

Droit et handicap 4/08

Impressum

„Droit et handicap“ paraît en annexe des Informations trimestrielles de *Intégration Handicap*.

Éditeur: Service juridique *Intégration Handicap*

Bureau de la Suisse romande:
Place Grand Saint-Jean 1
1003 Lausanne
Tél. 021 323 33 52

Consultations juridiques gratuites en matière de droit des personnes handicapées, en particulier dans le domaine des assurances sociales

„Droit et handicap“ peut être téléchargé sous www.integrationhandicap.ch (publications).

Deutschsprachige Ausgabe: „Behinderung und Recht“

AI: Jurisprudence concernant l'évaluation du degré d'invalidité (2me partie)

Dans la dernière édition de „Droit et handicap“, nous avons commenté quelques jugements rendus par le Tribunal fédéral concernant le choix de la méthode d'évaluation et la pratique de la méthode mixte. Nous proposons à présent un résumé de jugements plus récents concernant l'utilisation de la méthode basée sur la comparaison des revenus.

Revenu au-dessous de la moyenne avant la survenance de l'invalidité

Les cas concernant des assurés ayant touché, avant de devenir invalides, des revenus faibles en raison d'un bas niveau scolaire et d'une absence de formation professionnelle ou suite à des connaissances linguistiques insuffisantes et un statut de résidence défavorable, donnent régulièrement lieu à des problèmes.

La jurisprudence a constaté que le revenu de valide se déterminait en principe en fonction du revenu que la personne assurée, si elle n'était pas devenue invalide, aurait touché, selon le degré de la vraisemblance prépondérante, à la date la plus proche possible où la rente pouvait débiter. Selon la jurisprudence, on se base en règle générale sur le dernier revenu réalisé, adapté si nécessaire au renchérissement et à l'évolution réelle du salaire, et ce compte tenu d'une certaine expérience dont il ressort que l'assuré aurait poursuivi son activité

jusqu'ici exercée s'il n'avait pas subi d'atteinte à sa santé. Mais lorsqu'une personne a réalisé, pour des raisons n'ayant rien à voir avec l'invalidité (telles que p. ex. un niveau scolaire faible, l'absence de formation professionnelle, des connaissances linguistiques insuffisantes, le statut de saisonnier) un revenu „nettement au-dessous de la moyenne", la jurisprudence a déterminé qu'il fallait en tenir compte lors du calcul du degré d'invalidité, à moins qu'il existe des éléments permettant de supposer que la personne concernée aurait librement consenti à un niveau de revenu modeste. Selon la jurisprudence, il convient de tenir compte de ce fait soit en ne prenant pas en considération du tout la perte de revenu occasionnée par des facteurs étrangers à l'invalidité, soit en la prenant en considération de manière équivalente dans les deux revenus de comparaison (cf. entre autres ATF 129 V 222).

Dans de tels cas, le parallélisme des revenus peut être effectué - en ce qui concerne le revenu de valide - en augmentant d'autant le revenu effectivement réalisé (ou en s'appuyant sur des données statistiques), soit - en ce qui concerne le revenu d'invalidé - en diminuant le chiffre statistique d'autant. Les deux exemples suivants, tirés de la récente jurisprudence, illustrent clairement ce procédé:

Dans un arrêt du 6.11.2007 (I 822/06), le Tribunal fédéral devait juger le cas d'une personne, à l'époque en demande d'asile, ayant travaillé comme plongeur et auxiliaire de cuisine dans un hôtel avant de devenir invalide, et ce pour un salaire nettement au-dessous de la moyenne. L'office AI a déterminé le revenu de valide en se basant sur ce salaire, après l'avoir adapté au renchérissement, et en a déduit un degré d'invalidité inférieur à 40%. Le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich a admis le recours interjeté contre cette décision dans la mesure où il a conclu que le revenu de valide devait être fixé par référence au revenu statistique valable pour le secteur hôtelier, et ce d'autant que l'assuré a depuis lors obtenu un permis de séjour. C'est pourquoi l'assuré s'est vu octroyer un quart de rente. Suite au recours de l'assuré, le Tribunal fédéral a une nouvelle fois rec-

