

David Ionta

Revenu d'invalidé selon l'ESS – une mise à jour

Le revenu d'invalidé déterminé selon les données statistiques est au cœur de nombreuses discussions dans le domaine des assurances sociales, tant en doctrine qu'aux niveaux judiciaire et législatif. En particulier, le Développement continu de l'assurance-invalidité n'a pas apaisé les esprits, suscitant de nombreuses critiques. Il était nécessaire de procéder à une mise à jour de l'article paru en octobre 2018. La présente contribution passe en revue les récents développements, tout en restant ancré dans la pratique.

Catégories d'articles : Articles scientifiques

Domaines juridiques : Droit des assurances sociales, Assurance maladie et accidents, Assurance invalidité

Proposition de citation : David Ionta, Revenu d'invalidé selon l'ESS – une mise à jour, in : Jusletter 21 novembre 2022

Table des matières

1. Introduction
2. Notion de revenu d'invalidé
 - a. Généralités
 - b. Assurance-invalidité et assurance-accidents
 - c. Capacité de travail exigible
 - d. Obligation de réduire le dommage
 - e. Marché équilibré du travail
3. Convention collective de travail et ESS
4. Enquête suisse sur la structure des salaires
 - a. Principe
 - b. Niveaux de compétences
 - c. Horaire hebdomadaire de travail
 - d. Evolution des salaires
5. Abattement sur les salaires statistiques
 - a. Généralités
 - b. Le cas de la baisse de rendement
 - c. Limitations liées au handicap
 - i. Atteintes aux membres supérieurs
 - ii. Personnes considérées comme « monomanuelles »
 - iii. Atteintes aux membres inférieurs
 - iv. Colonne vertébrale
 - v. Autres atteintes
 - d. Âge
 - i. Généralités
 - ii. Particularité de l'assurance-accidents
 - e. Années de service
 - f. Nationalité / Autorisation de séjour
 - g. Taux d'occupation
6. Parallélisme des revenus à comparer
7. Développement continu de l'AI
 - a. Généralités
 - b. Évaluation du taux d'invalidité
 - i. Dans l'assurance-invalidité
 - ii. Dans les autres assurances sociales
 - c. Parallélisme
 - i. Dans l'assurance-invalidité
 - ii. Dans les autres assurances sociales
 - d. Dispositions transitoires
8. Développement actuel
 - a. « Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung »
 - b. Expertise du bureau BASS
 - c. Groupe de travail « Tabellenlöhne LSE »
 - d. Arrêt du Tribunal fédéral 8C_256/2021 du 9 mars 2022, publié aux ATF 148 V 174
9. Conclusion

1. Introduction¹

[1] Dans les publications précédentes, les éléments constitutifs de la notion d'invalidité et l'évaluation de l'invalidité² ainsi que la fixation du revenu d'invalidé selon l'ESS³ ont été abordés.

[2] Le présent article propose une mise à jour des éléments à prendre en compte pour fixer le revenu d'invalidé et aborde les récents développements ainsi que les modifications découlant du Développement continu de l'AI.

2. Notion de revenu d'invalidé

a. Généralités

[3] Le fondement médical sur lequel porte l'évaluation de l'invalidité est, par nature, soumis à une certaine marge d'appréciation et comporte certaines incertitudes. De nombreuses affirmations ne peuvent pas être faites avec l'exactitude que souhaiterait le juriste et ne peuvent pas être prouvées avec précision (p. ex. par des mesures, des tests, etc.). On pense par exemple à l'évaluation de la capacité de travail que l'on peut encore exiger d'une personne atteinte dans sa santé⁴.

[4] Indépendamment du diagnostic et de l'étiologie, ce qui est en principe déterminant pour la détermination du droit à la rente, c'est de savoir si et dans quelle mesure il existe une atteinte à la capacité de travail ou de gain⁵.

[5] Afin d'évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré (art. 16 LPG⁶). La détermination du taux d'invalidité selon le principe de la comparaison des revenus ne se base ainsi pas sur le temps consacré à l'activité ; une personne peut aussi être invalide si elle peut continuer à travailler à 100%⁷.

[6] La détermination du revenu d'invalidé suppose que les traitements et les mesures de réadaptation exigibles aient été effectués au préalable. Cette exigence reprend une condition qui doit déjà être examinée en relation avec l'incapacité de gain (art. 7 LPG), en tant qu'élément constitutif de l'invalidité. Ce n'est qu'une fois que toutes les possibilités de réadaptation ont été utilisées ou qu'il est clair que de telles mesures ne sont pas nécessaires pour maintenir ou améliorer la capacité de gain de la personne assurée que le revenu d'invalidé peut être déterminé⁸.

¹ Le présent article engage son auteur à titre personnel et ne reflète pas la position des institutions pour lesquelles il œuvre.

² DAVID IONTA, Qu'entend-on par « invalide » ?, in : Jusletter 3 octobre 2016.

³ DAVID IONTA, Fixation du revenu d'invalidé selon l'ESS, in : Jusletter 22 octobre 2018.

⁴ PETER OMLIN, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, Diss. Freiburg 1995, p. 310.

⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_761/2020 du 29 avril 2021 consid. 5.3 et les références.

⁶ Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1.

⁷ UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 4^{ème} éd., 2020, n. 68 ad art. 16 ATSG.

⁸ MARGIT MOSER-SZELESS, in Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, n. 28 ad art. 16 LPG ; dans le même sens : MICHEL VALTERIO, Commentaire de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI), 2018, n. 60 ad art. 28a LAI, p. 429 s. et les références ; JEAN-LOUIS DUC/CORINNE MONNARD SÉCHAUD, L'assurance-invalidité, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3^{ème} éd., 2016, n. 240, p. 1522.

[7] Le revenu d'invalidé vise ainsi non seulement les possibilités de gain que procure la profession habituelle, mais aussi celles que pourrait fournir à vue humaine raisonnable l'exercice d'autres activités après l'exécution éventuelle des mesures de réadaptation appropriées⁹.

[8] Le revenu d'invalidé doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé¹⁰. En ce sens, la référence aux données de l'ESS constitue une *ultima ratio*¹¹. Lorsque l'activité exercée après la survenance de l'atteinte à la santé repose sur des rapports de travail particulièrement stables¹², qu'elle met pleinement en valeur la capacité de travail résiduelle exigible et que le gain obtenu correspond au travail effectivement fourni et ne contient pas d'éléments de salaire social¹³, le revenu effectivement réalisé doit être pris en compte comme revenu après invalidité¹⁴. Demeure réservée, à ce sujet, l'application des nouvelles règles de l'assurance-invalidité, découlant du Développement continu de l'AI, pour les rentes prenant naissance dès le 1^{er} janvier 2022 (cf. ch. 7 lit. b infra).

[9] Le revenu réel sert de base pour le revenu d'invalidé si, entre autres, l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que l'assuré utilise pleinement sa capacité de travail restante. Ce n'est toutefois pas le cas si, sur le marché équilibré du travail, il pourrait gagner un salaire plus élevé que celui qu'il reçoit réellement¹⁵. Un changement d'emploi est également exigible même s'il est très difficile, voire impossible, pour l'assuré de trouver un emploi correspondant sur ce marché du travail hypothétique, en raison des conditions économiques du marché du travail réel. La prise en compte de ce revenu hypothétique plus élevé se fonde moins sur l'obligation de réduire le dommage que sur le fait que l'assurance-accidents ne doit compenser que la perte de salaire causée par l'atteinte à la santé en lien avec l'accident. Lors de l'évaluation de l'invalidité, l'assuré doit tenir compte, comme revenu d'invalidé, du salaire qu'il pourrait gagner sur le marché général du travail dans un poste exigible ; même s'il s'abstient de changer de profession ou d'emploi en raison de perspectives favorables au poste qu'il a eu jusqu'à présent, il ne peut pas s'attendre à ce que l'assurance-accidents indemnise la perte de salaire en raison de la renonciation à un revenu raisonnablement exigible¹⁶. Il en est de même lorsqu'un assuré refuse de changer de profession compte tenu de la possibilité d'une retraite anticipée à l'âge de 60 ans. L'intéressé ne peut s'attendre à ce que l'assurance-accidents prenne en charge la baisse de salaire du fait qu'il s'abstienne d'exercer une activité exigible. Cela conduirait à une situation inéquitable par rapport aux assurés qui n'ont pas la possibilité de prendre une retraite anticipée¹⁷.

⁹ VALTERIO (nbp 8), n. 62 ad art. 28a LAI, p. 430.

