

DROIT ET HANDICAP

05 / 2024 (13.01.2025)

AI : l'abattement dû à l'atteinte à la santé sur le revenu avec invalidité s'applique aussi pour 2022 et 2023

Dans le cadre du développement continu de l'AI, la mesure corrective sous forme d'un abattement dû à l'atteinte à la santé sur les barèmes de salaires ESS a été supprimée avec effet au 1.1.2022 et remplacée par ladite déduction pour le travail à temps partiel. À compter du 1.1.2024, la déduction pour le travail à temps partiel a été complétée par une déduction forfaitaire. Dans son arrêt du 8.7.2024, [8C 823/2023](#), le Tribunal fédéral fait le constat suivant : la règle prévue dans l'art. 26^{bis} al. 3 du règlement sur l'assurance-invalidité dans sa version du 1.1.2022 est incompatible avec le droit fédéral et il convient de maintenir l'examen d'un abattement dû à l'atteinte à la santé sur les barèmes de salaires ESS.

Afin d'expliquer plus précisément l'arrêt du Tribunal fédéral du 8.7.2024, [8C 823/2023](#) destiné à la publication, il est utile de mettre en lumière de façon détaillée le développement de l'abattement dû à l'atteinte à la santé sur les barèmes de salaires ESS et de diviser les bases légales en 3 phases.

Taux d'invalidité : comparaison des revenus et revenu hypothétique avec invalidité

S'agissant de personnes assurées exerçant une activité lucrative, le taux d'invalidité est déterminé selon la méthode de la comparaison des revenus (art. 16 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, LPGA). Cette méthode de la comparaison des revenus visant à déterminer le taux

d'invalidité dans le domaine de l'activité lucrative est également utilisée chez les personnes travaillant à temps partiel auxquelles s'applique la méthode mixte. On compare :

Le revenu sans invalidité : le revenu que la personne assurée réaliserait si elle n'était pas atteinte dans sa santé.

Le revenu avec invalidité : le revenu que la personne assurée pourrait réaliser, malgré son atteinte à la santé, dans une activité que l'on peut raisonnablement exiger d'elle sur un marché du travail équilibré.

$$\frac{\text{revenu sans invalidité} - \text{revenu avec invalidité}}{\text{revenu sans invalidité}} \times 100 = \text{taux d'invalidité}$$

Si la personne assurée ne met pas à profit sa capacité de travail résiduelle du mieux qu'elle peut, si bien qu'il n'est pas possible de se baser sur un revenu effectivement réalisé, le revenu avec invalidité doit être déterminé de façon hypothétique. Comment ce revenu avec invalidité hypothétique est-il calculé? Il faut différencier le processus selon 3 phases :

Phase 1: jusqu'au 31.12.2021

Phase 2: du 1.1.2022 au 31.12.2023

Phase 3: à compter du 1.1.2024

Phase 1: jusqu'au 31.12.2021

Jusqu'au 31.12.2021, la législation ne prévoyait pas de règle selon laquelle le revenu hypothétique avec invalidité devait être déterminé. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a développé la jurisprudence suivante :

Afin de déterminer le revenu hypothétique avec invalidité, il convient de se référer aux barèmes de salaires ESS de l'Office fédéral de la statistique. Suivant le cas de figure, un **abattement dû à l'atteinte à la santé sur le salaire statistique entre 0% et 25%** peut être pris en compte.

Le montant de l'abattement dû à l'atteinte à la santé est déterminé notamment selon les facteurs suivants (voir le résumé de la jurisprudence dans Droit et handicap 13/2019) :

- Genre et étendue de la restriction due à l'état de santé
- Âge (avancé)
- Ancienneté dans l'entreprise
- Nombre d'années de service
- Travail à temps partiel / taux d'occupation
- Capacité réduite en cas de travail à plein temps

- Nationalité et statut de séjour

Exemple phase 1

Monsieur H. a perdu la capacité fonctionnelle de son bras droit au cours d'une maladie. Il présente un profil d'exigibilité extrêmement limité dans une activité auxiliaire légère. Dans le cadre de ce profil d'exigibilité, un taux de travail à 100% peut être raisonnablement exigé de lui avec une pleine capacité de travail.

Le barème de salaires ESS 2020, total hommes, niveau de compétence 1, s'élève à CHF 5'261 par mois. En l'adaptant à l'horaire de travail hebdomadaire usuel dans les entreprises de 41,7 heures, il en résulte un salaire annuel de CHF 65'815.

