

DROIT ET HANDICAP

01/2018 (30 JANVIER)

Modification du calcul de l'invalidité selon la méthode mixte

Après que la Cour européenne des droits de l'homme ait qualifié de discriminatoire le mode de calcul du taux d'invalidité appliqué en Suisse sur la base de la méthode mixte, le Conseil fédéral en a tiré les conséquences: le système de calcul a été adapté avec effet au 1.1.2018. Bon nombre de personnes pourraient ainsi se voir attester un taux d'invalidité plus élevé. Les «travaux habituels», déterminants pour le calcul de l'invalidité, seront en revanche redéfinis plus étroitement. Dans cet article, nous résumons l'historique des événements jusqu'à ce jour et proposons un tour d'horizon complet de la nouvelle réglementation, tout en attirant l'attention sur d'autres effets de ce changement de système.

En février 2016, la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) a rendu un arrêt lourd de conséquences: le cas à juger concernait une femme ayant perçu par le passé une demi-rente AI basée sur un taux d'invalidité de 50% mais qui, après la naissance de son enfant, s'était vu supprimer cette rente en raison du nouveau mode de calcul du taux d'invalidité (méthode mixte) entré alors en application.

La CrEDH en est arrivée à la conclusion que le calcul de l'invalidité pratiqué en Suisse selon la méthode mixte, qui concerne majoritairement des femmes, constituait une discrimination indirecte à l'égard de celles-ci et par conséquent une violation de l'interdiction de la discrimination selon l'art. 14 CEDH. Dans son jugement (cas Di Trizio, n° 7186/09), la CrEDH a confirmé les critiques exprimées depuis longtemps par les milieux spécialisés à l'égard de la

méthode mixte appliquée pour calculer le taux d'invalidité. Ces critiques, loin d'être issues de la seule doctrine, étaient partagées par quelques tribunaux cantonaux – mais pas par le Tribunal fédéral.

Elles sont en outre à l'origine d'interventions parlementaires, parmi lesquelles il convient notamment de mentionner celle de Marc F. Suter, ancien président d'Inclusion Handicap (à l'époque Intégration Handicap); or, par crainte des répercussions financières, cette intervention n'a pas été poursuivie après le départ de Marc F. Suter du Conseil national.

Réglementation transitoire selon la lettre circulaire n° 355

Après l'entrée en force de l'arrêt de la CrEDH, l'OFAS a ordonné aux offices AI, dans la lettre circulaire n° 355 d'octobre 2016, de renoncer jusqu'à nouvel ordre à

une révision de la rente dans tous les cas qui présentent une situation similaire à celle du cas jugé par la CrEDH, et de maintenir le versement de la rente, à moins d'une modification de l'état de santé et des revenus.

Par la suite, cette directive a été confirmée par le Tribunal fédéral, et ce dans tous les cas où l'on parlait jusqu'à présent du principe qu'une femme aurait réduit, même sans invalidité et vu ses obligations de garde d'enfants mineurs, son temps de travail et où il aurait fallu réévaluer son taux d'invalidité selon la méthode mixte de calcul de l'invalidité.

Le Tribunal fédéral a même déclaré applicable l'interdiction de révision en vertu de la réglementation transitoire dans un cas concernant une femme ayant précédemment touché un quart de rente AI basé sur la méthode de la comparaison des activités (considérée comme femme au foyer à 100%), dont la rente était en revanche susceptible d'être supprimée suite au recalcul selon la méthode mixte, et ce parce que l'assurée avait fait valoir son intention de reprendre un travail à temps partiel, ses enfants étant à présent un peu plus âgés (jugement du 6.9.2017; 9C_752/2016).

Le Tribunal fédéral a cependant refusé de reconsidérer, selon la réglementation transitoire, des évaluations du taux d'invalidité plus anciennes déjà entrées en force.

Nouvelle réglementation de la méthode mixte

Comme l'a déjà annoncé l'OFAS dans sa lettre circulaire n° 355, l'administration s'est attelée sans tarder, dès l'entrée en force de l'arrêt de la CrEDH, à l'élaboration d'un modèle de calcul du taux d'invalidité qui remplace la méthode mixte jugée discriminatoire. En été 2017, elle a mené à bien une procédure de consultation durant laquelle

le nouveau modèle proposé a trouvé un large soutien. Enfin, début décembre 2017, le Conseil fédéral a pris la décision réjouissante de mettre en vigueur la révision proposée au 1.1.2018.