¹⁰ ATF 135 V 297 consid. 5.2.

¹¹ ATF 148 V 174 consid. 9.2.1 et la référence.

¹² Cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_551/2021 du 6 décembre 2021 consid. 4.1 sur l'interprétation de « rapports de travail particulièrement stables ».

¹³ L'expérience montre que les employeurs ne sont souvent pas conscients de l'importance de ces informations et qu'ils ne fournissent donc pas des indications correctes à ce sujet. C'est précisément lors du maintien en emploi de travailleurs malgré une atteinte à la santé qu'une part de salaire social est parfois versée, part qui doit être exclue pour la détermination d'une éventuelle invalidité (KIESER [nbp 7], n. 72 ad art. 16 ATSG).

¹⁴ ATF 148 V 174 consid. 6.2; 142 V 178 consid. 2.5.7.

¹⁵ Dans le même sens : KIESER (nbp 7), n. 71 ad art. 16 ATSG.

¹⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_368/2021 du 22 juillet 2021 consid. 9.1 et la référence; 8C_109/2018 du 8 novembre 2018 consid. 4.2 et les références; 8C_475/2017 du 5 décembre 2017 consid. 6.1.

¹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_13/2017 du 21 juin 2017 consid. 3.3.3.

[10] La situation est identique dans le domaine de l'assurance-invalidité. Lorsque l'activité exercée ne met pas pleinement en valeur la capacité de travail résiduelle exigible, il y a lieu de recourir aux données statistiques résultant de l'ESS pour évaluer le revenu d'invalidé¹⁸.

[11] Le Tribunal fédéral a en outre confirmé l'utilisation de la ligne « Total » de l'ESS lorsque l'assuré perçoit, après des mesures de réadaptation professionnelle réussie dans une nouvelle profession, un revenu nettement inférieur à celui qu'on peut obtenir sur le marché du travail équilibré et, partant, n'épuisant pas entièrement la capacité de gain résiduelle exigible¹⁹.

[12] A contrario, le revenu d'une activité lucrative qu'on ne peut raisonnablement pas exiger de l'assuré n'est pas pris en compte comme revenu du travail. Cela peut être le cas d'une activité qui, même si elle est appropriée, dépasse manifestement ses forces. Ainsi, par exemple, lorsqu'un assuré invalide exerce une activité lucrative à un taux d'activité supérieur à sa capacité de travail médicalement reconnue, il ne faut compter comme revenu d'invalidé que le montant qu'il obtiendrait en travaillant au taux d'activité indiqué du point de vue médical²⁰.

[13] Ce n'est qu'en l'absence d'un revenu effectivement réalisé – soit lorsque la personne assurée, après la survenance de l'atteinte à la santé, n'a pas repris d'activité lucrative ou alors aucune activité normalement exigible²¹ – que le revenu d'invalidé peut être évalué sur la base de salaires fondés sur les données statistiques résultant de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ci-après : ESS²²) ou sur les données salariales résultant des descriptions de postes de travail (ci-après : DPT) établies par la Caisse nationale suisse d'assurances en cas d'accidents (ci-après : CNA)²³.

[14] La question de l'utilisation des DPT ne devrait plus poser de problème, la CNA ayant décidé d'abandonner leur utilisation²⁴. Malgré le fait que la CNA n'actualise plus les DPT depuis le 1^{er} janvier 2019, les principes énoncés par la jurisprudence²⁵ s'appliquent toujours au contrôle des décisions de rente fondées sur les DPT²⁶.

[15] S'agissant du calculateur statistique de salaires (« Salarium ») de l'Office fédéral de la statistique (OFS)²⁷, son utilisation n'est pas admise par le Tribunal fédéral ; le fait que cet outil soit

¹⁸ Cf. p. ex. arrêts du Tribunal fédéral 9C_790/2020 du 13 octobre 2021 consid. 4.3 ; 9C_837/2018 du 6 mai 2019 consid. 4.3.1.

¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_631/2019 du 18 décembre 2019 consid. 6.2 et 6.3.1 et les références ; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 8C_419/2021 du 16 décembre 2021 consid. 13.2.2.

²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral I 485/05 du 3 novembre 2005 consid. 5.3 ; VALTERIO (nbp 8), n. 23 ad art. 28a LAI, p. 410.

²¹ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_50/2022 du 11 août 2022 consid. 6.1.1 [volet AA] ; 8C_66/2022 du 11 août 2022 consid. 6.1.1 [volet AI].

²² En allemand : Lohnstrukturhebung (LSE) ; en italien : rilevazione svizzera della struttura dei salari (RSS).

²³ ATF 139 V 592 consid. 2.3 ; 135 V 297 consid. 5.2 ; 129 V 472 consid. 4.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_476/2020 du 15 février 2021 consid. 3.2 ; MOSER-SZELESS (nbp 8), n. 33 ad art. 16 LPGa.

²⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_9/2020 du 10 juin 2020 consid. 4.3 ; cf. p. ex. jugement du Tribunal des assurances du Canton du Tessin 35.2019.59 du 30 septembre 2019 consid. 2.5 ; THOMAS FLÜCKIGER, in Basler Kommentar, Unfallversicherungsgesetz, 2019, n. 48 ad art. 18 UVG.

²⁵ ATF 139 V 592 consid. 2.3 et consid. 6.3 ; 135 V 297 consid. 5.2 ; 129 V 472 consid. 4.2.2.

²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_171/2021 du 14 décembre 2021 consid. 3.3 et les références ; KASPAR GERBER, in Kommentar zum Schweizerischen Sozialversicherungsrecht, IVG, Die Renten (Art. 28–41), 2022, n. 51 ad art. 28a.

²⁷ Consultable sur le site de l'OFS : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/salaires-revenus-cout-travail/niveau-salaires-suisse/salarium.html> (consulté le 21 septembre 2022).

également publié par l'OFS ne change rien au fait que la différence de résultats à laquelle il peut conduire résulte du choix des paramètres à inclure dans le calculateur²⁸.

[16] Il n'y a là aucune discrimination ou autre violation du droit fédéral, notamment de l'arbitraire, dans les situations dans lesquelles le revenu sans invalidité est inférieur au revenu d'invalidé pour un même taux d'occupation²⁹.

[17] Sur le plan procédural, la constatation des deux revenus hypothétiques à comparer est une question de fait, dans la mesure où elle repose sur une appréciation concrète des preuves. L'existence de conditions concrètement nécessaires, telles qu'une formation spécifique et d'autres qualifications, déterminante pour le choix d'un tableau donné de l'ESS, relève de l'établissement des faits. De même, l'utilisation des chiffres du tableau déterminant de l'ESS sur la base de ces éléments est une question de fait³⁰. Il s'agit en revanche d'une question de droit – que le Tribunal fédéral revoie librement³¹ – si elle se fonde sur l'expérience générale de la vie³². Ainsi, relèvent du droit les questions de savoir si les salaires statistiques de l'ESS sont applicables³³ ou le choix de la table et du niveau de compétences applicable³⁴.

b. Assurance-invalidité et assurance-accidents

[18] Il est un fait que des divergences peuvent apparaître dans l'évaluation de l'invalidité.

[19] Bien que la notion d'invalidité soit en principe identique en matière d'assurance-invalidité et d'assurance-accidents (uniformité de la notion d'invalidité dans l'assurance sociale³⁵), il n'en demeure pas moins que l'évaluation de l'invalidité par les organes de l'assurance-invalidité n'a pas de force contraignante pour l'assureur-accidents³⁶. De même, l'assurance-invalidité n'est pas liée par l'évaluation de l'invalidité de l'assurance-accidents³⁷.

[20] Par ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler qu'un domaine des assurances sociales peut être régi soit par le principe de la causalité, soit par celui de la finalité. L'assurance-invalidité est une assurance générale contre toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique quelle que soit sa cause. Elle est donc régie par le principe de la finalité. Dans l'assurance-invalidité, en effet, les prestations sont accordées indépendamment de la cause de l'invalidité (en principe). Dans le principe de causalité, l'obligation de prestation est en revanche liée à une cause bien précise.

²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_359/2018 du 31 août 2018 consid. 4.2 et les références; FLÜCKIGER (nbp 24), n. 38 ad art. 18 UVG; cf. également arrêts du Tribunal fédéral 9C_4/2018 et 9C_18/2018 du 24 janvier 2019 consid. 5.1.1 (non publié aux ATF 145 V 50) et 9C_248/2019 du 22 août 2019 consid. 4.3.1 concernant les cotisations à l'AVS.

