

CALCUL DU DEGRÉ D'INVALIDITÉ : LE TRIBUNAL FÉDÉRAL RENVOIE LA QUESTION AU LÉGISLATEUR

Analyse de l'arrêt 8C_256/2021 du 9 mars 2022 (all. / destiné à publication)

Par Paola Stanić, juriste à l'ARTIAS

7 avril 2022

Le Tribunal fédéral a récemment publié la motivation d'un arrêt très attendu portant sur le calcul du degré d'invalidité, qui a fait l'objet d'une délibération publique le 9 mars 2022.

Nous traduisons ci-après de larges extraits de cet arrêt et en rappelons ensuite les enjeux.

Les faits

Monsieur A., né en 1964, a demandé une première fois le 11 décembre 2001 des prestations de l'assurance-invalidité, à la suite d'une luxation de l'épaule. Il a perçu (rétroactivement) une rente entière de l'AI du 1er novembre 2002 au 31 octobre 2003.

Le 25 juin 2012, Monsieur A. demande à nouveau des prestations de l'assurance-invalidité en raison d'une détérioration de son état de santé. L'Office AI procède à l'instruction. Par décision du 8 avril 2014, un quart de rente est alloué à l'assuré. Puis, en mai de la même année, l'office AI rend une nouvelle décision qui annule rétroactivement la rente, décision confirmée en dernière instance par le jugement du Tribunal fédéral 8C_406/2015 du 31 août 2015.

Pendant la procédure, Monsieur A. avait déposé une demande de mesures d'ordre professionnel.

Le 22 février 2016, le recourant dépose une nouvelle demande de rente AI en raison d'une détérioration de son état de santé (opérations à l'épaule, à la colonne vertébrale, crises de panique et dépression). L'Office AI procède à une évaluation médicale, demande une expertise interdisciplinaire et alloue, par décision du 1er septembre 2018, un quart de rente à l'assuré. Ce dernier forme un recours contre cette décision, partiellement admis par le tribunal cantonal. Monsieur A. fait recours ensuite auprès du Tribunal fédéral et demande une rente entière, respectivement trois-quarts de rente de décembre 2017 à novembre 2018, puis une demi-rente à partir de cette date.

Le Tribunal fédéral demande à l'Office fédéral des assurances sociales de prendre position sur l'avis de droit présenté le 14 juin au symposium de Weissenstein, intitulé "Faits ou fiction ? La question de l'accès équitable à des prestations de l'assurance-invalidité¹". La partie recourante envoie également au Tribunal fédéral le pré-tirage de la publication parue dans la Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle de la Prof. Gabriela Riemer-Kafka et du Dr. Urban Schwegler portant sur des barèmes de salaires après invalidité plus conformes à la réalité².

¹ Traduction libre du titre "Fakten oder Fiktion? Die Frage des fairen Zugangs zu Invalidenleistungen", disponible en allemand à l'adresse suivante: <https://www.wesym.ch/de/home>

² Riemer-Kafka, Gabriela; Schwegler, Urban: Der Weg zu einem invaliditätskonformerem Tabellenlohn. In: RSAS 6 (2021), p.287ss

La question

La question posée au Tribunal fédéral est de savoir s'il est contraire au droit d'allouer un quart de rente et non une demi-rente, comme le demande l'assuré.

Le calcul du degré d'invalidité est effectué par comparaison du revenu réalisé par l'assuré avant la survenance de l'invalidité avec un revenu après invalidité hypothétique, estimé à partir des barèmes de l'enquête suisse sur les salaires de l'Office fédéral de la statistique³ (ESS) – le taux d'invalidité résulte de la différence entre ces revenus.

Conformément à cette méthode, le tribunal cantonal est parvenu à un taux d'invalidité de 37% à partir d'août 2018 en tenant notamment compte d'un abattement sur le salaire statistique en raison d'une atteinte à la santé de 10%. En raison de la jurisprudence claire du Tribunal fédéral, le tribunal cantonal a également refusé de souscrire au changement de base de calcul demandé lors du symposium de Weissenstein et d'estimer le salaire hypothétique après invalidité en se basant sur le quartile le plus bas de l'ESS au lieu du salaire médian.

