierende Leistungen nach Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG für eine zweijährige Vorbereitungszeit scheidet somit auch bei einer zu erwartenden nicht rentenbeeinflussenden Erwerbstätigkeit (im ersten Arbeitsmarkt oder in einer geschützten Werkstatt), die den Mindestleistungslohn von Fr. 2.55 pro Stunde zu erreichen verspricht (ansonsten es schon an der sachlichen Angemessenheit fehlen würde [vorne Ziff. 3.2.2]), nicht generell, sondern (unter Vorbehalt auch der zeitlichen Angemessenheit) nur dann aus, wenn im Einzelfall (vgl. vorne Ziff. 3.1.2) die Kosten einer solchen zweijährigen Ausbildung in einem groben/krassen Missverhältnis stehen zu deren wirtschaftlichem Erfolg. Nur diesfalls fehlt es an der finanziellen Angemessenheit (vorne Ziff. 3.3.1).
- 3.3.7 Die gebotene Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls wird wohl jedenfalls sehr oft kein solches Missverhältnis ergeben, weil bei den hier betroffenen Jugendlichen zwar nur bescheidene und nicht rentenausschliessende Verdienstaussichten hingegen einer in der Regel sehr langen Erwerbsdauer gegenüber stehen. Insofern gleicht eine grosse zeitliche Eingliederungswirksamkeit – gemäss Art. 8 Abs. 1<sup>bis</sup> Satz 2 IVG ist bei der Festlegung der Massnahmen die gesamte noch zu erwartende Dauer des Erwerbslebens zu berücksichtigen – eine relativ geringe sachliche Eingliederungswirksamkeit aus und verhindert so ein grobes/krasses Kosten-/Nutzen-Missverhältnis<sup>21</sup>. Auch bei durch eine zwei- statt nur einjährige Massnahme in nur relativ bescheidenem Rahmen ermöglichtem oder erhöhtem eigenem Jahreserwerbseinkommen steht der betroffenen Person beim Mindeststundenlohn von Fr. 2.55 über die Jahre bzw. Jahrzehnte ein um einiges grösserer Betrag zur Verfügung – bzw. es müssen gegebenenfalls jahre- bzw. jahrzehntelang entsprechend weniger Ergänzungsleistungen ausgerichtet werden – als ohne die Massnahme.
- 3.3.8 Dass das Erfordernis der finanziellen Angemessenheit durchaus auch für eine zweijährige Vorbereitung auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstatt erfüllt sein kann, wird bestätigt durch das Urteil I 170/76 vom 15. Dezember 1976<sup>22</sup> mit folgendem Inhalt:

Bei einer versicherten Person, die nie in der offenen Wirtschaft würde eingesetzt werden können (E. B), lehnte die Verwaltung die Verlängerung der für ein halbes Jahr zugesprochenen

<sup>20</sup> Urteile 9C\_457/2008 vom 3. Februar 2009 E. 2.1, I 529/01 vom 19. März 2002 E. 1a und I 618/99 vom 1. Februar 2000 E. 1a; BUCHER, a. a. O., Rz. 653.

<sup>21</sup> Vgl. auch MURER, a. a. O., N 47 zu Art. 8 IVG, wonach die zeitliche Angemessenheit insofern mit der Wirksamkeit verbunden ist, als man sagen kann, dass die Massnahme umso eingliederungswirksamer ist, je länger die noch bevorstehende Aktivitätsdauer ist.

<sup>22</sup> Dieses Urteil wird zitiert in MURER, a. a. O., N 87 zu Art. 16, und MEYER/REICHMUTH, a. a. O., N 20 zu Art. 16.

Massnahme nach Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG auf zwei Jahre ab (E. A und B). Das kantonale Gericht hiess die dagegen erhobene Beschwerde gut (E. C), wogegen die Verwaltung Verwaltungsgerichtsbeschwerde führte (E. E). Das Bundesgericht wies darauf hin, dass die Vorbereitung die versicherte Person instand setzen müsse, durch Arbeit in einer geschützten Werkstätte ganz oder teilweise ihren Lebensunterhalt zu verdienen, und dass die Dauer der Vorbereitung in einem vernünftigen Verhältnis zum praktischen Erfolg, den man sich von ihr verspreche, stehen müsse (E. 1). Es wies die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab, bejahte somit einen Anspruch auf die zur Diskussion stehende zweijährige Ausbildung (E. 2 i. V. m. E. A und B; Dispositiv-Ziff. I) und damit auch das die finanzielle Angemessenheit betreffende (vgl. vorne Ziff. 3.3.3) vernünftige Verhältnis zwischen Ausbildungsdauer und finanziellem Erfolg.