²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_202/2021 du 17 décembre 2021 consid. 6.3.2 et la référence.

³⁰ ATF 148 V 174 consid. 6.5 et les références.

³¹ ATF 143 V 295 consid. 2.4.

³² Arrêts du Tribunal fédéral 9C_191/2022 du 28 juillet 2022 consid. 3 et la référence; 8C_124/2021 du 2 août 2021 consid. 4.1.

³³ ATF 132 V 393 consid. 3.3; arrêt du Tribunal fédéral 9C_140/2018 du 30 mai 2018 consid. 2.2 et les références; GRÉGORIE BOVEY, Commentaire de la LTF, 3^e éd., 2022, n. 42 ad. Art. 105.

³⁴ ATF 148 V 174 consid. 6.5; arrêts du Tribunal fédéral 8C_205/2021 du 4 août 2021 consid. 3.2.3 et les références; 8C_734/2020 du 31 mars 2021 consid. 5.3.

³⁵ ATF 148 V 174 consid. 9.2.4 et la référence.

³⁶ ATF 131 V 362 consid. 2.3; arrêts du Tribunal fédéral 8C_66/2022 du 11 août 2022 consid. 4.3; 8C_405/2021 du 9 novembre 2021 consid. 6.4.1.

³⁷ ATF 133 V 549; arrêts du Tribunal fédéral 8C_698/2021 du 3 août 2022 consid. 5.3.2; 8C_679/2020 du 1^{er} juillet 2021 consid. 5.1.

L'assurance-accidents est l'exemple type d'une approche privilégiant la causalité ; elle ne preste qu'en présence d'une atteinte à la santé en lien de causalité naturelle et adéquate avec l'accident en question. Si ce lien de causalité n'est pas prouvé à satisfaction de droit (critère de la vraisemblance prépondérante), l'assurance-accidents n'est pas tenue à prestations. Cela explique que le degré d'invalidité auquel aboutissent les assurances accidents et invalidité est parfois divergent, l'assurance-invalidité pouvant tenir compte tant d'atteintes à la santé d'origine accidentelle que malade, contrairement à l'assurance-accidents (qui ne prend en compte que les lésions en lien de causalité naturelle et adéquate avec l'accident)³⁸. Ainsi, l'assurance-accidents ne prendra en compte que les séquelles en lien de causalité naturelle et adéquate avec un accident assuré alors que, pour l'assurance-invalidité, l'invalidité peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident³⁹.

c. Capacité de travail exigible

[21] L'aspect le plus important de la détermination du revenu d'invalidé – et de l'évaluation de l'invalidité – est l'exigibilité de la réalisation, par l'assuré, du gain à prendre en considération, exprimée par les termes « qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui ». La personne assurée doit se laisser imputer à titre de revenu d'invalidé le revenu hypothétique qu'elle est considérée pouvoir réaliser en mettant à profit sa capacité résiduelle de travail dans toute activité dont l'exercice peut être raisonnablement exigé de sa part. Le fait qu'elle ne met pas concrètement en œuvre sa capacité (résiduelle) de travail sur le plan économique ne joue pas de rôle : l'invalidité doit être déterminée en fonction du revenu qu'elle pourrait (hypothétiquement) réaliser dans une activité exigible. La notion de l'exigibilité figure à l'art. 6, 2^e phrase, LPGA ainsi que, sous l'angle de l'exigibilité objective, à l'art. 7 al. 2 LPGA⁴⁰.

[22] Il appartient aux médecins de poser un diagnostic ou d'exclure son existence⁴¹ ainsi que d'évaluer l'état de santé de la personne assurée et les répercussions de celui-ci sur la capacité de travail⁴², qu'ils motivent de leur point de vue le plus substantiellement possible⁴³. Leur rôle est d'indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités la personne assurée est incapable de travailler, en se fondant sur des constatations médicales et objectives, soit des observations cliniques qui ne dépendent pas uniquement des déclarations de l'intéressé, mais sont confirmées par le résultat des examens cliniques et paracliniques⁴⁴. Par ailleurs, les données médicales l'emportent en principe sur les constatations qui peuvent être faites notamment à l'occasion d'un stage d'observation professionnelle, lesquelles sont susceptibles d'être influencées par des éléments subjectifs liés au comportement de la personne assurée⁴⁵. Il en est de même de l'avis d'une coach profes-

³⁸ IONTA (nbp 2), ch. 94.

³⁹ ALFRED MAURER/GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, 3^e éd., 2009, § 16 N 118.

⁴⁰ MOSER-SZELESS (nbp 8), n. 29 ad art. 16 LPGA.

⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_258/2020 du 25 mars 2021 consid. 5.2.2.

⁴² ATF 140 V 193 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_605/2020 du 19 juillet 2021 consid. 5.4 et la référence à l'ATF 125 V 256 consid. 4 ; 8C_225/2021 du 10 juin 2021 consid. 3.2 ; 9C_541/2020 du 1^{er} mars 2021 consid. 2.2.

⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_441/2019 du 28 octobre 2019 consid. 3.1.

⁴⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_96/2021 du 27 mai 2021 consid. 4.3.1 et la référence.

⁴⁵ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_605/2020 du 19 juillet 2021 consid. 5.4 et la référence ; 9C_441/2019 du 28 octobre 2019 consid. 3.1 et la référence.

sionnelle, qui ne constitue pas une appréciation objective de la capacité de travail de l'assuré, mais fait uniquement état d'éléments subjectifs liés au comportement de celui-ci⁴⁶.

[23] De plus, si la médecine actuelle repose sur une conception bio-psycho-sociale de la maladie (qui ne considère pas cette dernière comme un phénomène exclusivement biologique ou physique mais comme le résultat de l'interaction entre des symptômes somatiques et psychiques ainsi que l'environnement social du patient), le droit des assurances sociales – en tant qu'il a pour objet la question de l'invalidité – s'en tient à une conception bio-médicale de la maladie, dont sont exclus les facteurs psychosociaux et socioculturels⁴⁷. Le droit n'ignore nullement l'importance récente de ce modèle bio-psycho-social dans l'approche thérapeutique de la maladie. Dans la mesure où il en va de l'évaluation de l'exigibilité d'une activité professionnelle, il y a néanmoins lieu de s'éloigner d'une appréciation médicale qui nierait une telle exigibilité lorsque celle-ci se fonde avant tout sur des facteurs psychosociaux ou socioculturels, qui sont étrangers à la définition juridique de l'invalidité⁴⁸.

[24] L'incapacité de travail est une notion juridique indéterminée du droit formel (art. 6 LPGA), dont la définition générale incombe au Tribunal fédéral, tandis que son application pratique dans des cas concrets relève de la responsabilité de l'organe qui applique le droit, lequel devant tenir compte du cadre normatif établi par la loi et la jurisprudence⁴⁹.

[25] S'agissant des troubles psychiques, il revient aux organes chargés de l'application du droit (soit à l'administration ou au tribunal en cas de litige) de procéder à l'appréciation définitive de la capacité de travail de l'intéressé au regard des indicateurs développés par la jurisprudence⁵⁰.

[26] Enfin, il revient aux organes de l'assurance-invalidité, et non pas aux médecins, d'examiner quelles possibilités de réadaptation concrètes existent pour la personne assurée, compte tenu de l'ensemble des circonstances, en particulier de ses caractéristiques physiques et psychiques ainsi que de sa situation professionnelle et sociale, considérées de manière objective⁵¹.

d. Obligation de réduire le dommage

[27] La détermination du revenu d'invalidé suppose – à la différence de ce qui vaut dans le cadre de la fixation du revenu sans invalidité – la prise en considération de l'obligation de diminuer le dommage⁵², principe général du droit des assurances sociales⁵³. Cette exigence signifie notamment que l'assuré doit entreprendre de son propre chef tout ce qu'on peut raisonnablement

⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_633/2016 du 28 décembre 2016 consid. 3.2.

⁴⁷ ATF 127 V 294 consid. 5a.

⁴⁸ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_44/2018 du 3 avril 2018 consid. 4.2 ; 9C_286/2015 du 12 janvier 2016 consid. 4.1 et les références.

⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_506/2020 du 10 mars 2021 consid. 5.3.1.

⁵⁰ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_258/2020 du 25 mars 2021 consid. 5.2.2 et les références ; 9C_347/2020 du 25 mars 2021 consid. 6.2.

⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_99/2021 du 11 août 2021 consid. 3.3 et les références.

⁵² A ce sujet, voir ATF 138 I 205 consid. 3.2.

