

ANNE-SYLVE DUPONT

PROFESSEURE AUX UNIVERSITÉS DE GENÈVE ET NEUCHÂTEL*

EVALUATION DE L'INVALIDITÉ :
LE TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE REPREND LA MAIN

Le droit suisse de la sécurité sociale connaît plusieurs régimes d'assurance sociale qui versent des prestations en cas d'invalidité. Cette notion se comprend dans une dimension quasi exclusivement économique, comme la diminution durable des possibilités de gain en raison d'une atteinte à la santé¹. Outre la présence d'un diagnostic clair posé en référence à l'une des classifications internationales des maladies², la réalisation du risque « invalidité » suppose que les limitations fonctionnelles entraînées par cette pathologie empêchent la personne assurée de réaliser un gain sur un marché du travail réputé équilibré. Cela signifie que seules sont pertinentes pour l'analyse les limitations découlant du diagnostic posé, à l'exclusion des risques conjoncturels ou des facteurs bio-psycho-sociaux marquant l'histoire de vie de la personne assurée, comme un bas niveau de formation, des difficultés linguistiques, un passé migratoire, des difficultés d'intégration ou autres circonstances subjectives.

Une fois les limitations fonctionnelles constatées, le taux d'invalidité est déterminé³ en comparant le revenu que la personne aurait réalisé sans atteinte à la santé, en poursuivant son activité lucrative (revenu de valide), et le revenu qu'elle peut atteindre avec une activité adaptée à son état de santé (revenu d'invalidé)⁴. De la comparaison résulte la perte de gain qui, exprimée en pourcentage du revenu de valide, détermine le taux d'invalidité⁵. Du taux d'invalidité découle ensuite le droit aux différentes prestations des assurances sociales concernées, l'assurance-invalidité, l'assurance-accidents et l'assurance militaire, qui versent des rentes d'invalidité dans certaines circonstances.

La mise en œuvre de la comparaison des revenus, conceptuellement plutôt simple, n'est pas toujours aisée en pratique. Elle a fait l'objet de nombreuses précisions jurisprudentielles, dont certaines ont ensuite été intégrées dans les textes de loi. De manière générale, la

* L'auteure remercie M. Alexandre Bussy, MLaw, assistant-doctorant à la Faculté de droit de Neuchâtel, pour sa relecture attentive du manuscrit et ses suggestions pertinentes.

- 1 Art. 7 et 8 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1).
- 2 On exige en principe une référence à la Classification internationale des maladies établie par l'Organisation mondiale de la santé (CIM-11) ou, pour les atteintes à la santé mentale, au Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux (DSM VI).
- 3 Dans l'assurance-invalidité, qui est une assurance universelle, il existe des règles particulières pour les personnes qui, même sans atteinte à la santé, n'auraient pas exercé d'activité lucrative, ou n'auraient travaillé qu'à temps partiel (cf. art. 28a al. 2 et 3 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité [LAI ; RS 831.20]).
- 4 Art. 16 LPGA.
- 5 Par exemple, une personne qui, sans atteinte à la santé, aurait réalisé un revenu annuel de CHF 100'000.- et qui, une fois atteinte dans sa santé, peut encore réaliser un revenu de CHF 60'000.- dans une activité adaptée, perd CHF 40'000.-, soit 40% de son revenu initial.

doctrine majoritaire lui a toujours reproché son schématisme⁶, que le gouvernement a encore voulu renforcer, pour ce qui concerne l'assurance-invalidité, à l'occasion de la dernière réforme de la loi régissant cette assurance **(I)**. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral, la plus haute autorité judiciaire du pays, a apporté un correctif important en invalidant partiellement les options prises par le Gouvernement lors de cette réforme **(II)**.

I - MISE EN ŒUVRE DE LA COMPARAISON DES REVENUS

La méthode de comparaison des revenus (article 16 LPGA), telle qu'esquissée ci-dessus, suppose d'identifier deux chiffres, le revenu de valide d'une part **(A)** et le revenu d'invalidé d'autre part **(B)**.