#### 4. **Zwischenbilanz (Fragen 1 und 2)**

##### 4.1 *Zusammenfassung*

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass Leistungen für ein zweites Ausbildungsjahr nach Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG (IV-Anlehren, praktische Ausbildungen nach INSOS) nicht – weder unter dem Gesichtspunkt der sachlichen noch unter jenem der finanziellen Angemessenheit – mit der Begründung, es fehle an einer Rentenwirksamkeit des zu erwartenden Erwerbseinkommens und/oder es sei nicht mit einer Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt zu rechnen, von Vornherein verweigert werden dürfen. Vielmehr hat nach der durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung konkretisierten gesetzlichen Regelung bezüglich der Frage, ob Leistungen nur für ein oder aber für zwei Ausbildungsjahre zuzusprechen sind, jeweils eine von den konkreten Umständen des Einzelfalls ausgehende Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen stattzufinden. Ein den übrigen Aspekten des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, insbesondere der Notwendigkeit, der Geeignetheit und der sachlichen Angemessenheit – voraussetzliches Erreichen eines der Leistung entsprechenden Stundenlohnes von mindestens Fr. 2.55 –, genügendes zweites Ausbildungsjahr darf nur dann infolge Fehlens der finanziellen Angemessenheit verweigert werden, wenn im Einzelfall zwischen Kosten und Nutzen der Massnahme ein grobes/krasses Missverhältnis besteht.

##### 4.2 *Unvereinbarkeit der im IV-Rundschreiben Nr. 299 formulierten Voraussetzungen für ein zweites Ausbildungsjahr mit der gesetzlichen Regelung*

Demzufolge erachten die Unterzeichnenden das IV-Rundschreiben Nr. 299, soweit es für ein zweites Ausbildungsjahr prognostisch eine Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt bzw. eine Erwerbsfähigkeit in rentenbeeinflussendem Ausmass verlangt, als mit der durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung konkretisierten gesetzlichen Regelung nicht vereinbar.

## 5. Mögliche andere Formulierungen des Gesetzes (Frage 3)

- 5.1 Der Anspruch auf die vorliegend interessierende Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstatt, welche der erstmaligen beruflichen Ausbildung de lege lata gleichgestellt ist, findet seine gesetzliche Grundlage in Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG sowie in den allgemeinen Voraussetzungen für Eingliederungsmassnahmen, welche in Art. 8 IVG definiert sind. Eine Konkretisierung der Art und des Umfanges der Leistungen findet sich in Art. 5 IVV, dessen gesetzliche Grundlage Art. 16 IVG bildet und der wiederum eine Gleichstellung der Vorbereitung auf eine Hilfstätigkeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstatt mit der erstmaligen beruflichen Ausbildung vollzieht. Über diese Normen hinaus sind den Unterzeichnenden keine Bestimmungen ersichtlich, welche einer Änderung zugänglich wären, um die allgemeine Ausrichtung der erstmaligen beruflichen Ausbildung auf den ersten Arbeitsmarkt und die Intention des IV-Rundschreibens Nr. 299 im Hinblick auf die Zuspache eines zweiten niederschweligen praktischen Ausbildungsjahres gesetzeskonform durchzusetzen. Insbesondere eine entsprechende Neuregelung in Art. 57 IVG, welcher die Aufgaben der IV-Stellen und mithin nicht die materiellen Anspruchsvoraussetzungen für die einzelnen Eingliederungsmassnahmen zum Gegenstand hat, erscheint den Unterzeichnenden als nicht zweckmässig.
- 5.2 Die möglichen Formulierungen, welche in das Gesetz aufgenommen werden könnten, um dem Anliegen des IV-Rundschreibens Nr. 299 nachzukommen, sollen daher nachfolgend unter dem Blickwinkel von Art. 8 IVG einerseits und Art. 16 IVG andererseits geprüft werden:
- 5.2.1 Art. 8 Abs. 1 IVG, welcher auch für den Anspruch auf Leistungen nach Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a IVG massgebend ist, besagt, dass die invalide oder von einer Invalidität bedrohte versicherte Person Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen hat, soweit (a) diese notwendig und geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, wieder herzustellen, zu erhalten oder zu verbessern; und (b) die Voraussetzungen für den Anspruch auf die einzelnen Massnahmen erfüllt sind.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung sieht unter dem Régime von Art. 8 Abs. 1 IVG ausdrücklich von der Voraussetzung ab, dass die Eingliederungsmassnahme eine rentenrelevante Änderung des Invaliditätsgrades bewirken müsste<sup>23</sup>. Um die Umsetzung des IV-Rundschreibens Nr. 299 auf eine eindeutige gesetzliche Grundlage zu stellen, könnte Art. 8 Abs. 1 IVG insbesondere wie folgt ergänzt werden:

---

<sup>23</sup> Vgl. BGE 108 V 210 E. 1d S. 213; vorne Ziff. 3.2.6.