⁵³ Cf. ATF 134 V 64 consid. 4 ; BETTINA KAHIL-WOLFF, Principes et notions propres à la sécurité sociale, in Droit suisse de la sécurité sociale, Volume I, 2010, n. 40, p. 83.

attendre de lui pour atténuer le mieux possible les conséquences de son invalidité, sans se limiter au domaine dans lequel il travaillait avant la survenance de son atteinte à la santé⁵⁴.

[28] Par ailleurs, plus la mise à contribution de l'assureur social est importante, plus les exigences posées à l'obligation de réduire le dommage devront être sévères. C'est le cas, par exemple, lorsque la renonciation à des mesures destinées à réduire le dommage conduirait à l'octroi d'une rente ou au reclassement dans une profession entièrement nouvelle⁵⁵.

[29] Dans le cas d'un assuré ayant toujours travaillé comme maçon depuis 31 ans, ne disposant d'aucune formation professionnelle, le Tribunal fédéral a rappelé que l'on peut raisonnablement exiger de lui qu'il se réoriente professionnellement et qu'il entreprenne les recherches d'emploi nécessaires à cet effet. Les difficultés qui peuvent surgir et qui, selon les circonstances, sont liées à certains désagréments, sont des circonstances qui ne font pas apparaître une telle entreprise comme déraisonnable. Elles doivent être acceptées dans le cadre de l'obligation de réduire le dommage incombant à une personne accidentée et sollicitant de ce fait des prestations d'assurance⁵⁶.

[30] Enfin, conformément à la pratique, l'assuré devant diminuer le dommage, il s'agit donc de prendre en compte l'activité qui entraîne le taux d'invalidité le plus faible⁵⁷.

[31] L'assuré ne saurait s'opposer à la prise en compte d'un salaire plus élevé ou maximum auquel il a volontairement renoncé dans la mesure où, s'il reste libre d'aménager son travail lorsqu'il est en bonne santé, il doit en revanche utiliser d'une manière optimale sa capacité de travail restante une fois que l'invalidité s'est manifestée⁵⁸.

[32] N'est en revanche pas exigible un changement de profession lorsque celui-ci n'est pas envisageable d'un point de vue médical (risque d'une perturbation importante sur le plan psychique), la poursuite de l'activité exercée représentant la solution la plus adaptée à l'état de santé de la personne assurée⁵⁹.

[33] Il en est de même de la perte de prestige social⁶⁰; toutefois l'existence éventuelle d'un déclassement social ne dépend pas de l'estimation subjective de l'assuré, mais elle doit reposer sur une évaluation objective du caractère exigible⁶¹.

⁵⁴ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_786/2020 du 1^{er} septembre 2021 consid. 4.2 et la référence; 9C_546/2020 du 2 novembre 2020 consid. 4.3 et la référence.

⁵⁵ ATF 138 I 205 consid. 3.3; arrêts du Tribunal fédéral 9C_40/2017 du 2 juin 2017 consid. 2.3; 9C_924/2011 du 3 juillet 2012 consid. 5.2.1 et les références.

⁵⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_13/2017 du 21 juin 2017 consid. 3.3.3.

⁵⁷ ATF 130 V 97 consid. 3.2; 129 V 460 consid. 4.2; arrêts du Tribunal fédéral 8C_124/2021 du 2 août 2021 consid. 4.4.3.1; 9C_672/2019 du 12 août 2020 consid. 7.2.2; 9C_117/2020 du 3 juin 2020 consid. 5.4.

⁵⁸ Arrêts du Tribunal fédéral des assurances I 132/05 du 13 juin 2005 consid. 2.3; I 140/05 du 29 avril 2005 consid. 2.2.3; I 687/04 du 24 mars 2005 consid. 2.3 et les références; VALTERIO (nbp 8), n. 61 ad art. 28a LAI, p. 430.

⁵⁹ MOSER-SZELESS (nbp 8), n. 32 ad art. 16 LPGa.

⁶⁰ Cf. BÉATRICE DESPLAND, L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé, 2012, p. 99 s.

⁶¹ VALTERIO (nbp 8), n. 63 ad art. 28a LAI, p. 431.

e. **Marché équilibré du travail**

[34] L'art. 16 LPGA mentionne que le revenu d'invalide est celui que la personne assurée pourrait obtenir en exerçant une activité raisonnablement exigible sur un marché du travail équilibré. Toutefois, la disposition légale n'explique pas cette dernière notion.

[35] La notion de marché du travail équilibré est une notion théorique et abstraite qui sert de critère de distinction entre les cas tombant sous le coup de l'assurance-chômage et ceux qui relèvent de l'assurance-invalidité ; elle implique, d'une part, un certain équilibre entre l'offre et la demande de main d'œuvre et, d'autre part, un marché du travail structuré de telle sorte qu'il offre un éventail d'emplois diversifiés, tant au regard des exigences professionnelles et intellectuelles qu'au niveau des sollicitations physiques⁶². Cette notion ne tient pas compte de la situation concrète du marché du travail ; elle englobe également, en période de difficultés économiques, des offres d'emploi effectivement inexistantes et fait abstraction de l'absence ou de la diminution des chances des personnes partiellement invalides de trouver un emploi convenable et acceptable⁶³. Le marché du travail équilibré englobe d'une part un certain équilibre entre l'offre et la demande d'emploi ; d'autre part, il désigne un marché du travail qui, de par sa structure, laisse ouvert un éventail de postes différents⁶⁴.

[36] Cela ne signifie pas pour autant que la question de la capacité de gain doive être considérée de manière abstraite, c'est-à-dire détachée de la réalité de la vie professionnelle. Il s'agit plutôt de vérifier si l'assuré invalide est encore capable d'exercer certaines activités lucratives que l'on peut raisonnablement attendre de lui. Toutefois, la question de savoir si une réalisation est possible en raison de la situation conjoncturelle du moment reste sans importance pour l'évaluation de l'invalidité. Les litiges dans des cas particuliers pour savoir si la situation actuelle du marché du travail doit être considérée comme équilibrée ou non au moment décisif n'ont donc pas lieu d'être ; en effet, la question ne joue pas en faveur de l'assuré (récession, crise économique, etc.) ni à son détriment (haute conjoncture)⁶⁵.

[37] Cette abstraction des influences concrètes de la conjoncture peut, dans certains cas, frapper durement un assuré. Le lien entre le chômage et la diminution de la capacité de travail est souvent indéniable. L'intégration professionnelle des personnes handicapées dans les entreprises du secteur privé est fortement liée à la situation de l'emploi. Si la situation de l'emploi est bonne, les chances pour les personnes handicapées de trouver un emploi augmentent ; en revanche, un ralentissement de la conjoncture accroît les difficultés. La santé est généralement un critère important lors de la sélection et du recrutement de nouveaux collaborateurs. Sa pondération résulte notamment des exigences du poste de travail. C'est souvent ce qui fait échouer l'embauche de personnes handicapées. Mais la peur de ne pas engager une personne handicapée peut également jouer un rôle. L'employeur considère souvent l'embauche comme un risque, raison pour laquelle il y réfléchit à deux ou trois fois avant de s'engager⁶⁶.

[38] Partant, la possibilité de retrouver un emploi doit être examinée au vu d'un marché du travail équilibré, notion excluant de tenir compte des fluctuations conjoncturelles. Admettre le contraire

⁶² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_240/2021 du 15 septembre 2021 consid. 3 et les références.

⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_627/2021 du 25 novembre 2021 consid. 4.2 et la référence.

⁶⁴ ATF 148 V 174 consid. 9.1 et les références.

⁶⁵ OMLIN (nbp 4), p. 83.

⁶⁶ OMLIN (nbp 4), p. 84 s.

aboutirait à ce résultat qu'un assuré serait tantôt admis à bénéficier de la rente et tantôt ne le serait pas suivant que les offres d'emploi seraient peu nombreuses ou au contraire abondantes, si bien que les décisions des autorités administratives seraient dépourvues de tout fondement objectif⁶⁷.

[39] En d'autres termes, il s'agit uniquement de savoir si, compte tenu de son état de santé, la personne assurée est à même d'exercer une activité déterminée sans que l'on ait à rechercher si elle va trouver un employeur disposé à lui confier ce travail⁶⁸.