Le recourant estime au contraire que la détermination du salaire après invalidité au moyen de la valeur médiane des barèmes de l'enquête sur la structure des salaires (ESS) est erronée et discrimine les personnes handicapées. En effet, en parvenant systématiquement à des revenus après invalidité trop élevés par rapport à la réalité du marché du travail, cette méthode empêche un accès équitable aux prestations de l'assurance-invalidité. La prise en compte d'un abattement sur le salaire statistique n'efface pas la discrimination, en particulier dans le cas d'espèce, ou celui-ci ne s'élève qu'à 10%. En revanche, l'assuré aurait droit à une demi-rente avec une estimation du taux d'invalidité conforme aux recommandations exprimées lors du symposium de Weissenstein et par de nombreuses prises de position de professeur-e-s de droit.

L'appréciation du Tribunal fédéral

La Haute cour rappelle que la méthode de comparaison des revenus se base en premier lieu sur les salaires réels avant et après la survenance de l'invalidité. En cas d'absence de revenu après invalidité, l'office AI peut, conformément à la jurisprudence, procéder à une estimation de ce dernier, basée sur les barèmes de l'enquête sur la structure des salaires. Le salaire médian correspondant au secteur d'activité de l'assuré en constitue la valeur de départ.

Cette valeur peut être diminuée, tant en raison de l'état de santé qu'à cause d'autres paramètres, comme l'âge de l'assuré ou son permis de séjour. Cette déduction, qui ne peut pas excéder 25% de la valeur de départ, n'est pas automatique. Une réduction supplémentaire peut être allouée lorsque le salaire de l'assuré, alors qu'il était en bonne santé, était plus bas que la moyenne en raison par exemple d'un manque de scolarisation ou de formation professionnelle. Cette réduction apparaît aussi bien dans le salaire avant la survenance de l'invalidité que dans le salaire après invalidité (mise en parallèle des revenus). L'application correcte des barèmes de l'enquête sur la structure des salaires est une question de droit, que le Tribunal fédéral examine avec une cognition pleine et entière. En revanche, la hauteur de l'abattement est une question d'appréciation qui ne peut être corrigée, en dernière instance, qu'en raison de dépassement des limites du pouvoir d'appréciation, d'abus, ou d'insuffisance de l'exercice du pouvoir d'appréciation.

³ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/enquetes/lse.html>

Les conditions d'un revirement de jurisprudence

Le changement de jurisprudence doit pouvoir s'appuyer sur des raisons objectives sérieuses, qui doivent être d'autant plus importantes - notamment au regard de l'exigence de sécurité du droit - que l'application du droit reconnue comme erronée ou obsolète, a été considérée comme correcte pendant longtemps. Un changement de pratique ne peut en principe être justifié que si la nouvelle solution correspond à une meilleure connaissance du but de la loi, à une modification des circonstances extérieures ou à une évolution des conceptions juridiques.

Les thèses et les propositions des expertes et des experts

Le recourant estime que les « raisons objectives sérieuses » sont démontrées par :

- L'étude réalisée par le bureau BASS sur mandat de l'assurance de protection juridique Coop concernant la détermination du degré d'invalidité au moyen des barèmes de l'enquête suisse des salaires de février 2021⁴ (ci-après : étude BASS),
- L'avis de droit réalisé par le Professeur Thomas Gächter concernant les problèmes fondamentaux du calcul du degré d'invalidité dans l'assurance-invalidité, du 22 janvier 2021⁵ (ci-après : avis de droit)
- Les conclusions tirées de ce dernier, dans la publication « Faits ou fiction ? Conclusions tirées de l'avis de droit sur les problèmes fondamentaux du calcul du degré d'invalidité dans l'assurance-invalidité, du 27 janvier 2021⁶ » (ci-après : conclusions de l'avis de droit).

Les résultats de ces recherches récentes démontrent que l'utilisation de la valeur médiane des barèmes de l'enquête suisse des salaires empêche l'accès équitable à des prestations de l'assurance-invalidité et que la pratique des tribunaux désavantage systématiquement les personnes en situation de handicap et se révèle par conséquent discriminatoire.

En effet, l'étude BASS démontre que les personnes qui souffrent de contraintes durables en raison de leur état de santé perçoivent des salaires significativement plus bas que les personnes en bonne santé. Or, les barèmes de l'enquête suisse sur les salaires reflètent les revenus des personnes en bonne santé. Cet état de fait a amené les auteur-e-s de l'avis de droit à formuler dix thèses qui démontrent pour quelles raisons la jurisprudence actuelle empêche un accès équitable à des prestations de l'assurance-invalidité.