A - REVENU DE VALIDE

Le revenu de valide correspond en principe au revenu que la personne assurée réalisait avant l'atteinte à la santé. Se fondant sur l'expérience, on admet en effet qu'elle aurait selon toute vraisemblance poursuivi son activité. Dans certaines situations particulières, il est possible de tenir compte d'une évolution future (hypothétique) des revenus, ou encore de se fonder sur des statistiques. Il en va notamment ainsi lorsque la personne assurée percevait, avant l'atteinte à la santé, un revenu nettement inférieur aux salaires usuels de la branche, pour des raisons étrangères à la santé. C'est par exemple le cas de personnes n'ayant pas les qualifications professionnelles requises, ou ayant un statut précaire, comme celui de travailleur saisonnier⁷. Dans une telle situation, la jurisprudence admet depuis longtemps que l'on se base sur un pourcentage des valeurs statistiques pour déterminer le revenu de valide, le même pourcentage devant être ensuite appliqué au revenu d'invalidé (*parallélisme des revenus*). Il s'agit de l'un des deux correctifs qui permet de tenir compte - de façon très mesurée, mais tout de même - de la situation individuelle de la personne assurée.

B - REVENU D'INVALIDE

Le revenu d'invalidé doit en principe être déterminé par référence à des données statistiques. Le revenu effectivement réalisé par la personne assurée qui aurait, par hypothèse, retrouvé un emploi adapté à ses limitations fonctionnelles ne peut être retenu qu'à des conditions strictes⁸. Les données statistiques utilisées sont celles qui ressortent

6 Cf., parmi d'autres, P. Egli et al., *Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung*, Zurich 2021, p. 243 ; T. Gächter et al., « Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung », Avis de droit du 22 janvier 2021 et ses conclusions du 27 janvier 2021 : « Fakten oder Fiktion ? Die Frage des fairen Zugangs zu Invalidenleistungen » ; H. J. Mosimann, « Invalideneinkommen: Hypothetischer denn je ? », in Kieser (éd.), « Dauerbrenner » in der Sozialversicherung - *laufen sie weiter? Und wohin allenfalls ?*, Zurich/Saint-Gall, 2023, p. 107 ; G. Riemer-Kafka, *Invalideneinkommen Tabellenlöhne*, Jusletter du 22 mars 2021, n°6.

7 M. Moser-Szeless, ad art. 16, « Partie générale des assurances sociales », in A.-S. Dupont et M. Moser-Szeless (ed.), *Commentaire romand*, Bâle, 2018, n°23 (« CR LPGA-Moser-Szeless, art. 16 »).

8 La capacité de travail résiduelle est pleinement mise en valeur, le salaire obtenu correspond effectivement au travail fourni et les rapports de travail doivent être stables (ATF 139 V 592, c. 2.3 ; ATF 135 V 297, c. 5.2).

de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS)⁹. Si l'on tient compte des différences salariales entre hommes et femmes, l'on se réfère en revanche à la moyenne des salaires pour l'ensemble de la Suisse, quand bien même il existe des différences significatives entre les cantons. Le recours aux données statistiques de l'ensemble de la Suisse pour définir le revenu d'invalidité de la personne assurée fait depuis longtemps l'objet de critiques assez unanimes au sein de la doctrine. En substance, il est reproché à ce procédé d'induire des inégalités de traitement et de ne pas refléter de manière suffisamment réaliste les revenus effectivement réalisables par les personnes atteintes dans leur santé sur le marché primaire du travail¹⁰.

Depuis la fin des années 1990, le Tribunal fédéral admet que les personnes atteintes dans leur santé subissent, selon l'expérience générale, des désavantages salariaux. Pour tenir compte de cela, il permet de procéder à un abattement sur le salaire déterminé selon les statistiques. L'ampleur de cet abattement, qui ne peut excéder 25%, dépend de la situation globale de la personne assurée et permet de tenir compte de limitations liées au handicap, de son âge, de ses années d'ancienneté dans la dernière entreprise, de son statut administratif (permis de séjour) ou encore de son taux d'occupation¹¹.

L'abondante pratique des tribunaux mettant en œuvre l'abattement sur le salaire statistique a été critiquée par la doctrine, moins dans son principe que dans ses modalités, qui se caractérisent par une absence de cohérence et de constance. Une étude systématique de la jurisprudence a démontré de grandes disparités entre les solutions auxquelles le Tribunal fédéral a abouti dans les situations individuelles¹². Si certains motifs d'abattement sont appliqués de manière constante depuis l'adoption d'une réduction de 20 à 25% pour les personnes limitées à des activités mono-manuelles, d'autres ont perdu de l'importance au fil du temps. Il est devenu très rare, par exemple, que l'âge donne droit à un abattement¹³.