[40] Si un assuré est capable d'exercer une activité lucrative complète ou partielle sur un marché équilibré du travail, mais qu'il ne trouve pas de travail, ce n'est alors plus d'incapacité de gain qu'il s'agit, mais de chômage. Le renoncement à cette distinction entrerait en contradiction avec le système, en ce sens que le risque inhérent au marché du travail couru par des personnes atteintes dans leur santé serait transféré à l'assurance-invalidité ou à l'assurance-accidents⁶⁹.

[41] Se référant à cette distinction, le Tribunal fédéral a considéré que l'état de crise engendré par la pandémie de Covid-19 n'a pas à être pris en compte dans l'évaluation du revenu d'invalidé⁷⁰ ni n'est un motif de s'écarter temporairement du marché équilibré du travail⁷¹.

[42] Il n'y a donc pas lieu d'examiner la question de savoir si la personne assurée peut être placée eu égard aux conditions concrètes du marché du travail, mais uniquement de se demander si elle pourrait encore exploiter économiquement sa capacité résiduelle de travail sur un marché où les places de travail disponibles correspondent à l'offre de main d'œuvre⁷².

[43] Lorsqu'il s'agit d'examiner dans quelle mesure un assuré peut encore exploiter économiquement sa capacité résiduelle de gain sur le marché du travail entrant en considération pour lui, on ne saurait subordonner la concrétisation des possibilités de travail et des perspectives de gain à des exigences excessives. L'examen des faits ne doit aller que jusqu'à garantir une détermination fiable du degré d'invalidité. Dans le cas particulier, l'administration et le juge – en cas de recours – ne sont pas tenus d'indiquer en détail les activités raisonnablement exigibles⁷³.

[44] Il s'ensuit que pour évaluer l'invalidité, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si un invalide peut être placé eu égard aux conditions concrètes du marché du travail, mais uniquement de se demander s'il pourrait encore exploiter économiquement sa capacité résiduelle de travail lorsque les places de travail disponibles correspondent à l'offre de la main d'œuvre⁷⁴. Il faut cependant éviter qu'un même état de fait soit jugé différemment, par l'assurance-invalidité et l'assurance-chômage⁷⁵.

⁶⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_240/2021 du 15 septembre 2021 consid. 4.3.

⁶⁸ VALTERIO (nbp 8), n. 65 ad art. 28a LAI, p. 432.

⁶⁹ Rapport de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé du 26 mars 1999, FF 1999 p. 4193; cf. p. ex. la distinction faite par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 8C_99/2019 du 8 octobre 2020 consid. 5.4.

⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_240/2021 du 15 septembre 2021 consid. 4.3.

⁷¹ ATF 148 V 174 consid. 10.2.

⁷² Arrêt du Tribunal fédéral 9C_248/2018 du 19 septembre 2018 consid. 6.2 et les références.

⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_370/2013 du 23 octobre 2013 consid. 2.2 où la référence à des tâches de contrôle/surveillance peu contraignantes pour les mains ainsi qu'à des activités de vente et de conseil sans travail manuel régulier a été jugée comme suffisante.

⁷⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_407/2018 du 3 juin 2019 consid. 5.2 et les références.

⁷⁵ Cf. par exemple JEAN-LOUIS DUC, Du recours d'un office AI contre une décision d'incapacité au placement de l'assurance-chômage et de la force contraignante d'une décision de cette dernière, in RSAS 2010 p. 444 ss.

[45] Restent ainsi exigibles une activité ou un poste de travail qui requièrent une certaine obligation de la part de l'employeur, le marché du travail équilibré comprenant aussi de telles places de travail, dites « de niche »⁷⁶. On ne peut toutefois pas parler d'opportunité de travail lorsque l'activité raisonnablement exigible n'est possible que sous une forme si limitée qu'elle est pratiquement inconnue sur le marché équilibré du travail ou qu'elle n'est possible qu'avec la complaisance irréaliste d'un employeur moyen et que la recherche d'un emploi correspondant semble donc d'emblée exclue⁷⁷.

[46] La jurisprudence a par ailleurs admis que les possibilités de travail sur un marché du travail équilibré sont suffisamment concrétisées dans la mesure où entrent en considération, comme exemples d'activités exigibles, des travaux simples de surveillance ou de contrôle, l'utilisation et la surveillance de machines (semi-) automatiques ou d'unités de production, ainsi que l'activité de surveillance de musée ou de parking⁷⁸. Notre Haute Cour a également considéré qu'une capacité de travail de 80% dans une activité entièrement en home office est exigible⁷⁹; cela semble toutefois difficilement soutenable⁸⁰.

[47] Pour les personnes considérées comme monomanuelles, le marché du travail équilibré comprend des activités qui n'impliquent pas ou que très peu l'utilisation de la main dominante (p. ex. comme main de soutien)⁸¹.

[48] Il est certes possible de s'écarter de la notion de marché du travail équilibré lorsque, notamment, l'activité exigible au sens de l'art. 16 LPGa ne peut être exercée que sous une forme tellement restreinte qu'elle n'existe quasiment pas sur le marché général du travail ou que son exercice impliquerait de l'employeur des concessions irréalistes et que, de ce fait, il semble exclu de trouver un emploi correspondant⁸². Cependant, là encore, le caractère irréaliste des possibilités de travail doit découler de l'atteinte à la santé – puisqu'une telle atteinte est indispensable à la reconnaissance d'une invalidité (cf. art. 7 et 8 LPGa) – et non de facteurs étrangers à l'invalidité, par exemple de facteurs psychosociaux ou socioculturels⁸³.

[49] Ce n'est jamais l'atteinte à la santé en tant que telle qui s'oppose à la possibilité de l'exploitation de la capacité de travail restante, mais ce sont toujours des restrictions du poste de travail décrites de manière précise et liées l'atteinte à la santé (comme par exemple pas de froid, pas d'humidité, pas d'activité physique, pas de contact avec la clientèle, etc.) qui, d'un point de vue

⁷⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_170/2021 du 23 septembre 2021 consid. 5.1.1 et la référence; 8C_783/2020 du 17 février 2021 consid. 7.3.2 et la référence; 8C_910/2015 du 19 mai 2016 consid. 4.2.1, in SVR 2016 IV n° 58 p. 190; cf. également PHILIPP EGLI/MARTINA FILIPPO/THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung, 2021, n. 64, p. 30 s., et n. 223, p. 82.

⁷⁷ ATF 148 V 174 consid. 9.1 et les références.

⁷⁸ MOSER-SZELESS (nbp 8), n. 23 ad art. 7 LPGa; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 9C_604/2020 du 20 avril 2021 consid. 5.3; au sujet des activités d'auxiliaire, cf. EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 195 ss, p. 72 ss.

⁷⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_15/2020 du 10 décembre 2020 consid. 6.2.

⁸⁰ Cf. également MICHAEL E. MEIER, Homeoffice als leidensangepasste Tätigkeit – Comeback der Heimarbeit?, in : Jusletter 22 mars 2021; MARTINA ČULIĆ, Marché du travail équilibré dans l'AI : la capacité de travail est exploitable également en télétravail, in Droit et Handicap 01/2021 (29.03.2021), Inclusion Handicap.

⁸¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_682/2021 du 13 avril 2022 consid. 8.2.2 et les références.

⁸² Arrêts du Tribunal fédéral 8C_772/2020 du 9 juillet 2021 consid. 3.3 et les références; 8C_450/2018 du 16 octobre 2018 consid. 5.3; 9C_804/2014 du 16 juin 2015 consid. 7.2.

⁸³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_772/2020 du 9 juillet 2021 consid. 3.3 et les références.

juridique, conduisent à une situation irréaliste pour l'employeur moyen et donc à une activité qui ne peut être raisonnablement exigée⁸⁴.

[50] A titre d'exemple, dans le cas d'une personne assurée âgée de 38 ans au moment de l'octroi de la rente d'invalidité, titulaire notamment d'un certificat fédéral de capacité d'aide familiale, disposant d'une capacité de travail nulle dans l'activité habituelle d'aide familiale, en raison de troubles de l'équilibre, d'un trouble de la concentration, ainsi que d'une fatigue accrue, mais de 50% dans une activité adaptée, le Tribunal fédéral a confirmé le jugement cantonal niant l'existence d'une activité exigible sur le marché équilibré du travail. En effet, les exigences du profil d'exigibilité médico-théorique fixées par les médecins-experts n'étaient pas réalisables sur le marché primaire de l'emploi, une réintégration n'étant tout au plus possible que dans un cadre protégé. Les experts ont indiqué qu'un profil d'exigibilité dans une activité adaptée devait être défini pour l'assurée, avec des limitations importantes, et qu'une activité avec plus qu'une légère sollicitation du sens de l'équilibre était exclue, tout comme des activités faisant davantage appel à la capacité de concentration et à la capacité d'assumer de nouveaux contenus⁸⁵.