⁴ Guggisberg, Jürg; Schärner, Markus; Gerber, Céline; Bischof, Severin: Invaliditätsbemessung mittels Tabellenlöhne der Lohnstrukturerhebung, 02/2021, <https://www.buerobass.ch/kernbereiche/projekte/invaliditaetsbemessung-mittels-tabellenloehnen-der-lohnstrukturerhebung-lse/project-view>

⁵ Gächter, Thomas; Egli, Philipp; Meier, Michael E.; Filippo, Martina: Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung, 22. Januar 2021, https://www.buerobass.ch/fileadmin/Files/2021/CoopRechtsschutz_2021_IV-LSE_Rechtsgutachten.pdf

⁶ Gächter, Thomas; Egli, Philipp; Meier, Michael E.; Filippo, Martina: Fakten oder Fiktion? Die Frage des fairen Zugangs zu Invalidenleistungen. Schlussfolgerungen aus dem Rechtsgutachten "Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung, 27. Januar 2021, https://www.buerobass.ch/fileadmin/Files/2021/CoopRechtsschutz_2021_IV-LSE_Rechtsgutachten_Zusf.pdf

1. La notion de « marché du travail équilibré » a été insidieusement transformée par la pratique administrative et judiciaire en une fiction, dans laquelle même les transformations structurelles du marché réel du travail ne sont pas prises en compte, en particulier lorsque ces transformations ont des effets négatifs sur les possibilités, pour les assuré-e-s, de retrouver réellement un emploi.
2. Le caractère exploitable de la capacité résiduelle de travail attestée médicalement est soit affirmé, soit nié. Il manque un règlement efficace des cas de rigueur.
3. Il n'est ni réaliste, ni exigible de postuler l'exploitabilité de la capacité résiduelle de travail dans le cas d'assurés de 60 ans et plus ou pour les profils dont le maintien sur le premier marché du travail demanderait beaucoup de compréhension de la part de l'employeur (les emplois dits "de niche").
4. Lorsque le revenu après invalidité est estimé sur la base des barèmes de l'enquête suisse des salaires (ESS), son montant doit être adapté au cas d'espèce. Les abattements sur le salaire statistique pour des raisons de santé reconnus par la pratique administrative et judiciaires ont (presque) tous été abolis lors du développement continu de l'AI, ce qui entraînera un durcissement massif des conditions d'octroi des rentes.
5. La pratique administrative et judiciaire en matière d'abattement sur le salaire statistique pour des raisons de santé est exubérante et inconsistante et elle rend difficile une application juridiquement sûre et égalitaire des critères pertinents pour les déductions.
6. En raison de l'imprécision des prescriptions légales, l'exercice du pouvoir d'appréciation en matière d'abattement sur le salaire pour des raisons de santé atteint ses limites. De plus, il n'est soumis qu'à un contrôle juridictionnel limité.
7. Les données sur les salaires contenues dans l'ESS contiennent aussi un grand nombre de profils qui sont relativement bien rémunérés en raison de la dureté physique du travail. Ils ne sont par conséquent ni exigibles, ni adéquats pour des assuré-e-s atteint-e-s dans leur santé. Cet état de fait a pour conséquence d'augmenter le salaire hypothétique pris en compte après la survenance de l'invalidité et de diminuer le degré d'invalidité.
8. Les données de l'ESS se basent sur les salaires des personnes en bonne santé. Or, il est statistiquement établi que les personnes atteintes dans leur santé gagnent entre 10% et 15% de moins que les personnes en bonne santé dans un poste comparable.
9. Le droit à des mesures d'ordre professionnel de l'AI - en particulier le reclassement - dépend également de la perte de revenu de l'assuré-e après la survenance de l'invalidité. En conséquence, des barèmes de salaires trop élevées constituent également un obstacle au mandat de réinsertion de l'AI.
10. Le Tribunal fédéral considérait qu'en raison de diverses inexactitudes, l'utilisation des barèmes de l'ESS représentait une solution transitoire. Or, cette pratique a été inscrite dans l'ordonnance lors du développement continu de l'AI, ce qui fait craindre que le calcul du degré d'invalidité devienne encore plus fictionnel.