À l'occasion d'une importante révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, intitulée « Développement continu de l'AI » et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022, le législateur fédéral a délégué au Gouvernement la tâche de « fixe[r] les revenus déterminants pour l'évaluation du taux d'invalidité ainsi que les facteurs de correction applicables »¹⁴. Le Conseil fédéral s'est acquitté de cette mission en adoptant l'abattement sur les salaires statistiques, l'article 26 bis al. 3 RAI¹⁵ prévoyant, dans sa version originale, que « si, du fait de

9 L'enquête suisse sur la structure des salaires est un sondage réalisé tous les deux ans auprès des entreprises privées et publiques et des administrations de Suisse. Elle a pour but de décrire régulièrement la structure des salaires dans l'ensemble des branches des secteurs secondaire et tertiaire. Elle s'intéresse non seulement à la branche et à la taille de l'entreprise, mais aussi aux caractéristiques individuelles des salariés et des postes de travail (cf. site Internet de l'Office fédéral de la statistique, <https://www.bfs.admin.ch>).

10 Cf., parmi d'autres, les auteurs cités en note 6, voir également J. Guggisberg et al., *Expertise « Nutzung Tabellenmedianlöhne LSE zur Bestimmung der Vergleichslöhne bei der IV-Rentenbemessung »* du Büro für Arbeits- und sozialpolitische Studien, (BASS AG) du 8 janvier 2021.

11 ATF 126 V 75 ; ATF 124 V 321.

12 P. Egli et al., *Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung*, op. cit.

13 U. Meyer et M. Reichmuth, « Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) », in U. Hans Stauffer et B. Cardinaux (ed.), *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht*, 3^e éd., Zurich, 2014, art. 28a n°111 ss.

14 Art. 28a al. 1, 2^e phrase, LAI.

15 Règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI ; RS 831.201).

l'invalidité, les capacités fonctionnelles de l'assuré (...) ne lui permettent de travailler qu'à un taux d'occupation de 50% ou moins, une déduction de 10% pour le travail à temps partiel est opérée sur la valeur statistique ». Les dispositions réglementaires ont été largement critiquées par la doctrine. D'une part, elles ne tenaient pas compte de la critique générale formulée à l'encontre des valeurs indiquées par l'ESS, largement hors de portée lorsqu'il s'agit de personnes atteintes dans leur santé. D'autre part, elle limitait le recours aux critères d'abattement, contrairement à la volonté du législateur. La légalité de la disposition réglementaire a ainsi été mise en doute, et la doctrine a proposé de l'interpréter de telle sorte qu'elle ne faisait pas obstacle au maintien de la jurisprudence pratiquée jusqu'ici.

Pour répondre à ces critiques et mettre un terme au débat, le Conseil fédéral a révisé l'article 26 bis RAI avec effet au 1^{er} janvier 2024. La nouvelle disposition prévoit une réduction générale, dans tous les cas, de 10% sur les valeurs de l'ESS pour déterminer le revenu d'invalidité. Le nouvel article 26 bis al. 3 RAI prévoit que « si, du fait de l'invalidité, l'assuré ne peut travailler qu'avec une capacité fonctionnelle au sens de l'article 49 al. 1 bis de 50% ou moins, une déduction de 20% [sur le salaire statistique] est opérée »¹⁶. Pour mettre un terme aux conjectures concernant la possibilité de continuer de tenir compte d'autres facteurs d'abattement que le taux d'occupation, le Conseil fédéral a précisé qu'« aucune déduction supplémentaire n'[était] possible ».

La rigidité de la nouvelle réglementation a été critiquée, et sa conformité au droit supérieur est demeurée discutable. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a confirmé l'illégalité de l'article 26 bis al. 3 RAI, et réaffirmé que la quotité de l'abattement permettant de tenir compte de certaines circonstances subjectives relevait, dans le respect des limites tracées par la jurisprudence, du pouvoir d'appréciation de l'assureur social et, en dernière analyse, des tribunaux.