„Invalide oder von einer Invalidität (Art. 8 ATSG) bedrohte Versicherte haben Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen, soweit:

- a. diese notwendig und geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, in rentenbeeinflussendem Ausmass wieder herzustellen, zu erhalten oder zu verbessern; und
- b. die Voraussetzungen für den Anspruch auf die einzelnen Massnahmen erfüllt sind.“

Diese Ergänzung von Art. 8 Abs. 1 IVG brächte jedoch mit sich, dass die Voraussetzung einer rentenbeeinflussenden Veränderung des Invaliditätsgrades für sämtliche Eingliederungsmassnahmen, für welche nicht ausdrücklich eine Ausnahme von diesem Grundsatz vorgesehen wäre, gelten würde. Eine solche Regelung dürfte daher unerwünscht sein. Zudem wäre zu beachten, dass diese Lösung insoweit über die im IV-Rundschreiben Nr. 299 enthaltene Intention hinausginge, als auch der Anspruch auf das erste Ausbildungsjahr von einer rentenbeeinflussenden Veränderung des Invaliditätsgrades abhängig gemacht würde und der Ausweichtatbestand, wonach bei einer Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt, auch wenn diese vorerst noch nicht rentenbeeinflussend wirkt, eine Zusprache des zweiten Ausbildungsjahres möglich ist, aufgehoben würde. Schliesslich wäre zu bedenken, dass einer entsprechenden Änderung weiterhin Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG entgegenstünde, welcher die Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstatt ausdrücklich der erstmaligen beruflichen Ausbildung gleichsetzt. Diese Norm könnte insofern als *lex specialis* zu Art. 8 Abs. 1 IVG verstanden werden und diesen mithin – trotz der allgemeinen einschränkenden Formulierung – derogieren.

Insgesamt erwiese sich daher nach Auffassung der Unterzeichnenden eine Änderung von Art. 8 Abs. 1 IVG als nicht zweckmässig und sollte daher nicht weiterverfolgt werden.

5.2.2 Im Weiteren käme eine Anpassung von Art. 16 IVG in Frage. Im Gegensatz zu einer Änderung von Art. 8 Abs. 1 IVG genösse diese Variante den Vorteil, dass die Änderung spezifisch auf die in Frage stehende erstmalige berufliche Ausbildung ausgerichtet werden könnte. Denkbar wären mehrere Varianten der Gesetzesanpassung.

5.2.2.1 Eine erste Variante bestünde darin, Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG aufzuheben. Damit würde erreicht, dass die erstmalige berufliche Ausbildung nicht mehr auf Tätigkeiten ausserhalb des ersten Arbeitsmarktes ausgedehnt würde. Diese Lösung ginge jedoch über die Intention des IV-Rundschreibens Nr. 299 hinaus, welches ein erstes Ausbildungsjahr auch für solche Tätigkeiten vorsieht.

5.2.2.2 Eine zweite Variante läge in der Konkretisierung bzw. Ergänzung von Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG, wobei zwei Untervarianten denkbar sind:

a) Ergänzung durch den konkreten Inhalt des IV-Rundschreibens Nr. 299

Demnach könnte Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG wie folgt ergänzt werden:

„[...] die Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte für die Dauer eines Jahres. Die Verlängerung der Massnahme um ein zweites Jahr setzt die Aussicht auf eine Verbesserung der Erwerbsfähigkeit in rentenbeeinflussendem Masse oder auf die Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt voraus.“

b) Ergänzung durch eine Verordnungskompetenz des Bundesrates

Demnach könnte Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG wie folgt ergänzt werden:

„[...] die Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte. Der Bundesrat umschreibt die von der Versicherung zu gewährenden Massnahmen nach Art, Dauer und Umfang näher.“

Auf Verordnungsebene – sinnvoll wäre z.B. die Schaffung eines neuen Art. 5<sup>ter</sup> IVV – könnte alsdann entweder unmittelbar die Konkretisierung im Sinne des IV-Rundschreibens Nr. 299 vollzogen werden oder aber, im Sinne einer erhöhten Flexibilität, dem EDI (vgl. Art. 48 RVOG) die Kompetenz eingeräumt werden, die Leistungen der Versicherung nach Art, Dauer und Umfang näher zu bezeichnen und – im Vergleich zu den Massnahmen der erstmaligen beruflichen Ausbildung i. e. S. – einzuschränken.

c) Beurteilung der beiden Untervarianten

Die vorgenannte Untervariante a) geniesst den Vorteil, eine ausdrückliche und unmittelbare gesetzliche Grundlage zu schaffen. Sie könnte insofern als vorteilhaft hinsichtlich der Schaffung von Rechtssicherheit erachtet werden. Umgekehrt wäre damit auch der Nachteil einer verminderten Flexibilität verbunden.