tifié cette décision; il en est arrivé à la conclusion que l'on ne pouvait admettre au degré de la vraisemblance prépondérante que l'assuré travaillerait encore actuellement dans le secteur hôtelier, près de 12 ans après avoir quitté son travail de plongeur et d'auxiliaire de cuisine; il a précisé que l'assuré n'a ni accompli une quelconque formation dans ce secteur, ni semble avoir établi des liens avec le secteur hôtelier; dans ces circonstances, a-t-il précisé, le fait que l'assuré ait exercé une activité auxiliaire non spécifique de manière fortuite dans un secteur économique donné ne doit pas être considéré en quelque sorte comme une option prise sur son avenir professionnel; par conséquent, a ajouté le tribunal, il convient de fixer le revenu sans invalidité par référence au revenu statistique (plus élevé) concernant les travaux auxiliaires en général, ce qui en l'occurrence donne lieu à un degré d'invalidité de plus de 50%.

Dans un autre jugement, daté celui-ci du 12.6.2008 (ATF 134 V 322), le Tribunal fédéral s'est penché sur le cas d'une femme ayant perçu, avant la survenance de l'invalidité, un revenu annuel largement au-dessous de la moyenne de Fr. 32'786.- (après adaptation au renchérissement) sur lequel l'office AI du canton de Thurgovie s'est basé pour fixer le revenu sans invalidité et rejeter la demande de rente de l'assurée malgré une incapacité de travail de 40%. Suite au recours interjeté par l'assurée, la commission des recours du canton de Thurgovie a constaté que ce revenu était, pour des raisons indépendantes de l'invalidité, tout de même de 32% inférieur au salaire ESS correspondant aux activités de ce type, raison pour laquelle, a-t-elle conclu, il ne fallait pas non plus déterminer le revenu d'invalidé en fonction du salaire ESS, mais réduire ce dernier de 30%. Il en a résulté un degré d'invalidité de 40%, donnant droit à un quart de rente. Par la suite, l'office AI a fait recours contre cette décision avec le soutien de l'OFAS. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours; il a en effet constaté que l'assurée, originaire de Turquie, analphabète ayant des notions extrêmement rudimentaires de la langue allemande, n'avait pas de formation professionnelle et était précédemment restée sans emploi pendant une durée prolongée. Son salaire manifestement très au-dessous de la moyenne l'était de

toute évidence pour des raisons n'ayant rien à voir avec l'invalidité. C'est pourquoi, a estimé le Tribunal fédéral, le fait d'avoir mis en parallèle les revenus de comparaison en réduisant le revenu d'invalidé de 30% ne peut être contesté.

On peut se féliciter que ces deux jugements aient confirmé une pratique permettant une évaluation plus équitable du degré d'invalidité lorsqu'il s'agit de personnes ayant des salaires modestes. Or, cela ne permet pas encore de répondre à toutes les questions. Reste notamment en suspens la question de savoir à partir de quand on peut parler d'un revenu „nettement au-dessous de la moyenne“, rendant nécessaire une mise en parallèle des revenus. Dans un jugement plus ancien du 9.3.2008 (I 697/05), le Tribunal fédéral avait par exemple admis la nécessité de paralléliser les revenus dans le cas d'une assurée dont le revenu effectif était inférieur de 18% aux revenus statistiques moyens. En revanche, il n'a pas admis cette nécessité dans un autre cas où le revenu effectif n'était inférieur aux salaires statistiques moyens que d'environ 4% (jugement du 11.4.2008; 9C_404/2007).

Détermination du revenu d'invalidé: abattement supplémentaire en raison de l'atteinte à la santé également en cas de parallélisation des revenus?