*Selon la jurisprudence relative au droit en vigueur jusqu'au 31.12.2021, un abattement dû à l'atteinte à la santé de 25% peut être appliqué au revenu avec invalidité de Monsieur H. du fait qu'il est privé de l'usage d'un bras. Son revenu avec invalidité est donc de **CHF 49'361** en 2020.*

Phase 2: du 1.1.2022 au 31.12.2023

À compter du 1.1.2022 (entrée en vigueur du développement continu de l'AI), l'application des barèmes de salaires ESS pour la détermination du revenu hypothétique a été inscrite dans l'art. 25 al. 3 du règlement sur l'assurance-invalidité (RAI). En ce qui concerne le revenu avec invalidité, un art. 26^{bis} al. 3 RAI a en outre été introduit : « *Si, du fait de l'invalidité, les capacités fonctionnelles de l'assuré au sens de l'art. 49, al. 1^{bis}, 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* ».

En introduisant cette disposition, le Conseil fédéral en sa qualité d'autorité réglementaire a **supprimé dans une large mesure l'abattement dû à l'atteinte à la santé** développé par le Tribunal fédéral. Cela signifie : l'ensemble des facteurs n'étaient plus déterminants, à une seule exception près, à savoir l'abattement à hauteur de 10% pour le travail à temps partiel.

Arrêt du Tribunal fédéral du 8.7.2024 concernant la phase 2

Dans son arrêt du 8.7.2024, [8C 823/2023](#), le Tribunal fédéral a procédé à une interprétation globale des travaux préparatoires. Comme expliqué précédemment, il en est arrivé à la conclusion suivante : l'art. 26^{bis} al. 3 RAI introduit par le Conseil fédéral dans la version en vigueur le 1.1.2022 ne correspond pas à la volonté du législateur et n'est par conséquent pas compatible avec le droit fédéral. L'abattement dû à l'atteinte à la santé allant de 0% à 25% sur les barèmes de salaires ESS peut continuer à être accordé en fonction du cas de figure.

Exemple phase 2

*Sur la base de l'art. 26^{bis} al. 3 RAI dans sa version en vigueur le 1.1.2022, aucun abattement dû à l'atteinte à la santé ne serait appliqué au revenu avec invalidité de Monsieur H. selon le barème de salaire 2020. Monsieur H. ne se verrait en outre pas appliquer non plus de déduction pour le travail à temps partiel. Son revenu avec invalidité s'élèverait par conséquent, selon l'art. 26^{bis} al. 3 RAI, à **CHF 65'815**, sachant que ce revenu devrait en outre être indexé vers le haut pour les années 2022 et, le cas échéant, 2023.*

Arrêt du Tribunal fédéral du 8.7.2024, 8C 823/2023 :

*Vu que le Tribunal fédéral déclare non applicable l'art. 26^{bis} al. 3 RAI dans sa version en vigueur le 1.1.2022, en renvoyant à sa jurisprudence pratiquée jusqu'à présent en matière d'abattement dû à l'atteinte à la santé, il s'applique dans le cas de Monsieur H. comme auparavant un abattement dû à l'atteinte à la santé de 25% et son revenu avec invalidité reste fixé à **CHF 49'36**, sachant que ce revenu doit en outre être indexé vers le haut pour les années 2022 et, le cas échéant, 2023.*

Phase 3: à compter du 1.1.2024

Suite à une intervention parlementaire ([motion 22.3377](#)), l'art. 26^{bis} al. 3 RAI a été complété, avec effet au 1.1.2024 (donc avant que le Tribunal fédéral ne rende son arrêt du 8 juillet 2024), par une déduction forfaitaire. Depuis lors, l'énoncé de l'art. 26^{bis} al. 3 RAI est le suivant : « Une déduction de 10% est opérée sur la valeur statistique visée à l'al. 2. Si, du fait de l'invalidité, l'assuré ne peut travailler qu'avec une capacité fonctionnelle au sens de l'art. 49, al. 1^{bis}, de 50% ou moins, une déduction de 20% est opérée. Aucune déduction supplémentaire n'est possible. »

Suite à cette disposition, l'abattement dû à l'atteinte à la santé reste abrogé, à l'exception de la déduction pour le travail à temps partiel. Désormais, lorsqu'on se réfère aux barèmes de salaires ESS pour déterminer le revenu avec invalidité, une déduction forfaitaire de 10% est toutefois prise en compte. En cas de capacité fonctionnelle comprise entre 0% et 50%, la déduction s'élève par conséquent à 20% (déduction forfaitaire 10% + déduction pour le travail à temps partiel 10%).