II - L'ARRÊT DU TRIBUNAL FÉDÉRAL 8C-823/2023 DU 8 JUILLET 2024

A - FAITS ET PROCÉDURE

L'affaire concerne un assuré d'une cinquantaine d'années, atteint dans sa santé à la suite d'un accident. Il est définitivement incapable d'exercer sa profession dans le domaine de la construction, mais jouissant encore d'une capacité de travail résiduelle à 50% dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles. Après instruction médicale et économique de son cas par l'office AI du canton compétent, le droit à une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité lui est reconnu, d'abord pour un taux d'invalidité de 100% puis, après que son état de santé se soit amélioré, pour un taux d'invalidité de 54%. L'assuré fait recours contre la décision administrative devant le Tribunal cantonal des assurances du canton de Bâle-Ville, qui accueille ses griefs et lui octroie une rente tenant compte d'un taux d'invalidité de 59%¹⁷.

16 Il s'agit d'une déduction globale de 20%, qui ne s'ajoute pas à la déduction générale de 10% prévue à l'al. 1.

17 Dans le système de l'assurance-invalidité, entre 50 et 69%, chaque point de pourcentage d'invalidité correspond à un point de pourcentage de rente (art. 28b al. 1 LAI). En l'espèce, cinq points de pourcentage en plus représentent une augmentation de la rente mensuelle pouvant aller de CHF 70.- à CHF 120.- environ, en fonction des bases de calcul de la rente. L'intérêt de la personne assurée à la procédure judiciaire est donc bien réel, en particulier lorsque la personne assurée, comme en l'espèce, percevra vraisemblablement sa rente durant une quinzaine d'années.

La différence de calcul entre l'office AI et le Tribunal cantonal tient uniquement à ce que l'office AI s'en est tenu à la réduction de 10% prévue par l'article 26 *bis* al. 3 RAI dans son ancienne version pour les personnes assurées dont la capacité de travail n'excède pas 50%, alors que le Tribunal cantonal, jugeant l'article 26 *bis* al. 3 RAI contraire à la loi, s'est référé à la jurisprudence du Tribunal fédéral, retenant un taux global d'abattement de 15%.

C'est l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) qui, en qualité d'autorité de surveillance de l'assurance-invalidité, recourt au Tribunal fédéral contre le jugement cantonal, réclamant l'application de l'article 26 *bis* al. 3 RAI dans sa teneur applicable en 2022 et 2023.

B - CONSIDÉRANTS DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

L'article 26 *bis* al. 3 RAI étant une disposition d'ordonnance dépendante (c'est-à-dire fondée sur la loi et non sur la Constitution) visant à compléter la loi (ordonnance de substitution), juger de sa légalité suppose d'interpréter la disposition légale sur laquelle il se fonde. Se fondant ainsi sur le texte de l'article 28a al. 1, 2^e phrase, LAI (consid. 9.3) et sur les travaux préparatoires du Parlement (consid. 9.4), le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que le législateur n'a jamais eu la volonté, au moment de modifier cette disposition, de voir abandonnée la pratique jurisprudentielle adoptée jusque-là. Si le recours aux statistiques est souvent nécessaire pour évaluer la perte de gain, le but des assurances sociales, singulièrement de l'assurance-invalidité, dont la vocation est universelle, n'en demeure pas moins de tenir compte le plus possible des particularités de la personne assurée (« *im Versicherungsfall steht der oder die einzelne versicherte Person im Fokus* » ; consid. 9.5.1). Il n'existe pas d'indice permettant de penser que le nouveau droit implique un changement de ce paradigme, réaffirmé à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral, y compris dans sa jurisprudence récente. Au contraire, le fait d'avoir désormais adopté un système de rente linéaire rend plus important encore l'évaluation de l'invalidité au point de pourcentage près (consid. 9.5.2)¹⁸.

Après avoir analysé chacun des facteurs d'abattement et en avoir justifié la pertinence (consid. 9.5.3), le Tribunal fédéral critique la décision du législateur d'adopter une réglementation spécifique pour l'évaluation du revenu d'invalidité, singulièrement pour les facteurs de correction, dans le domaine de l'assurance-invalidité. En effet, l'évaluation de l'invalidité fait l'objet d'une disposition légale qui se trouve dans la loi (partie générale du droit des assurances sociales ; article 16 LPGa). Or, cette disposition est applicable non seulement à l'assurance-invalidité, mais aussi à l'assurance-accidents et à l'assurance militaire, qui toutes deux versent aussi des prestations en cas d'invalidité. L'interprétation que l'OFAS veut faire de l'article 26 *bis* al. 3 RAI ferait obstacle à une évaluation différente de l'invalidité. La cohérence de l'ordre juridique commande au contraire que l'on interprète cette disposition en laissant la possibilité d'autres critères d'abattement, dans l'assurance-invalidité également (consid. 10.3).