Dans le cas précité issu du canton de Thurgovie, l'office AI n'avait pas seulement contesté le fait que la commission des recours, lors de la détermination du revenu d'invalidé, ait réduit de 30% le salaire statistique moyen tel qu'il ressort de l'ESS afin de paralléliser les revenus, mais aussi qu'elle ait de surcroît confirmé le fait de diminuer le revenu ainsi réduit de 10% supplémentaires en raison de l'atteinte à la santé. Cela a permis au Tribunal fédéral de préciser sa pratique qui jusqu'ici manquait quelque peu d'homogénéité.

Dans les considérants de son jugement du 12.6.2008, le Tribunal fédéral a constaté que la mise en parallèle des revenus de comparaison, d'une part, et l'abattement en raison de l'atteinte à la santé sur le revenu d'invalidé fixé en fonction de la statistique, d'autre part, étaient effec-

tués à des fins différentes. Il a expliqué qu'en procédant à un abattement sur les revenus statistiques moyens du fait de l'atteinte à la santé, on tenait avant tout compte du fait qu'une personne ayant une capacité de travail résiduelle en raison de son état de santé est rarement en mesure de réaliser un revenu qui corresponde aux données statistiques moyennes. Lors de la détermination du degré d'invalidité, selon le tribunal, les deux instruments doivent en principe être traités séparément l'un de l'autre, en procédant dans un premier temps à la parallélisation des revenus de comparaison et éventuellement, dans un deuxième temps, à un abattement approprié sur le revenu d'invalidé en raison de l'atteinte à la santé. Selon le tribunal, il convient alors de veiller au fait que d'éventuels facteurs étrangers à l'invalidité, ayant déjà été pris en compte lors de la parallélisation des revenus de comparaison, ne peuvent pas une nouvelle fois être pris en considération dans le cadre de la déduction pour cause d'atteinte à la santé. Il ajoute que l'abattement ne peut donc concerner plus que des facteurs en relation avec l'atteinte à la santé au sens plus étroit, raison pour laquelle il ne s'agit plus de limiter l'abattement au pourcentage maximum de 25% tel qu'appliqué dans la pratique.

Le Tribunal fédéral a laissé en suspens la question de savoir où se situe, dans de tels cas, le plafond de cet abattement pour cause d'atteinte à la santé; mais on conçoit aisément qu'après parallélisation des revenus, la déduction ne peut s'élever plus qu'à 20% au maximum.

Autres jugements en matière d'abattement pour cause d'atteinte à la santé

Dans plusieurs autres jugements concernant le montant de l'abattement pour cause d'atteinte à la santé, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur des cas où le revenu d'invalidé raisonnablement exigible a été déterminé sur la base de valeurs statistiques moyennes.

Dans un cas issu du canton de Zurich, l'instance précédente devait fixer le revenu d'invalidé exigible d'une personne n'ayant plus qu'une capacité de travail de 50%.

Le Tribunal cantonal des assurances sociales avait considéré que, selon la statistique, les salaires des hommes ayant une activité lucrative à temps partiel avec un taux d'activité entre 50% et 89% étaient entre 8,5% et 10,4% inférieurs aux salaires des hommes travaillant à plein temps, raison pour laquelle il convenait de déduire des salaires statistiques moyens le pourcentage moyen, c.-à-d. 9%. Au final, le Tribunal fédéral a considéré cette interprétation des données statistiques comme abusive, et ce d'autant plus qu'il existe des chiffres statistiques plus différenciés dont il ressort que les salaires moyens des hommes travaillant à 50% sont inférieurs d'au moins 10% à ceux des hommes travaillant à plein temps (jugement du 4.10.2007; I 793/06). La différence peut apparaître minime; mais dans le présent cas, c'est suite à cet écart que la personne assurée s'est vu allouer une rente de trois-quarts au lieu d'une demi-rente.

