

## DROIT ET HANDICAP

05 / 2022 (30.06.2022)

### **AI: pas de modification de la pratique lors du calcul du taux d'invalidité selon les salaires statistiques de l'ESS**

Le 9.3.2022, le Tribunal fédéral devait juger un cas, [8C 256/2021](#), auquel s'appliquaient jusqu'au 31.12.2021 les dispositions de la loi sur l'assurance-invalidité (LAI) et celles du règlement sur l'assurance-invalidité (RAI). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a refusé de modifier sa jurisprudence actuelle selon laquelle le taux d'invalidité se détermine à l'aide des barèmes issus de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS).

Dans un arrêt destiné à publication du 9.3.2022, [8C 256/2021](#), le Tribunal fédéral s'est penché sur le recours d'un homme portant sur la question suivante: selon quelle base convient-il de déterminer le revenu que le recourant diversement atteint dans sa santé est encore en mesure de réaliser (ledit revenu avec invalidité)? La décision de l'office AI ayant donné lieu au recours déposé contre l'arrêt du Tribunal cantonal de Lucerne a été rendue le 3 juillet 2020, donc avant l'entrée en vigueur de la LAI révisée et du RAI révisé le 1.1.2022. Le Tribunal fédéral a par conséquent basé son évaluation du recours sur les dispositions de la LAI et du RAI en vigueur jusqu'au 31.12.2021. Dans une de ses séances publiques, qui sont relativement rares, le Tribunal fédéral a rejeté le recours et s'est prononcé contre une modification de sa pratique actuelle.

#### **Revenu avec invalidité selon l'ESS**

Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal cantonal de Lucerne s'est référé à la jurisprudence

pratiquée depuis des années par le Tribunal fédéral et a fondé la détermination du revenu avec invalidité sur les valeurs statistiques de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) de l'Office fédéral de la statistique (OFS). Il a accordé au recourant, compte tenu de la valeur médiane selon l'ESS et d'un abattement pour facteurs personnels et professionnels de 10%, un quart de rente à compter de décembre 2017, une rente entière de l'AI à compter de mars 2018, une rente de trois quarts à compter d'août 2018 et un quart de rente à compter de novembre 2018. Devant le Tribunal fédéral, l'intéressé a demandé le versement d'une demi-rente de l'AI en lieu et place des quarts de rentes accordées. Il a invoqué le fait que les résultats de recherche du Bureau BASS ainsi qu'une expertise juridique du Prof. Th. Gächter, Dr en droit (les deux consultables sous [wesym.ch/de/rechtsgutachten](https://www.wesym.ch/de/rechtsgutachten), en allemand) sont disponibles depuis février 2021. Selon ces documents, l'utilisation de

la valeur médiane de l'ESS dans la détermination du revenu avec invalidité rend impossible l'accès équitable aux prestations de l'AI, a-t-il argué. L'intéressé a en outre fait valoir qu'il ne fallait pas se fonder sur la valeur médiane mais sur le quartile inférieur de l'ESS. Au cours de la procédure de recours, il a par ailleurs attiré l'attention sur le fait qu'il existe, depuis novembre 2021, une proposition d'un groupe de travail mené par la Professeure émérite G. Riemer-Kafka (consultable sous [szs.-recht.ch](https://szs.-recht.ch), en allemand avec un résumé en français) qui étaye les conclusions du Prof. Th. Gächter et du Bureau BASS. Le recourant a fait valoir que la solution proposée permettait de procéder à une évaluation réaliste du salaire des personnes atteintes dans leur santé physique.

### **Salaire statistique selon l'ESS**

Quand le salaire statistique selon l'ESS est-il pris en compte? Et pourquoi l'utilisation des barèmes ESS est-elle problématique lors de la détermination du revenu avec invalidité?

Le droit à une rente de l'AI présuppose que la personne assurée présente, en raison d'une infirmité congénitale, d'un accident ou d'une maladie, une capacité de gain durablement restreinte, et ce à hauteur d'au moins 40%. La détermination du taux d'invalidité des personnes assurées travaillant à temps complet s'effectue selon la méthode de la comparaison des revenus. Il s'agit alors de comparer le revenu sans atteinte à la santé (ledit revenu sans invalidité) avec le revenu raisonnablement exigible avec atteinte à la santé (ledit revenu avec invalidité).