En conclusion, le Tribunal fédéral confirme que dans la mesure où il prévoit une réglementation exhaustive de l'abattement sur le salaire statistique, l'article 26 *bis* al. 3 RAI n'est pas conforme au droit fédéral. S'il est effectivement conforme au droit supérieur de

18 Jusqu'au 31 décembre 2021, le droit à une rente de l'assurance-invalidité se déterminait par palier. Un taux d'invalidité compris entre 40 et 49% donnait droit à un quart de rente, entre 50 et 59% à une demi-rente, entre 60 et 69% à trois-quarts de rente et, à partir de 70%, à une rente entière.

tenir compte d'un abattement de 10% en cas de travail à temps partiel, comme le prévoit la disposition, il reste possible, conformément à la jurisprudence bien établie, de tenir compte de critères d'abattement supplémentaires. Cette analyse permet en l'espèce de confirmer le jugement du Tribunal cantonal et de rejeter le recours de l'OFAS.

Conclusion

L'arrêt relaté dans cette contribution est important à plus d'un titre. Premièrement, il va dans le sens d'une analyse plus individuelle, *a priori* davantage favorable aux personnes assurées. Quoi qu'en dise le Tribunal fédéral, depuis plus de 25 ans, l'assurance-invalidité a fait l'objet d'une jurisprudence de plus en plus restrictive, l'invalidité étant, dans sa dimension médicale surtout mais dans sa dimension économique aussi, toujours plus analysée à l'aune de critères standardisés. Cette jurisprudence a contribué à réduire drastiquement l'octroi de prestations de l'assurance-invalidité, singulièrement des rentes, les autres assurances sociales n'étant impactées que de manière moindre par cette évolution. Cette tendance fait depuis longtemps l'objet de critiques, dans la doctrine juridique d'une part et dans les milieux de défense des personnes handicapées d'autre part. L'arrêt du 8 juillet 2024 marque un infléchissement de cette tendance, dont il est encore difficile de mesurer l'impact réel.

Deuxièmement, bien que le Tribunal fédéral se défende dans cet arrêt d'adopter une posture politique, mettant en avant - à juste titre - son rôle de garant de la légalité et la cohérence de l'ordre juridique, il est intéressant de se rappeler que depuis le milieu des années 1990, l'intervention de l'assurance-invalidité est largement façonnée par sa jurisprudence. Régulièrement, les changements législatifs n'ont eu pour seul effet que d'inscrire dans les textes des solutions jurisprudentielles pratiquées de longue date¹⁹. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral sanctionne l'Exécutif pour avoir adopté une posture plus restrictive que lui. Plutôt que d'y voir une lutte de pouvoirs, nous préférons y déceler les conséquences de changements de personnes au sein des deux cours du Tribunal fédéral compétentes en matière d'assurances sociales, qui apportent sans aucun doute un vent nouveau, perceptible également dans d'autres décisions récentes. L'avenir confirmera, ou infirmera.

Finalement, cet arrêt met en lumière le travail des juges ayant statué en première instance. L'expérience montre en effet que les arrêts de principe rendus par le Tribunal fédéral ont souvent pour origine un jugement cantonal dans lequel les questions juridiques essentielles n'ont pas été esquivées, ou dans lequel les juges cantonaux, parfois peu enclins au risque par peur de voir leurs arrêts cassés par l'autorité supérieure, ont fait preuve de courage. L'arrêt bâlois à l'origine de cette affaire en est un exemple.

19 Pour de plus amples développements à ce sujet, voir A.-S. Dupont, « La Constitution sociale », in O. Diggelmann et al. (ed.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. III, Zurich, 2020, p. 2091 ; A.-S. Dupont, « La solidarité à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal fédéral », in U. Kieser et M. Lendfers, *Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht*, 2018, Zurich, p. 115.