Die vorgenannte Untervariante b) kann für sich den Vorteil der erhöhten Flexibilität in Anspruch nehmen. Nachteilig könnte hingegen sein, dass die Einhaltung der gewährten Delegationskompetenz in Frage gestellt werden könnte. Insofern könnte es ggf. sinnvoll sein, die

Kompetenz des Bundesrates bereits im Gesetzestext weit zu fassen, z.B. durch folgende Formulierung:

„[...] die Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte. Der Bundesrat umschreibt die von der Versicherung zu gewährenden Massnahmen nach Art, Dauer und Umfang sowie deren Voraussetzungen näher.“

Oder konkreter:

„[...] die Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte. Der Bundesrat umschreibt die von der Versicherung zu gewährenden Massnahmen nach Art, Dauer und Umfang näher. Er kann die von der Versicherung zu gewährenden Massnahmen an strengere Voraussetzungen knüpfen als für die berufliche Grundbildung nach dem Berufsbildungsgesetz.“

Zu bedenken ist indessen, dass sehr weit gehaltene Delegationsnormen verfassungsrechtlich bedenklich (wenn auch wegen Art. 190 BV vom Bundesgericht nicht sanktionierbar<sup>24</sup>) sind, weil nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Gesetzesdelegation (vgl. für die Gesetzesdelegation auf Bundesebene Art. 164 Abs. 2 BV) die Grundzüge der Regelung im Gesetz selbst enthalten sein müssen<sup>25</sup>.

### 5.3 Zwischenbilanz

Für die allfällige Umsetzung der Intention des IV-Rundschreibens Nr. 299 empfiehlt sich eine Gesetzesänderung und Neuformulierung von Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG. Von einer Ergänzung des Art. 8 IVG ist aufgrund der weitgehenden Auswirkungen auch auf die Anspruchsvoraussetzungen der übrigen Eingliederungsmassnahmen eher abzusehen.

Die Neuformulierung von Art. 16 Abs. 2 lit. a IVG kann entweder in Form einer konkreten und unmittelbaren gesetzlichen Regelung oder in Form einer Delegationsnorm an den Verordnungsgeber (deren Ausgestaltung verfassungsrechtlich sorgfältig zu prüfen wäre) ausgestattet werden. Beide Varianten weisen spezifische Vor- und Nachteile auf, die gegeneinander abzuwägen sind.

<sup>24</sup> Z. B. zur BGE-Publikation vorgesehenes Urteil 8C\_611/2014 vom 6. Juli 2015 E. 8.3.

<sup>25</sup> Vgl. z. B. BGE 134 I 322 E. 2.4 S. 327; TSCHANNEN Pierre, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014 sowie Zürich/Basel/Genf 2014, N 35 zu Art. 164.

## 6. Schlussfolgerungen (Beantwortung der Fragen)

### 6.1 Antwort auf Frage 1

Nein.

### 6.2 Antwort auf Frage 2

Nein.

### 6.3 Antwort auf Frage 3

Variante 1:

neuArt. 16 Abs. 2 lit. a IVG:

„[...] die Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte für die Dauer eines Jahres. Die Verlängerung der Massnahme um ein zweites Jahr setzt die Aussicht auf eine Verbesserung der Erwerbsfähigkeit in rentenbeeinflussendem Masse oder auf die Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt voraus.“

Variante 2:

neuArt. 16 Abs. 2 lit. a IVG:

„[...] die Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte. Der Bundesrat umschreibt die von der Versicherung zu gewährenden Massnahmen nach Art, Dauer und Umfang sowie deren Voraussetzungen näher.“

Variante 3:

neuArt. 16 Abs. 2 lit. a IVG:

„[...] die Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte. Der Bundesrat umschreibt die von der Versicherung zu gewährenden Massnahmen nach Art, Dauer und Umfang näher. Er kann die von der Versicherung zu gewährenden Massnahmen an strengere Voraussetzungen knüpfen als für die berufliche Grundbildung nach dem Berufsbildungsgesetz.“

Basel/Zürich, 14. September 2015

Marc Hürzeler

Silvia Bucher