Est considéré comme revenu sans invalidité le revenu que la personne assurée réaliserait, avec une probabilité prépondérante et compte tenu de

l'ensemble des circonstances la concernant, si elle n'était pas devenue invalide.

Le revenu avec invalidité est le revenu de l'activité lucrative qu'une personne assurée pourrait encore réaliser malgré son atteinte à la santé, après la mise en œuvre d'éventuelles mesures de réadaptation, en exerçant une activité que l'on peut raisonnablement exiger d'elle sur un marché du travail équilibré. Le revenu effectivement réalisé est considéré comme déterminant si la personne assurée exploite ainsi autant que possible sa capacité fonctionnelle résiduelle. En revanche, la mise à contribution optimale de la capacité fonctionnelle n'est admise que dans le cas où le montant du revenu concrètement réalisé est à peu près équivalent à la valeur centrale statistique correspondante. Si le revenu avec invalidité ne peut être déterminé sur la base du revenu effectivement réalisé, il convient alors de recourir à des valeurs statistiques.

Si l'on recourt à des valeurs statistiques pour déterminer le revenu avec invalidité, il convient de se baser, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral pratiquée durant des années, sur les valeurs centrales de l'ESS. Il s'agit en principe d'utiliser le tableau TA1\_tirage\_skill\_level (salaire mensuel brut selon les branches économiques, le niveau de compétences et le sexe, secteur privé) (cf. à ce propos [les tableaux TA1 tirage skill level 2012-2018](#)). Par souci d'exhaustivité, nous attirons l'attention sur le fait que cette pratique appliquée depuis de nombreuses années est inscrite depuis le 1.1.2022 dans l'art. 26<sup>bis</sup> al. 2 en liaison avec l'art. 25 al. 3 RAI.

Pourquoi l'utilisation des tableaux ESS pour déterminer le revenu avec invalidité

est-elle problématique? Les résultats de recherches du Bureau BASS cités plus haut ainsi que ceux de l'expertise juridique du Prof. Th. Gächter, Dr en droit (les deux consultables sous

[wesym.ch/de/rechtsgutachten](https://wesym.ch/de/rechtsgutachten), en allemand) mettent en évidence que les tableaux ESS actuels, utilisés à des fins statistiques, ne sont pas adaptés à la détermination du revenu avec invalidité: ils se basent en effet principalement sur les salaires de personnes en bonne santé et ne reflètent que très insuffisamment le niveau de salaire de personnes atteintes dans leur santé. Cela est dû au fait que les tableaux ESS incluent, même s'agissant d'activités auxiliaires au niveau de compétences le plus bas, aussi bien p. ex. des salaires dans le secteur de la construction impliquant des activités physiques pénibles et donc mieux rémunérées, que des salaires très élevés dans le secteur des services pour des postes demandant un certain niveau de qualification que même des personnes en bonne santé d'un niveau de compétences le plus bas ne sont guère en mesure d'obtenir.

Par conséquent, en se basant sur les tableaux ESS actuels pour déterminer le revenu avec invalidité, on aboutit à un revenu structurellement trop élevé pour les personnes atteintes dans leur santé. Avec pour résultat que ces personnes se voient refuser une reconversion ou une rente, alors qu'elles auraient bel et bien droit à ces prestations de l'AI si le calcul était basé sur des valeurs réalistes.

### **Pas de modification de la pratique: le salaire statistique selon l'ESS est maintenu**

Dans son arrêt du 9.3.2022, [8C 256/2021](#), le Tribunal fédéral devait statuer sur la question de savoir si les résultats de recherche et l'expertise juridique invoqués

par le recourant donnent lieu à une modification de la pratique actuelle selon laquelle il convient de déterminer le revenu avec invalidité sur la base de la valeur centrale de l'ESS.

Le Tribunal fédéral a d'abord rappelé que conformément à la jurisprudence en vigueur, il convenait de déterminer le revenu avec invalidité en se fondant sur les valeurs centrales de l'ESS. La jurisprudence en vigueur prévoit également que la valeur de base ainsi déterminée peut le cas échéant être réduite, a-t-il précisé; en ajoutant toutefois que ledit abattement pour facteurs personnels et professionnels n'entre pas en application de façon automatique, mais uniquement après évaluation du cas d'espèce; la déduction doit ensuite faire l'objet d'une estimation globale et ne peut dépasser 25%. Selon le Tribunal fédéral, cette déduction constitue un correctif capital pour déterminer le revenu avec invalidité de la manière la plus concrète possible. Vu que le Tribunal fédéral ne considère pas la jurisprudence en vigueur comme discriminatoire et qu'il ne voit pas de raison factuelle sérieuse pour modifier la jurisprudence, il a refusé de procéder à un changement de pratique.