En revanche, lorsqu'une personne peut continuer d'exercer son activité professionnelle à plein temps mais avec un rendement réduit, le Tribunal fédéral n'admet pas, sous le titre de „taux d'activité", d'abattement analogue pour cause d'atteinte à la santé sur les salaires statistiques moyens. Dans le cas d'une personne handicapée psychique ayant une capacité de rendement médicalement évaluée de 70%, le Tribunal des assurances du canton de St. Gall avait considéré que le revenu d'invalidité exigible ne correspondait en l'occurrence pas au 70% des salaires statistiques moyens, mais qu'il fallait en plus procéder à un abattement en raison de l'atteinte à la santé vu que la capacité de rendement réduite – notamment suite à un coût du poste de travail plus élevé par rapport à la valeur du produit du travail – se répercutait sur le salaire réalisable d'une manière comparable à une activité à temps partiel. Or, dans un jugement du 2.11.2007 (I 69/07), le Tribunal fédéral – confirmant ainsi sa pratique – a contredit l'instance précédente; il a en effet constaté que, bien qu'une telle activité à plein temps puisse donner lieu, dans certains cas ponctuels, à un salaire réduit de façon surproportionnée, l'on ne pouvait pas affirmer avec fiabilité que telle était la règle de la même façon que lors d'activités à temps partiel, et ce d'autant moins que l'on pouvait faire valoir des facteurs

qui, aux yeux de l'employeur, rendent une activité à plein temps avec une performance réduite plus attractive qu'une activité à temps partiel.

Cette estimation du Tribunal fédéral semble toutefois passablement éloignée de la pratique. À notre avis, les expériences faites par les services de consultation montrent clairement que les salaires obtenus pour ce type d'emplois de niche, destinés à des employés à plein temps dont les capacités de rendement sont réduites, s'avèrent régulièrement inférieurs aux salaires statistiques moyens. Mais actuellement, il n'est pas très facile de démontrer ce lien au moyen des données statistiques existantes.

Barèmes de salaires: quel tableau appliquer?

Enfin, nous attirons l'attention sur un dernier jugement datant du 5.6.2007 (I 253/06) et issu de la pratique de notre Service juridique; il s'agissait là de déterminer le revenu d'invalidité exigible d'une personne dont la capacité de travail avait été fixée par les médecins à 70% dans une activité légère adaptée à son handicap. La personne assurée avait de fait un job à 65% dans une station d'essence pour lequel elle touchait un salaire-horaire sensiblement réduit. Le Tribunal fédéral a d'abord constaté que l'assuré ne mettait pas suffisamment à contribution, dans ces conditions, sa capacité de gain résiduelle, raison pour laquelle il s'avérait nécessaire de déterminer le revenu d'invalidité exigible par référence aux données statistiques fournies par l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS). Or, contrairement à l'office AI et l'instance précédente, le Tribunal fédéral en est arrivé à la conclusion qu'il ne convenait pas de se baser sur le salaire standard indiqué dans le tableau TA 1 concernant les hommes effectuant des travaux simples et répétitifs; ce étant donné que l'assuré, selon les résultats d'une expertise professionnelle réalisée par le COPAI, n'est pas en mesure de satisfaire aux exigences du secteur productif et ne peut envisager qu'une activité dans le domaine des services comme p. ex. dans la vente. C'est pourquoi, a estimé le Tribunal fédéral, il se justifiait en l'occurrence de déterminer le revenu d'invalidité selon le barème

inférieur concernant le secteur des services et non selon le salaire mensuel standardisé qui s'applique au secteur privé dans son ensemble. Concrètement, il en résulte que l'assuré s'est vu accorder une rente de trois-quarts en lieu et place d'une demi-rente.

Il est rare que les barèmes de salaires soient appliqués de manière aussi différenciée. Cela vaut la peine d'y accorder suffisamment d'attention lorsque les évaluations médicales et professionnelles fournissent des renseignements clairs sur les possibilités professionnelles réduites de la personne atteinte dans sa santé.

Georges Pestalozzi-Seger

Nouvelle loi sur les allocations familiales

La loi fédérale sur les allocations familiales (LAFam) entrera en vigueur le 1.1.2009. Vu l'impossibilité d'en faire une présentation exhaustive dans le cadre de cet article, nous souhaitons tout de même saisir l'occasion d'attirer l'attention sur un certain nombre de questions spécifiques qui ont leur importance pour la situation des personnes handicapées.