Selon les expert-e-s, la solution serait dans un premier temps de baser le calcul du salaire après la survenance de l'invalidité sur le dernier quartile de l'ESS et dans un deuxième temps d'établir des barèmes de salaires correspondant aux revenus effectivement réalisés par les personnes handicapées sur le premier marché du travail. Un troisième correctif consisterait à exploiter le potentiel de différenciation de l'ESS (selon les branches, les régions, l'âge, le niveau de formation...) et de permettre dès maintenant (dans la suite du développement continu de l'AI), au moins provisoirement, des abattements sur le salaire statistique pour les facteurs susceptibles d'entraîner une baisse de revenu en cas de changement d'emploi causé par une atteinte à la santé.

Le recourant ajoute que la publication de la Professeure Gabriela Riemer-Kafka et du Dr. Urban Schwegler parvient à des constatations similaires⁷.

La décision du Tribunal fédéral

La Haute cour rappelle que le calcul du degré d'invalidité s'effectue en tenant comme du salaire que l'assuré pourrait réaliser sur un marché du travail équilibré. Cette notion théorique et abstraite permet d'éliminer les motifs conjoncturels qui expliqueraient l'absence d'emploi et, par conséquent, de séparer le champ d'application de l'assurance-invalidité de celui de l'assurance-chômage. Le marché du travail équilibré comprend aussi des emplois dits « de niche », dans lesquels des personnes handicapées peuvent travailler grâce à l'engagement social de leur employeur. Toutefois, la recherche d'un emploi est considérée d'avance comme dénuée de chances de succès lorsqu'elle demanderait un engagement démesuré de l'employeur ou des aménagements conséquents.

Avec la notion de marché du travail équilibré, le législateur pose la présomption qu'il existe des emplois dans lesquels les assuré-e-s atteint-e-s dans leur santé peuvent exploiter leur capacité résiduelle de travail. Comme le marché du travail équilibré est une fiction juridique, le Tribunal fédéral estime que la thèse no.1 des experts n'est pas de nature à motiver un changement de jurisprudence.

D'après la jurisprudence, dans la mesure du possible, le calcul du degré d'invalidité s'effectue au moyen des revenus effectivement réalisés par l'assuré-e avant et après la survenance de l'invalidité. En cas d'absence de revenu après invalidité, on se réfère aux barèmes de l'enquête suisse sur les salaires. Afin de tenir compte des possibilités parfois réduites de l'exploitation de la capacité de travail résiduelle et des caractéristiques propres au cas d'espèce, on peut procéder à un abattement sur le salaire statistique de 25% au maximum pour des raisons de santé. En raison de ce correctif, le Tribunal fédéral a explicitement refusé de baser le calcul du revenu après invalidité sur le quartile le plus bas des barèmes de l'ESS. La Haute cour rappelle qu'un correctif supplémentaire est apporté par la mise en parallèle des revenus si le salaire perçu avant la survenance de l'invalidité était plus bas que la médiane.

Le caractère discriminatoire de cette méthode de calcul n'est pas démontré de manière substantielle dans le recours. En conséquence, il n'y a pas de raisons objectives sérieuses à un changement de jurisprudence. Toutefois, la Haute cour ajoute que le Conseil fédéral a demandé à l'OFAS, dans le cadre du développement continu de l'AI, d'étudier la pertinence d'un instrument de mesure spécifique à l'AI. Dans ce cadre, les contributions d'expert-e-s évoquées dans l'arrêt seront étudiées.

⁷ Voir note 2.

Enfin, l'instance inférieure n'est pas contrevenue au droit fédéral lors de l'estimation du degré d'invalidité.

Le recours de Monsieur A. est rejeté.

Quelques réflexions

Les barèmes de l'enquête suisse sur les salaires représentent un outil statistique général de recensement des salaires selon différentes caractéristiques et n'ont pas été développés pour la comparaison des revenus dans l'assurance-invalidité. Actuellement, il n'existe pas d'enquête sur les salaires gagnés sur le premier marché du travail par des personnes atteintes dans leur santé, qui pourrait plus justement servir de valeur de départ à une estimation du revenu après invalidité. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs affirmé à plusieurs reprises que l'utilisation des barèmes ESS constitue une solution transitoire, dans l'attente de l'élaboration d'instruments plus adéquats⁸.