[51] Il en est de même lorsque l'assuré, victime d'une grave atteinte pulmonaire, nécessite d'utiliser en tout temps un appareil à oxygène. L'exploitation sur le marché du travail équilibré de la capacité de travail (médico-théorique) de 50% dans une activité purement assise a été niée. En effet, l'appareil à oxygène aurait dû être déposé de manière à pouvoir être utilisé à tout moment, ce qui aurait exigé des mesures supplémentaires en fonction de la configuration des lieux. La présence et l'utilisation de cet appareil sur le lieu de travail exigent en outre une compréhension des autres collaborateurs, ce qui ne va pas de soi, et peuvent nécessiter un effort de persuasion et d'intégration de la part de l'employeur⁸⁶.

[52] En revanche, tel n'est pas le cas de la personne assurée disposant d'un point de vue médico-théorique d'une capacité résiduelle de travail de 100% dans une activité adaptée à ses limitations. Il a été relevé que certaines d'entre elles se recoupent (travailler en se penchant/travailler avec une position soutenue en porte-à-faux ; travailler en soulevant et en portant des charges/travailler en portant des charges de façon continue ou excédant 10 kg), d'autres (ou presque toutes) ne sont problématiques que dans la mesure où le mouvement prohibé qu'elles visent est effectué de façon répétitive ou constante (en particulier, travailler principalement en marchant, travailler en effectuant des mouvements répétés de torsion ou de flexion, travailler en position soutenue en porte-à-faux, travailler en effectuant des ports de charges de façon continue) mais pas de façon occasionnelle ou en alternance avec d'autres mouvements. Leur importance s'en trouve ainsi relativisée⁸⁷.

[53] Le fait, pour un assuré habitant dans l'une des régions les plus économiquement fortes de Suisse, de ne pouvoir être éloigné de la clinique de cardiologie, situé à 35 km de son domicile, ne rend pas irréaliste la recherche d'un emploi adapté à son état de santé. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, la capacité de travail résiduelle de 70% est exploitable⁸⁸.

⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_366/2021 du 3 janvier 2022 consid. 4.2 et les références ; EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 193, p. 72 et les différents arrêts examinés (n. 176 ss, p. 66 ss).

⁸⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_441/2019 du 28 octobre 2019 consid. 3.2 et 3.3.1.

⁸⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_485/2014 du 28 novembre 2014 consid. 3.3.3.2 et 3.3.4.

⁸⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_326/2018 du 5 octobre 2018 consid. 6.2.

⁸⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_366/2021 du 3 janvier 2022 consid. 4.3.

[54] Le Tribunal fédéral a également jugé qu'un marché équilibré du travail est sans conteste en mesure d'offrir la possibilité d'exercer des activités légères ou alternées (p. ex. position assise et debout)⁸⁹ ainsi que des postes de travail que l'on peut occuper en utilisant la main dominante que de manière très limitée⁹⁰, avec une seule main ou un seul bras⁹¹ ou à la suite de la perte fonctionnelle d'un œil⁹². Est également exploitable un taux d'occupation limité à 25%⁹³.

[55] En outre, il faut examiner si, au regard des activités des secteurs de la production et des services, le marché du travail offre un nombre significatif de postes de travail permettant d'occuper sans risque ni difficulté particulière une personne souffrant d'un handicap, des troubles importants de la personnalité pouvant notamment constituer des obstacles irrémédiables à la reprise d'une activité salariée lorsque le marché n'offre pas ou plus la souplesse suffisante permettant d'intégrer l'assuré. On ne saurait donc exiger de cette personne, ni sous l'angle de l'obligation de diminuer le dommage, ni sous celui des possibilités qu'offre un marché du travail équilibré, qu'elle prenne des mesures incompatibles avec l'ensemble des circonstances objectives et subjectives⁹⁴.

[56] Enfin, s'agissant du critère de l'âge, comme facteur limitant la mise en œuvre de la capacité de travail exigible sur le marché du travail équilibré, la jurisprudence du Tribunal fédéral à cet égard est très rare⁹⁵.

3. Convention collective de travail et ESS

[57] S'agissant du *revenu d'invalidé*, le Tribunal fédéral a précisé que les rétributions fixées par les conventions collectives de travail (CCT) sont sensiblement inférieures aux salaires moyens usuels dans une branche, de sorte que seuls les salaires statistiques sont représentatifs pour établir le revenu déterminant⁹⁶. Il n'est également pas possible de se baser sur les recommandations indicatives de la Société suisse des employés de commerce (sec suisse) pour fixer le revenu d'invalidé⁹⁷.

[58] Le Tribunal fédéral a toutefois accepté, pour fixer le revenu d'invalidé, l'utilisation des statistiques spécifiques à la branche de l'informatique et des télécommunications établies par l'associa-

⁸⁹ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_391/2014 du 9 juillet 2014 consid. 4; 8C_606/2012 du 3 décembre 2012 consid. 3.5; 8C_299/2010 du 23 juillet 2010 consid. 4.3 [volet AI] et 8C_300/2010 du 23 juillet 2010 consid. 4.2 [volet AA]; I 761/01 du 18 octobre 2002 consid. 2.5.

⁹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_272/2012 du 29 mai 2012 consid. 4.3 et les références.

⁹¹ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_462/2020 du 27 août 2020 consid. 5.1 et les références; 9C_363/2017 du 22 juin 2018 consid. 4.2; 8C_31/2017 du 30 mars 2017 consid. 6.2 et les exemples de métiers cités; 8C_37/2016 du 8 juillet 2016 consid. 5.1.2 et les références; 9C_442/2008 du 28 novembre 2008 consid. 4.2 et les références.

⁹² Arrêts du Tribunal fédéral 8C_268/2021 du 15 octobre 2021 (la question du marché du travail équilibré n'a pas été soulevée mais le Tribunal fédéral a confirmé la capacité de travail exigible); I 222/06 du 10 juillet 2007 consid. 3 et les références; VALTERIO, (nbp 8), n. 65 ad art. 28a LAI, p. 433.

⁹³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_321/2018 du 27 novembre 2018 consid. 5.3 et la référence.

⁹⁴ VALTERIO (nbp 8), n. 65 ad art. 28a LAI, p. 432 s.

⁹⁵ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 153, p. 60, et les différents arrêts examinés (n. 91 ss, p. 42 ss).

⁹⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_710/2016 du 18 avril 2017 consid. 4.2 et les références; U 63/06 du 7 mars 2007 consid. 3.3.1 et les références.

⁹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_544/2009 du 19 octobre 2009 consid. 4.1.

tion swissICT et le GRI dans le cas d'un assuré ayant bénéficié de mesures d'ordre professionnelle, achevée par l'obtention d'un Bachelor of Science⁹⁸.

[59] A noter que pour le *revenu sans invalidité*, dans la mesure où ils tiennent mieux compte des différentes catégories d'activités que les statistiques salariales, les salaires fixés par la convention collective de travail sont mieux à même de respecter le principe selon lequel le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible⁹⁹.

4. Enquête suisse sur la structure des salaires

a. Principe

[60] En l'absence d'un revenu effectivement réalisé, la jurisprudence considère que le revenu d'invalidé peut être évalué sur la base des statistiques salariales¹⁰⁰.

[61] Lorsque les tables de l'ESS sont appliquées, il convient de se fonder, en règle générale, sur les salaires mensuels indiqués dans la table TA1, à la ligne « Total secteur privé » ; on se réfère alors à la statistique des salaires bruts standardisés, en se fondant toujours sur la valeur médiane ou centrale¹⁰¹. Les données statistiques ne reflètent donc pas la valeur moyenne, mais la valeur médiane des revenus pris en compte (pour une moitié des postes de travail, le salaire standardisé se situe au-dessus de la valeur centrale [médiane], alors que pour l'autre moitié, il s'inscrit au-dessous de cette valeur¹⁰²) ; cette valeur médiane est généralement inférieure à la valeur moyenne¹⁰³.