Droit aux allocations pour enfants: quelle durée pour les enfants handicapés?

Dès le 1.1.2009, tous les cantons seront tenus de prévoir, dans leurs règlements concernant les allocations familiales, une allocation pour enfants d'au moins 200 francs par mois. Celles-ci devront en principe être versées dès le mois de la naissance de l'enfant jusqu'à la fin du mois au cours duquel l'enfant atteint l'âge de 16 ans. Ensuite, il existe le cas échéant un droit à l'allocation de formation professionnelle (d'un montant de 250 francs au minimum) si l'enfant accomplit une formation professionnelle, et ce au plus tard jusqu'à l'âge de 25 ans révolus.

Le législateur a prévu une exception pour les enfants „incapables d'exercer une activité lucrative": dans ce cas, l'allocation pour enfant est versée au-delà de l'âge de 16 ans, soit jusqu'à l'âge de 20 ans révolus (art. 3 al. 1 let. a LAFam), et ce dans tous les cas où l'enfant n'accomplit pas de formation professionnelle et ne peut de par ce fait prétendre à une allocation de formation. Un éventuel droit de l'enfant à une rente d'invalidité n'exclut pas le droit des parents à une allocation pour enfants.

Dans ce contexte se pose la question de savoir dans quelles circonstances un enfant doit être considéré comme „incapable d'exercer une activité lucrative" resp. s'il doit remplir la condition de l'incapacité de gain totale ou si une incapacité de gain partielle est suffisante. Ni la loi, ni l'ordonnance ne précisent ce point, et quant aux directives sur les allocations familiales, elles se contentent de renvoyer à l'art. 7 LPGa ainsi qu'à la circulaire concernant l'invalidité et l'impotence (CIIAI), ce qui ne

permet pas davantage d'éclaircir la question. Il incombera donc à la pratique de procéder aux clarifications nécessaires.

Droit des personnes salariées: quelle durée en cas de maladie et d'accident?

En principe, le droit à l'allocation pour enfants et à l'allocation de formation professionnelle revient à l'ensemble des personnes salariées ayant droit à un salaire d'au moins 6'840 francs par année (resp. de 570 francs par mois; état 2009). Lorsqu'une personne salariée travaille auprès de plusieurs employeurs, ses salaires sont additionnés afin de pouvoir déterminer si le revenu minimal est atteint. Le droit aux allocations familiales est également accordé aux personnes qui exercent une activité lucrative partielle et perçoivent une rente de l'AI ainsi qu'une ou plusieurs rentes pour enfants. La loi n'exclut pas de cumuler ainsi les prestations.

Lorsqu'une personne salariée se retrouve dans l'incapacité de travailler suite à une maladie ou un accident, son droit aux allocations familiales est maintenu aussi longtemps que l'employeur lui verse son salaire. Ce droit s'applique toutefois, indépendamment du fait qu'un salaire ou une indemnité journalière soit versé ou non, dans tous les cas au mois durant lequel l'empêchement de travailler est survenu, ainsi qu'aux 3 mois suivants (art. 10 al. 1 OAFam).

Droit des personnes sans activité lucrative: s'applique-t-il également aux bénéficiaires d'une rente AI?

Par ailleurs, la nouvelle loi sur les allocations familiales prévoit, sous certaines conditions, un droit aux allocations familiales pour les parents sans activité lucrative (art. 19 LAFam). Les cantons peuvent élargir ces conditions, mais pas les restreindre. La loi sur les allocations familiales admet comme „personnes sans activité lucrative” toutes les personnes considérées par l'AVS comme sans activité lucrative. Par conséquent, ne sont pas considérées comme „sans activité lucrative” les personnes

ayant atteint l'âge ordinaire de la retraite et bénéficiant d'une rente de vieillesse de l'AVS, les personnes mariées vivant non séparées et dont le conjoint exerce une activité indépendante au sens de l'AVS ou perçoit une rente de vieillesse de l'AVS, ou également les personnes dont les cotisations à l'AVS sont considérées comme payées par le conjoint au sens d'un „splitting” (art. 16 OAFam). Cela signifie p. ex. que les bénéficiaires d'une rente AI non mariés, attribués par l'AVS à la catégorie des personnes non-actives, peuvent tout à fait prétendre à des allocations familiales au titre de personnes sans activité lucrative.