Le nouveau modèle est réglé dans l'art. 27^{bis} al. 2 à 4 RAI. La méthode mixte est maintenue dans le principe. Comme pratiqué auparavant, il convient de déterminer dans un premier temps dans quelle mesure une personne exercerait selon toute vraisemblance prépondérante une activité lucrative si elle n'était pas invalide. Comme auparavant, on part du principe dans la plupart des cas qu'elle consacrerait son temps restant (différence par rapport à 100%) auxdits „travaux habituels“. Et comme pratiqué jusqu'à présent, il convient de déterminer le taux d'invalidité de manière séparée pour l'activité lucrative et les travaux habituels, puis les taux d'invalidité ainsi obtenus sont „pondérés“ au moyen du facteur du taux d'occupation hypothétique resp. de l'activité qui relève des travaux habituels, pour être ensuite additionnés. Ce procédé reste inchangé.

Le seul élément nouveau réside dans le calcul du taux d'invalidité au sein du domaine de l'activité lucrative: le revenu d'invalide raisonnablement exigible déterminé par l'AI n'est désormais pas comparé, contrairement à ce qui se pratiquait précédemment, avec le revenu hypothétique de l'activité lucrative exercée à temps partiel mais avec le revenu extrapolé à la même activité lucrative exercée à plein temps. La perte de gain exprimée en pourcentage ainsi déterminée est ensuite pondérée au moyen du facteur du taux d'occupation hypothétique.

Un exemple

L'exemple suivant illustre ce nouveau mode de calcul et ses conséquences: Madame T déclare qu'elle exercerait, sans être atteinte dans sa santé, une activité lucrative à 60% et qu'elle gagnerait ainsi 30'000 francs. En raison de son invalidité, elle ne peut réaliser plus qu'un revenu de 15'000 francs. Dans le domaine des travaux habituels (ménage et garde d'enfants), Madame T présente une limitation de 25% due à son atteinte à la santé.

Dans le cas de Madame T, le mode de calcul appliqué jusqu'à présent aboutissait à un taux d'invalidité de 40% (taux d'invalidité partielle dans le domaine de l'activité lucrative de 30%, auquel s'ajoute le taux d'invalidité partielle dans le domaine des travaux habituels de 10%). Ce taux résultait du calcul suivant :

Domaine de l'activité lucrative:	
▪ Revenu hypoth. de l'activité lucr. dans un travail à 60%:	30'000 francs
▪ Revenu d'invalide raisonnablement exigible:	15'000 francs
▪ Perte de gain:	15'000 francs (50%)
▪ pondérée par taux d'occupation hypoth. (50%x60%)	invalid partielle 30%
Domaine des travaux habituels	
▪ Limitation dans le domaine des travaux habituels:	25%
▪ pondérée par taux des travaux habituels (25%x40%)	invalid partielle 10%
Taux d'invalidité total:	40%

Désormais, on compare le revenu d'invalide raisonnablement exigible de Madame T (15'000 francs) avec le revenu extrapolé à une activité lucrative à plein temps (50'000 francs), et il en résulte le calcul suivant:

Domaine de l'activité lucrative:	
Revenu hypoth. de l'activité lucr. dans un travail à 60%:	50'000 francs
Revenu d'invalide raisonnablement exigible:	15'000 francs
Perte de gain:	35'000 francs (70%)
pondérée par taux d'occupation hypoth. (50%x60%)	invalid partielle 42%
Domaine des travaux habituels	
Limitation dans le domaine des travaux habituels:	25%
pondérée par taux des travaux habituels (25%x40%)	invalid partielle 10%
Taux d'invalidité total:	52%

Conclusion: Grâce à la nouvelle méthode de calcul, Madame T perçoit une demi-rente AI au lieu d'un quart de rente AI!

On constate de manière générale que la nouvelle méthode permet d'éliminer les inégalités les plus sévères. À l'avenir, la plupart des femmes dont l'invalidité est évaluée selon la méthode mixte se verront attribuer un taux d'invalidité plus élevé qu'auparavant. Or en moyenne, les taux d'invalidité qui en résultent pourraient continuer d'être inférieurs à ceux des personnes travaillant à 100% ayant la même atteinte à la santé, chez qui le calcul s'effectue selon la méthode de la comparaison des revenus.

Dans quels cas convient-il d'appliquer la nouvelle méthode?

Les nouvelles dispositions entreront bien entendu en application pour toutes les nouvelles procédures. Quant aux procédures en cours, l'évaluation du taux d'invalidité doit s'effectuer, selon l'avis de l'OFAS, au moyen de l'ancienne méthode jusqu'à fin 2017 et selon la nouvelle méthode dès le 1.1.2018. La licéité de cette interprétation nécessite toutefois encore d'être établie, vu que ce sont en fait les bases légales applicables au moment où est rendue la décision qui devraient être déterminantes.