[62] Depuis l'ESS 2012, il y a lieu d'appliquer le tableau TA1_tirage_skill_level et non pas le tableau TA1_b¹⁰⁴. Toutefois, ce principe ne s'applique pas de manière absolue, mais connaît des exceptions¹⁰⁵. Lorsque cela apparaît indiqué dans un cas concret pour permettre à l'assuré de mettre pleinement à profit sa capacité résiduelle de travail, il y a lieu parfois de se référer aux salaires mensuels de secteurs particuliers (secteur 2 [production] ou 3 [services]), voire à des branches particulières ; tel peut notamment être le cas lorsqu'avant l'atteinte à la santé, l'assuré a travaillé dans un domaine pendant de nombreuses années et qu'une activité dans un autre domaine n'entre pas en ligne de compte¹⁰⁶.

[63] Cependant, pour un assuré ayant travaillé exclusivement dans le secteur de la restauration au cours des trente-cinq années ayant précédé son accident, le plus souvent comme barman, atteint à la main gauche (non dominante), le Tribunal fédéral a jugé qu'il y a lieu de se référer à la ligne « Total » du tableau TA1_tirage_skill_level et non uniquement au secteur 3 [services]. Dans une activité purement monomanuelle droite, l'assuré pourrait travailler normalement, par

⁹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_843/2015 du 7 avril 2016 consid. 5.3.

⁹⁹ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_662/2019 du 26 février 2020 consid. 3.3 ; 8C_778/2017 du 25 avril 2018 consid. 4.4 [volet LAA] et 8C_779/2017 du 25 avril 2018 consid. 4.3 [volet AI] ; *contra* : 9C_710/2016 du 18 avril 2017 consid. 4.3 ; 9C_348/2016 du 7 décembre 2016 consid. 5.4.

¹⁰⁰ ATF 129 V 472 consid. 4.2.1 ; 126 V 75 consid. 3b/aa et les références.

¹⁰¹ ATF 148 V 174 consid. 6.2 et les références ; 124 V 321 consid. 3b ; MOSER-SZELESS (nbp 8), n. 34 ad art. 16 LPGA.

¹⁰² Cf. par exemple explication dans le tableau TA1_tirage_skill_level de l'ESS 2020.

¹⁰³ ATF 148 V 174 consid. 9.2.1 ; KIESER (nbp 7) n. 78 ad art. 16 ATSG.

¹⁰⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_405/2021 du 9 novembre 2021 consid. 5.2.1 et les références.

¹⁰⁵ ATF 148 V 174 consid. 6.2 et les références.

¹⁰⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_205/2021 du 4 août 2021 consid. 3.2.1 et la référence.

exemple dans un poste de surveillance ou de télésurveillance¹⁰⁷. Il en a été de même pour un assuré, victime d'une chute à ski ayant entraîné une fracture cervicale au niveau de C6, auquel une pleine capacité a été reconnue dans un travail sans exigence de rendement physique, dans lequel il pouvait organiser son travail et sa position de travail selon ses limitations et qui était principalement administratif ou organisationnel et soustrait au stress de la gestion d'adolescents. Le Tribunal fédéral a rappelé que la table TA1_tirage_skill_level « Services » est vouée à s'appliquer en lieu et place de la table TA1_tirage_skill_level « Total » uniquement lorsque la situation concrète de l'assuré l'exige¹⁰⁸.

[64] En outre, lorsque les circonstances du cas concret le justifient, on peut s'écarter de la table TA1_tirage_skill_level (salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les branches économiques dans le secteur privé) pour se référer à la table T17 (salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les groupes de professions, l'âge et le sexe, secteur privé et secteur public ensemble; correspondant à la table TA7 des ESS publiées jusqu'en 2010), si cela permet de fixer plus précisément le revenu d'invalidé (ou sans invalidité¹⁰⁹) et que le secteur en question est adapté et exigible¹¹⁰. La table TA1_tirage_skill_level repose sur un système de niveaux de compétences par branches économiques alors que la table T17 repose sur un système de groupes de professions organisé selon des niveaux de compétences homogènes pour chaque grand groupe¹¹¹.

[65] Pour faire référence à la table T17, il est également nécessaire que le niveau de compétences corresponde aux limitations fonctionnelles retenues. Tel n'a pas été le cas pour un assuré diplômé en informatique souffrant, entre autres, d'un grave trouble anxieux. On ne peut donc pas partir du principe que l'assuré est en mesure de continuer à exercer des activités complexes dans le domaine de l'information et de la communication dans le cadre de la capacité de travail de 60%. Dans ces circonstances, il n'est pas justifié d'utiliser les données de la table T17 (ligne 35 « Techniciens/iennes de l'information et des communications »). Le Tribunal fédéral a plutôt fait référence au tableau TA1_tirage_skill_level (niveau de compétences 2; ligne « Total »)¹¹².

[66] Lors de l'utilisation du tableau T17, il y a lieu de prendre la colonne « tous âges confondus »¹¹³. En effet, les tables TA1_tirage_skill_level et T1_tirage_skill_level font abstraction de la composante de l'âge; il doit en être de même avec les données issues de la T17. En outre, en cas de révision d'une rente où le revenu d'invalidé a été déterminé au moyen du tableau T17, le taux pourrait se modifier par le simple écoulement du temps, la personne assurée passant d'une classe d'âge à une autre avec, comme corolaire, une augmentation dudit revenu¹¹⁴. D'ailleurs,

¹⁰⁷ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_772/2020 du 9 juillet 2021 consid. 5.6; 8C_471/2017 du 16 avril 2018 consid. 4.3.

¹⁰⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_205/2021 du 4 août 2021 consid. 5.2.

¹⁰⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_186/2020 du 26 juin 2020 consid. 4.3; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 8C_66/2020 du 14 avril 2020 consid. 4.3.

¹¹⁰ ATF 148 V 174 consid. 6.2; arrêts du Tribunal fédéral 8C_205/2021 du 4 août 2021 consid. 3.2.2 et les références; 8C_124/2021 du 2 août 2021 consid. 4.4.1 et la référence; 8C_11/2021 du 16 avril 2021 consid. 6.3.4; FLÜCKIGER (nbp 24), n. 42 ad art. 18 UVG.

¹¹¹ A l'instar de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_66/2020 du 14 avril 2020 consid. 4.3; cf. également GABRIELA RIEMER-KAFKA et al., Invalidenkonforme Tabellenlöhne, in : Jusletter 22 mars 2021, Rz. 39.

¹¹² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_111/2020 du 15 juillet 2020 consid. 7.3; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 8C_458/2017 du 6 août 2018 consid. 6.2.4 (employée de commerce d'une entreprise de garage; profil de l'exigibilité correspondant au niveau de compétences 1 du tableau TA1_tirage_skill_level).

¹¹³ Cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 8C_29/2018 du 6 juillet 2018 consid. 5.2.2 confirmant le calcul de l'instance cantonale basée sur la valeur médiane (tous âges confondus) de la ligne 33 du tableau T17 de l'ESS 2014.

¹¹⁴ Exemples : revenu d'un homme employé de bureau (ligne 41, T17, ESS 2020) âgé de 45 ans au moment de la fixation de la rente (classe d'âge de 30 à 49 ans) : CHF 6'797; révision alors qu'il a 51 ans (classe d'âge de 50 ans et +) :

le nouvel art. 25 RAI¹¹⁵ (Développement continu de l'AI) précise que les valeurs utilisées sont indépendantes de l'âge (al. 3, 3^e phrase).

[67] Il sied encore de rappeler que la table T17 n'entre pas en considération pour le revenu d'invalidé lorsque la personne assurée n'a pas accès au secteur public¹¹⁶ ; en pareille situation, seul le tableau TA1_tirage_skill_level entre en ligne de compte¹¹⁷.

[68] Tel a par exemple été le cas d'une assurée, née en 1970, ayant travaillé comme aide-gouvernante, ayant bénéficié de mesures d'observation d'ordre professionnel et de réadaptation dans le domaine du secrétariat et du commerce ; cette dernière était par conséquent en mesure d'exercer une activité simple et répétitive à plein temps dans ce secteur d'activités dès 2009. Le Tribunal fédéral a jugé qu'eu égard au caractère transversal des activités commerciales ou de secrétariat pour lesquelles elle a été formée, l'assurée n'a pas établi en quoi le recours aux données établies selon le domaine d'activité de l'ESS (Tableau TA7, secteur « activités commerciales et administratives ») était inapproprié ni apporté d'élément remettant en cause les constatations des juges cantonaux selon lesquelles les activités d'employés de guichet ou de réceptionniste prises en compte par l'assurance-invalidité étaient parfaitement adaptées à ses limitations fonctionnelles¹¹⁸.