La problématique relative à l'estimation du revenu après invalidité est connue de longue date⁹, tout comme ses effets, qui touchent en particulier les personnes qui réalisaient des salaires (relativement) bas alors qu'elles se trouvaient en bonne santé¹⁰.

Cependant, le législateur n'a pas réglé cette question lors de la dernière révision de la Loi fédérale sur l'invalidité (développement continu de l'AI), qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Au contraire : l'article 28a al.1 de la LAI a donné la compétence au Conseil fédéral de fixer les revenus déterminants pour l'évaluation du taux d'invalidité et ce dernier a inscrit la référence aux valeurs médianes de l'ESS dans l'ordonnance (art. 25 al.3 RAI).

Cette question non-réglée paraît perturbante dans le cadre d'une révision qui introduit un système de rentes linéaire, dans lequel le calcul de chaque point de pourcentage du degré d'invalidité peut avoir une répercussion directe sur le montant de la rente. Peut-être dévoile-t-elle un alignement à l'impératif de maîtrise des coûts, qui planait aussi sur le développement continu de l'AI¹¹, même si cette révision, contrairement aux précédentes, n'avait pas pour but explicite de réaliser des économies¹².

⁸ ATF 139 V 592 consid. 7.4., ATF 142 V 178, cité par Inclusion handicap dans sa prise de position sur les dispositions d'exécution relatives à la modification de la LAI (développement continu de l'AI) du 17.02.2021, https://www.inclusion-handicap.ch/admin/data/files/asset/file_fr/642/vernehmlassungsantwort-ih_ausfuehrungsbestimmungen-zur-aenderung-ivg-27_02_21_f.pdf?lm=1616061806

⁹ Lire par exemple l'interpellation 21.3986 Romano, qui énumère différentes interventions sur le même sujet depuis 2004 : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20213986>

¹⁰ <https://pages.rts.ch/emissions/temps-present/12453470-invalidite-une-assurance-qui-n-assure-plus-14-10-2021.html?anchor=12567186#12567186>

¹¹ Voir l'évolution des finances de l'AI résumé dans cet article de la revue Reiso : <https://www.reiso.org/actualites/fil-de-l-actu/7475-statistiques-regard-sur-l-assurance-invalidite-en-2020>. D'après l'OFAS, le fait de renoncer, pour le revenu d'invalidité, à la base de calcul des barèmes de l'ESS coûterait de 200 à 300 millions à l'AI.

¹² Dupont, Anne-Sylvie: Weiterentwicklung der IV, was bringt sie wem? In: RSAS 2022, S.3ss

Toutefois, l'absence de prise en charge de situations devant relever de l'assurance-invalidité engendre également des coûts : ils sont supportés en premier lieu par les assuré-e-s, qui doivent vivre avec les conséquences d'un refus ou d'une sous-évaluation de leur rente sans pour autant parvenir à une réinsertion pérenne et financièrement acceptable¹³. En dernier recours, ces personnes devront se tourner vers l'aide sociale cantonale, qui assumera ce report de charge de la part de l'assurance-invalidité¹⁴.

En plus des professeur-e-s de droit, de nombreuses organisations ont demandé au Tribunal fédéral et au législateur de modifier le mode de calcul du degré d'invalidité¹⁵. La Haute cour a estimé qu'il revenait au législateur de le faire. Dans sa réponse à l'interpellation du Conseiller aux Etats UDC Hannes Germann¹⁶, le Conseil fédéral a estimé que la méthode détaillée dans l'ordonnance suite au développement continu de l'AI permet une évaluation réaliste du taux d'invalidité et que ses effets concrets seront évalués dans le cadre du programme de recherche sur l'assurance-invalidité, dont les premiers résultats sont attendus pour 2025.

* * *

¹³ Le programme de recherche de l'assurance-invalidité s'était penché en 2018 sur la réinsertion professionnelle du point de vue des assuré-e-s : <https://artias.ch/2018/08/programme-de-recherche-de-lassurance-invalidite-rapport-reinsertion-professionnelle-psychosociale-point-de-vue-assures/>

¹⁴ <https://artias.ch/2020/11/ofas-analyse-des-passages-de-lassurance-invalidite-vers-laide-sociale/>

¹⁵ https://www.vereinigung-cerebral.ch/fileadmin/media/Dachverband/Bilder/Aktuelles/Kommunikation/DECLARATION_COMMUNE_3.22.pdf

¹⁶ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20214522>