Chez toutes les personnes qui perçoivent aujourd'hui un quart de rente, une demi-rente ou un trois-quarts de rente AI basée sur un calcul du taux d'invalidité selon la méthode mixte et déterminée par une décision passée en force (environ 6'800 cas en Suisse), les offices AI procéderont d'office à une révision de la rente au cours de l'année 2018. Ces personnes ne doivent donc pas déposer de demande. Si le recalcul aboutit à un taux d'invalidité plus élevé ayant une incidence sur le montant, la rente est augmentée rétroactivement au 1.1.2018, ce dont on peut se réjouir (ch. 1 de la disposition transitoire relative à la révision du RAI). Au cours de ces réexamens de rentes, on clarifie en même temps la

question de savoir, comme lors d'autres révisions officielles, s'il y a modification de l'état de santé, de la capacité de gain et de la capacité de travail dans le domaine des travaux habituels. Si l'AI en arrive au constat que l'état de santé s'est amélioré, il peut aussi en résulter le cas échéant une baisse du taux d'invalidité. Or dans ce cas, la rente ne peut être diminuée ou supprimée qu'avec effet ultérieur (cf. art. 88^{bis} al. 2 RAI).

Aucun réexamen d'office n'est prévu pour les assurés auxquels l'octroi d'une rente a été précédemment refusé selon la méthode mixte jusqu'ici en vigueur, parce qu'il en résultait un taux d'invalidité inférieur à 40%. Ces personnes peuvent toutefois demander un réexamen. Si le nouveau calcul sommaire aboutit à un taux d'invalidité d'au moins 40%, l'AI doit entrer en matière sur cette demande et examiner le droit à la rente en application de la nouvelle méthode de calcul. Si le recalcul selon la nouvelle méthode aboutit à un taux d'invalidité donnant droit à une rente, ce droit ne s'ouvre en revanche que 6 mois après la nouvelle demande, et non à titre rétroactif (ch. 2 de la disposition transitoire relative à la révision RAI). Il incombera donc aux services de conseils d'aviser au plus vite leur clientèle potentiellement concernée de la possibilité de faire une nouvelle demande.

Qu'en est-il enfin des personnes dont la rente n'a pas été révisée durant les années 2016 et 2017 en vertu de la disposition transitoire de la lettre circulaire AI n° 355, alors qu'elles auraient selon toute vraisemblance prépondérante réduit leur activité lucrative, même sans être devenues invalides mais pour des raisons familiales? Les dispositions transitoires du règlement ne se prononcent pas à ce sujet. L'OFAS a abrogé la lettre circulaire n° 355, en indiquant dans la nouvelle lettre circulaire n° 372 qu'une révision du droit à la rente était

à nouveau possible s'il fallait partir du principe qu'une personne aurait réduit ou augmenté son temps de travail même sans être atteinte dans sa santé. Les personnes concernées vont par conséquent devoir s'attendre, lors du prochain réexamen de leur rente, à un recalcul de celle-ci.

Conséquences également pour les salariés à temps partiel sans «travaux habituels»

Les nouvelles dispositions relatives au calcul du taux d'invalidité selon la méthode mixte auront également des conséquences pour les personnes dont l'invalidité est calculée selon la méthode de la comparaison des revenus, alors qu'elles n'exerceraient, même sans invalidité, qu'une activité à temps partiel. Cela concerne les personnes qui ne se consacraient, parallèlement à leur travail à temps partiel, à aucune activité relevant du domaine des „travaux habituels“. Dans un jugement rendu en mai 2016 (9C_178/2015), le Tribunal fédéral a statué qu'il convenait alors de comparer le revenu hypothétique de l'activité lucrative à temps partiel au revenu d'invalidité exigible, puis de pondérer le taux d'invalidité ainsi calculé par le facteur temps de travail (p. ex. 60%) (cf. à ce sujet la critique dans „Droit et handicap 4/2016“). Le jugement en question avait été justifié avant tout par l'idée que les personnes travaillant à temps partiel sans travaux habituels ne devaient pas être mieux loties que celles qui accomplissent en parallèle des travaux habituels.

La modification de la méthode mixte doit ainsi conduire, au sens du traitement égalitaire postulé, à ce que ces salariés à temps partiel sans travaux habituels voient en toute logique, eux aussi, leur revenu d'invalidité exigible comparé avec un revenu extrapolé à une activité lucrative à plein temps, avant qu'il ne soit pondéré par le pourcentage du temps de travail. Ces per-

sonnes ne profitent toutefois pas des dispositions transitoires qui se rapportent explicitement aux seuls calculs du taux d'invalidité effectués selon la méthode mixte.