En outre, les conditions suivantes doivent être remplies pour qu'une personne „sans activité lucrative” puisse prétendre à des allocations familiales: d'une part, le revenu imposable selon la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct est égal ou inférieur à une fois et demie le montant d'une rente de vieillesse complète maximale de l'AVS (dès 2009: 41'040 francs par année resp. 3'420 francs par mois) et, d'autre part, la personne ne perçoit aucune prestation complémentaire (art. 19 al. 2 LAFam). Cette dernière disposition a pour conséquence d'exclure à nouveau une partie des rentiers AI du droit aux allocations familiales.

Remarques finales

Il ne fait aucun doute que la nouvelle loi sur les allocations familiales marque une avancée importante vers une meilleure compensation des charges familiales et vers une uniformisation des divers règlements cantonaux dans ce domaine. Mais au final, la réglementation du droit des personnes non-actives, notamment, qui contient des critères quelque peu formels, ne semble pas toujours très convaincante d'un point de vue matériel. C'est pourquoi il ne serait pas très étonnant que cette loi soit soumise assez rapidement à une première révision. Cela offrirait l'occasion d'intégrer l'important groupe des personnes ayant une activité lucrative indépendante dans le système d'allocations familiales au niveau suisse.

Georges Pestalozzi-Seger

Prévoyance professionnelle: Obligation d'assurer les employés temporaires

Tandis que les salariés engagés pour une durée illimitée sont, selon la LPP, assurés à titre obligatoire dès le premier jour de travail s'ils réalisent un salaire annuel de 19'890 francs au minimum (à compter de 2009: 20'520 francs), les employés ayant un contrat de travail d'une durée déterminée de 3 mois au maximum ne sont, quant à eux, pas assujettis à l'assurance obligatoire. Bien que cette disposition de l'art. 1j al. 1 let. b OPP 2 semble en soi claire, il n'en reste pas moins que son application suscitait régulièrement d'importantes questions et conduisait à des lacunes parfois problématiques au niveau de la couverture d'assurance.

Il est réjouissant que le Conseil fédéral ait décidé d'améliorer, dès le 1.1.2009, la couverture d'assurance des salariés temporaires en ajoutant une disposition à l'ordonnance (art. 1k OPP 2). Celle-ci prévoit, d'une part, l'obligation d'assurer le salarié à titre obligatoire dans tous les cas où un rapport de travail précédemment limité dans le temps est prolongé sans interruption pendant une durée de trois mois, et ce à partir du jour où la prolongation a été convenue. Cela interviendra généralement quelque temps avant le terme d'un engagement à durée déterminée.

Lorsqu'une personne effectue plusieurs engagements successifs chez le même employeur ou plusieurs missions pour la même entreprise bailleuse de services (agence de travail temporaire) d'une durée totale dépassant 3 mois et qu'aucune interruption ne dure plus de 3 mois, le salarié est assuré dès le début du 4^e mois de travail cumulé. Si, par exemple, la personne travaille dans une entreprise pour y effectuer une première mission temporaire de 2 mois et qu'elle retourne, après une interruption de 2 mois, chez le même employeur pour y travailler pendant une nouvelle période limitée, elle est assujettie à la LPP dès le début du 4^e mois de travail (resp. du 2^e mois de travail du second engagement temporaire). Toutefois, s'il a été convenu à l'avance, c.-à-d. avant que la personne ne commence à travailler, que la durée totale des en-

gagements sera supérieure à 3 mois, l'assujettissement commencera en même temps que le rapport de travail.

Georges Pestalozzi-Seger