Les rentes en cours ayant pris naissance avant le 1.1.2024 doivent être révisées dans un délai de trois ans, c.-à-d. jusqu'à fin 2026. Cela concerne les rentes basées sur un taux d'invalidité inférieur à 70%, à

condition que le revenu avec invalidité ait été déterminé selon des valeurs statistiques et que le salaire statistique ESS n'ait pas déjà été réduit de 20%.

Exemple phase 3

Conformément à l'art. 26^{bis} al. 3 RAI dans sa version en vigueur le 1.1.2024, aucun abattement dû à l'atteinte à la santé n'est accordé à Monsieur H. sur son revenu avec invalidité déterminé selon les barèmes de salaires ESS 2022. La déduction forfaitaire de 10% est certes appliquée; Monsieur H. n'a en revanche pas droit à une déduction pour le travail à temps partiel.

*Son revenu avec invalidité se calcule sur la base de l'art. 26^{bis} al. 3 RAI dans sa version en vigueur le 1.1.2024 comme suit : le salaire statistique ESS 2022, total hommes, niveau de compétence 1, s'élève à CHF 5'305 par mois. En l'adaptant à l'horaire de travail hebdomadaire usuel dans les entreprises de 41,7 heures, il en résulte un salaire annuel de CHF 66'366. Compte tenu d'une déduction forfaitaire de 10% , le revenu avec invalidité de Monsieur H. est donc de **CHF 59'233** mais doit en outre être indexé vers le haut pour les années 2023 et 2024.*

Résumé

- **Jusqu'au 31.12.2021** (phase 1) s'applique aux rentes AI la jurisprudence concernant le droit en vigueur jusqu'au 31.12.2021 : prise en compte d'un abattement dû à l'atteinte à la santé sur le salaire statistique ESS jusqu'à 25% au maximum.
- **Entre le 1.1.2022 et le 31.12.2023** (phase 2) s'appliquent aux rentes AI les dispositions de l'art. 26^{bis} al. 3 RAI, avec la possibilité d'une déduction de 10% pour le travail à temps partiel. La jurisprudence concernant le droit en vigueur jusqu'au 31.12.2021 s'applique

en plus : prise en compte d'un abattement dû à l'atteinte à la santé sur le salaire statistique ESS pouvant aller jusqu'à 25% au maximum (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 8.7.2024, [8C_823/2023](#)).

- **À compter du 1.1.2024** (phase 3) s'applique aux rentes AI le droit en vigueur dès le 1.1.2024 : déduction forfaitaire de 10% et, en cas de capacité fonctionnelle comprise entre 0% et 50%, une déduction de 20% (déduction forfaitaire 10% + déduction pour le travail partiel 10%).

Lettre circulaire AI n° 445

En réaction à l'arrêt du Tribunal fédéral du 8.7.2024, [8C 823/2023](#), l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a publié, le 26.8.2024, la [lettre circulaire AI n° 445](#). L'OFAS y précise que l'arrêt du Tribunal fédéral reste sans conséquence sur l'art. 26^{bis} al. 3 RAI dans sa version en vigueur dès le 1.1.2024. Lors de la détermination du revenu avec invalidité sur la base des salaires statistiques ESS, il convient par conséquent, selon l'OFAS, de tenir compte d'une déduction forfaitaire de 10% et – en cas de capacité fonctionnelle comprise entre 0% et 50% – d'une déduction de 20%, mais d'aucun abattement (dû à l'atteinte à la santé) supplémentaire.

Vu que le point de vue de l'OFAS n'est pas partagé par l'ensemble des acteurs (cf. également [l'interpellation 24.3980](#)), il se peut que le Tribunal fédéral soit amené à se prononcer dans un proche avenir sur la question de savoir si l'art. 26^{bis} al. 3 RAI dans sa version en vigueur dès le 1.1.2024 est à présent compatible avec le droit fédéral, ou si l'application d'un abattement dû à l'atteinte à la santé entre 0% et 25% sur les salaires statistiques ESS reste possible. Le sujet de l'abattement dû à

l'atteinte à la santé pourrait donc se voir consacrer un chapitre supplémentaire.

Impressum

Auteurs: Petra Kern, avocate, responsable Département Assurances sociales
Martina Čulić, avocate, Département Assurances sociales

Éditrice: **Inclusion Handicap** | Mühlemattstrasse 14a | 3007 Berne
Tél.: 031 370 08 30 | info@inclusion-handicap.ch | www.inclusion-handicap.ch