Conséquences sur le calcul de l'invalidité dans la prévoyance professionnelle

Dans son rapport explicatif sur la modification du RAI, le Conseil fédéral n'aborde que de façon vague les conséquences que peut avoir l'adaptation de la méthode mixte sur l'évaluation de l'invalidité dans la prévoyance professionnelle. Il signale à juste titre que compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'évaluation de l'invalidité des personnes travaillant à temps partiel doit s'effectuer, dans le 2^e pilier, par rapport au taux d'occupation assuré au moment de la survenance de l'incapacité de travail.

Or si à l'avenir, l'AI compare dans le domaine de l'activité lucrative (comme le pratique d'ailleurs déjà aujourd'hui l'assurance-accidents) le revenu d'invalidité avec un revenu extrapolé à une activité lucrative à plein temps, il reste à déterminer si cela doit s'effectuer de la même manière dans la prévoyance professionnelle, ou si cette dernière demeure la seule assurance à conserver la méthode de la comparaison telle que pratiquée jusqu'ici. Ce point nécessite encore d'être clarifié par un tribunal.

Nouvelle définition des travaux habituels

L'occasion du réaménagement de la méthode mixte de calcul du taux d'invalidité a également été saisie par le Conseil fédéral pour redéfinir les „travaux habituels“ dans l'art. 27 al. 1 RAI. Il faut désormais entendre par travaux habituels des assurés travaillant dans le ménage au sens de l'art. 27 al. 2 LAI, „l'activité usuelle dans le mé-

nage ainsi que les soins et l'assistance apportés aux proches“. Font partie de l'activité usuelle dans le ménage: la planification et l'organisation de la tenue du ménage, les achats et courses diverses, la préparation des repas, l'entretien du logement, la lessive et l'entretien des vêtements, dans la mesure où ces tâches ne peuvent pas être assumées par d'autres membres de la famille au titre de l'obligation de réduire le dommage.

Les soins et l'assistance apportés aux proches comprennent, outre la garde et l'éducation des enfants, également les soins apportés au conjoint ou à la conjointe ou au/à la partenaire de vie ainsi qu'aux personnes avec lesquelles l'assuré-e (ou son conjoint/sa conjointe ou son/sa partenaire de vie) est un parent en ligne directe, et ce indépendamment de la question de savoir si ces personnes vivent dans le même ménage. Ces activités étaient déjà prises en compte auparavant dans le cadre des travaux habituels.

Le Conseil fédéral indique dans ses explications que les activités accomplies avant la survenance de l'atteinte à la santé par des tiers ne sont pas à prendre en considération. On peut douter que cela s'avère correct sous cette forme absolue; la seule question déterminante ne peut en effet que résider dans le fait de savoir quelles activités une personne assurée accomplirait selon toute vraisemblance prépondérante elle-même au moment de l'évaluation de l'invalidité sans être atteinte dans sa santé,

et non pas p. ex. lesquelles elle accomplissait elle-même, ou le cas échéant déléguait, il y a de nombreuses années avant la survenance de l'invalidité.

Pas de prise en compte des activités artistiques et d'utilité publique

Il est prévu de ne plus compter les activités artistiques et d'utilité publique parmi les travaux habituels. Inclusion Handicap s'était élevée, en vain, contre la suppression des activités d'utilité publique dans le catalogue des travaux habituels déterminants, en soulignant la grande importance que revêtent de tels engagements pour la société. Or selon l'avis du Conseil fédéral, le fait qu'une personne se retrouve dans l'incapacité d'accomplir une activité d'utilité publique, p. ex. au sein d'une organisation d'entraide, n'a pas de conséquences économiques pour la personne elle-même que l'AI serait tenue de compenser.

Dans la pratique, la suppression des activités artistiques et d'utilité publique n'aura pas pour conséquence de faire baisser le pourcentage des travaux habituels pondérés, vu que ce n'est de toute manière pas le taux de travail effectif qui en constitue la base, mais, avec la méthode mixte, la différence entre le taux de travail à 100% et le taux à temps partiel de l'activité lucrative. S'agissant de personnes assumant des engagements d'utilité publique, il faudra au contraire davantage tenir compte de la capacité de travail concernant les tâches ménagères et les soins/l'assistance apportés aux proches.

Impressum

Auteur: Georges Pestalozzi-Seger, avocat. Expert Assurances sociales Inclusion Handicap
Éditrice: **Inclusion Handicap** | Mühlemattstr. 14a | 3007 Berne
Tél.: 031 370 08 30 | info@inclusion-handicap.ch | www.inclusion-handicap.ch