Ensuite, en ce qui concerne le cas qu'il devait juger, le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'y avait rien à opposer au fait de se fonder ni sur la valeur centrale de l'ESS ni sur l'abattement de 10% pour facteurs personnels et professionnels pratiqué par l'office AI et confirmé par le Tribunal cantonal de Lucerne. Il a par conséquent maintenu la rente AI accordée par le Tribunal cantonal de Lucerne et rejeté le recours.

Le Tribunal fédéral a tout de même précisé la chose suivante: le fait que les conditions d'un changement de jurisprudence ne sont

pas réunies dans le présent cas ne signifie nullement que la jurisprudence, en particulier à l'aune de la révision de la LAI et du RAI, ne pourra pas évoluer à l'avenir. Il rappelle que le Tribunal fédéral a déjà statué dans de précédents arrêts que s'agissant de l'utilisation de l'ESS, une évolution vers une pratique plus précise de l'AI avec des mesures d'accompagnement est en cours. L'examen de tableaux plus nuancés pour déterminer le revenu avec invalidité sur la base de valeurs statistiques, mis en perspective par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) en réponse à un mandat du Conseil fédéral constitue, selon le Tribunal fédéral, un pas dans la bonne direction. Il a par ailleurs ajouté qu'on pouvait se féliciter que les enquêtes et analyses du Prof. Th. Gächter, Dr en droit, de la Prof. ém. G. Riemer-Kafka et du Bureau BASS seront prises en considération dans ce processus.

### **Des barèmes de salaires correspondant à l'invalidité s'imposent d'urgence**

Les dispositions de la LAI et du RAI en vigueur depuis le 1.1.2022 prévoient que la détermination du revenu avec invalidité sur la base de valeurs statistiques est à effectuer en fonction de la valeur médiane de l'ESS. En même temps, l'abattement pour facteurs personnels et professionnels, vanté par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 9.3.2022 comme étant un «correctif capital», a été supprimé. C'est pourquoi l'élaboration de barèmes de salaires correspondant à l'invalidité s'avère plus urgente que jamais; dans bon nombre de cas, ceux-ci sont en effet décisifs pour la fixation du taux d'invalidité et déterminants pour qu'une personne se voie accorder un

reclassement ou une rente d'invalidité par l'AI.

### **Que se passe-t-il sur le plan politique?**

Malgré le fait que l'OFAS ait été mandaté par le Conseil fédéral pour examiner la possibilité de développer des bases de calcul spécifiquement calquées sur l'AI, l'OFAS ne laisse entrevoir des propositions concrètes que pour 2025 au plus tôt.

Entretiens, le Parlement s'est activé en déposant des interventions parlementaires. Outre une interpellation [21.4522](#) du conseiller aux États Hannes Germann («Pourquoi le Conseil fédéral n'a-t-il pas tenu compte des avis exprimés lors de la procédure de consultation sur les barèmes de salaires utilisés par l'AI?»), une motion [22.3377](#) de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national a été déposée («Utiliser des barèmes de salaires correspondant à l'invalidité dans le calcul du taux d'invalidité»). Le Conseil national a adopté cette motion le 1.6.2022 sans opposition. Elle est à présent transmise au Conseil des États. La motion vise à charger le Conseil fédéral d'adapter, d'ici mi-2023, une base de calcul pour la détermination du taux d'invalidité de sorte que les possibilités de revenu réelles des personnes atteintes dans leur santé soient prises en considération. Il subsiste donc l'espoir que l'instauration de barèmes de salaires correspondant à l'invalidité, permettant ainsi une manière plus correcte et plus juste de déterminer l'invalidité, ne se fasse pas attendre pendant encore de nombreuses années.

---

#### **Impressum**

Auteure: Petra Kern, avocate, cheffe du Département Assurances sociales

Éditrice: **Inclusion Handicap** | Mühlemattstrasse 14a | 3007 Berne

Tél.: 031 370 08 30 | [info@inclusion-handicap.ch](mailto:info@inclusion-handicap.ch) | [www.inclusion-handicap.ch](http://www.inclusion-handicap.ch)