[69] Si cette jurisprudence a été développée pour le revenu d'invalidé, rien n'empêche de l'appliquer *mutatis mutandis* à la détermination du revenu sans invalidité lorsque celui-ci doit exceptionnellement être déterminé sur la base des tables ESS¹¹⁹ ; en effet, le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible¹²⁰. Tel a par exemple été le cas pour un assuré victime d'un accident alors qu'il était en apprentissage d'informaticien, en filière CFC, auprès d'une école d'informatique. Le Tribunal fédéral a jugé comme approprié le recours à la table T17, groupe 35 (« Techniciens/iennes de l'information et des communications »), car il permet d'évaluer le revenu que l'assuré aurait réalisé sans l'accident, en tant qu'informaticien avec CFC, de manière plus concrète que la table TA1, branche 62–63 (« Activ. informatiques et services d'information »)¹²¹. Il en a été de même pour un chauffeur où le Tribunal fédéral a privilégié le tableau T17 (ligne 83 « Conducteurs/trices de véhicules et d'engins lourds de levage et de manœuvre ») plutôt que la branche économique 49–52 « Transp. terrestres, par eau, aériens ; entreposage » du tableau TA1_tirage_skill_level¹²².

[70] Lorsque le revenu sans invalidité a été déterminé sur la base du tableau T17 (secteur privé et secteur public ensemble), se pose la question de la table applicable pour le revenu d'invalidé. Si l'accès aux emplois du secteur public demeure une fois l'invalidité survenue, l'utilisation des

CHF 7'809. Revenu d'une femme dans une profession intermédiaire de la santé (ligne 32, T17, ESS 2020) âgée de 28 ans au moment de la fixation de la rente (classe d'âge de moins de 29 ans) : CHF 4'896 ; révision alors qu'elle a 33 ans (classe d'âge de 30 à 49 ans) : CHF 6'043.

¹¹⁵ Règlement sur l'assurance-invalidité ; RS 831.201.

¹¹⁶ ATF 148 V 174 consid. 6.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 773/04 du 6 février 2006 consid. 5.2 ; RAMA 2000 n° U 405 p. 400 consid. 3b ; cf. également arrêts du Tribunal fédéral 8C_212/2018 du 13 juin 2018 consid. 4.4.2 ; 9C_72/2017 du 19 juillet 2017 consid. 4.2.3.

¹¹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 31/05+I 32/05 du 20 mars 2006 consid. 6.3.1.

¹¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_323/2018 du 20 août 2018 consid. 4.3.

¹¹⁹ Cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 168/05 du 24 avril 2006 consid. 3.3 et les références.

¹²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_574/2019 du 28 février 2020 consid. 3 et les références.

¹²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_66/2020 du 14 avril 2020 consid. 4.3.

¹²² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_300/2015 du 10 novembre 2015 consid. 7.2.

données issues de la table T1_tirage_skill_level (secteur privé et secteur public ensemble) semble plus appropriée que celles de la table TA1_tirage_skill_level (secteur privé).

[71] Il est le lieu de rappeler que les tables TA1, T1 et TA7 des ESS publiées jusqu'en 2010 correspondent respectivement aux tables TA1_tirage_skill_level, T1_tirage_skill_level et T17 des ESS publiées depuis 2012¹²³.

[72] Pour des raisons liées au respect du principe constitutionnel de l'égalité de traitement, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de données salariales régionales¹²⁴ ou des données issues des « Salaires d'usage par branche dans 7 régions suisses » de l'Union syndicale suisse¹²⁵.

[73] En raison de ce principe constitutionnel, les différences salariales régionales ne doivent pas être prises en compte pour la détermination du revenu d'invalidé. Même dans les régions économiquement faibles, où les revenus sont plus bas, rien ne justifie de baser le calcul sur le quartile inférieur des statistiques. L'assurance-invalidité n'a pas pour objet de compenser des conditions économiques défavorables ni de compenser des différences salariales régionales¹²⁶. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de données salariales régionales, et à plus forte raison cantonales¹²⁷.

[74] De ce fait, la question de l'obligation pour la personne assurée de déplacer son domicile dans une autre région, où les salaires rejoignent la médiane de l'ESS, se pose.

[75] L'obligation de diminuer le dommage s'applique aux aspects de la vie les plus variés. Toutefois, le point de savoir si une mesure peut être exigée d'un assuré doit être examiné au regard de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas concret¹²⁸. Ainsi doit-on pouvoir exiger de celui qui requiert des prestations qu'il prenne toutes les mesures qu'une personne raisonnable prendrait dans la même situation si elle devait s'attendre à ne recevoir aucune prestation d'assurance. Au moment d'examiner les exigences qui peuvent être posées à une personne assurée au titre de son obligation de réduire le dommage, l'administration ne doit pas se laisser guider uniquement par l'intérêt général à une gestion économique et rationnelle de l'assurance, mais doit également tenir compte de manière appropriée du droit de chacun au respect de ses droits fondamentaux. La question de savoir quel est l'intérêt qui doit l'emporter dans un cas particulier ne peut être tranchée une fois pour toutes. Cela étant, plus la mise à contribution de l'assureur social est importante, plus les exigences posées à l'obligation de réduire le dommage devront être sévères. Selon les circonstances, le maintien ou le déplacement d'un domicile, respectivement du lieu de travail, peut apparaître comme étant une mesure exigible de l'assuré¹²⁹.

¹²³ Voir l'Annexe de la lettre circulaire AI n° 328 du 22 octobre 2014 ; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 8C_205/2021 du 4 août 2021 consid. 3.2.2.

¹²⁴ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_190/2019 du 12 février 2020 consid. 4.1 et les références ; 9C_535/2019 du 31 octobre 2019 consid. 4 et les références ; 9C_262/2016 du 30 août 2016 consid. 4.1 et les références.

¹²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_843/2015 du 7 avril 2016 consid. 5.4 et les références.

¹²⁶ ATF 148 V 174 consid. 9.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_190/2019 du 12 février 2020 consid. 4.1 et les références.

¹²⁷ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_276/2020 du 18 décembre 2021 consid. 5.2.1 et la référence ; 8C_705/2018 du 16 mai 2019 consid. 4 ; 8C_684/2017 du 4 avril 2018 consid. 5.3 et les références ; 9C_262/2016 du 30 août 2016 consid. 4.1 ; 8C_68/2016 du 3 mars 2016 consid. 4.3.

¹²⁸ ATF 113 V 22 consid. 4a et les références ; voir aussi ATF 138 I 205 consid. 3.2.

¹²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_661/2016 du 19 avril 2017 consid. 2.3 et les références.

[76] Ainsi, sous l'angle de l'obligation de réduire le dommage, répondre à la question des disparités cantonales ou régionales par une affirmation d'ordre général – sans examen de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas concret¹³⁰ – ne semble pas satisfaisant.

[77] Quant à l'évaluation de l'invalidité d'une personne assurée domiciliée à l'étranger, les revenus sans invalidité et d'invalidé doivent en principe être déterminés par rapport au même marché du travail. En raison de la nature théorique et abstraite de la notion de situation équilibrée du marché du travail au sens de l'art. 16 LPGA, le fait que la personne assurée réside à l'étranger n'a aucune importance pour la comparaison des revenus. Ce qui est déterminant, c'est uniquement que les deux revenus déterminants se rapportent au même marché du travail, car les différences de niveau de salaire et de coût de la vie entre les pays ne permettent pas de procéder à une comparaison objective des revenus en question par-delà les frontières¹³¹.

[78] L'ESS se fonde sur la Nomenclature générale des activités économiques (NOGA) pour classer les entreprises en fonction de leur activité économique¹³². L'outil de codage pour classifications, disponible sur le site internet de l'Office fédéral de la statistique¹³³, est d'une grande aide lorsqu'il s'agit de déterminer le secteur ou la branche économique d'une activité en particulier.

[79] Le salaire de référence selon l'ESS est déterminé selon la table applicable, et non selon la jurisprudence¹³⁴. Il convient ainsi, pour fixer le revenu d'invalidé, de se fonder au moment de la décision sur les données les plus récentes¹³⁵. Ce dernier point à son importance au vu des notables différences entre l'ESS 2018 et l'ESS 2020.

[80] Il sied enfin de préciser que procéder à la moyenne arithmétique de deux valeurs médianes est inadmissible¹³⁶. Une telle valeur moyenne n'a pas de valeur statistiquement fiable au regard de l'ESS¹³⁷.

b. Niveaux de compétences

[81] Depuis l'ESS 2012, les emplois sont classés par l'Office fédéral de la statistique par profession en fonction du type de travail qui est généralement effectué. Les critères de base utilisés pour définir le système des différents groupes de profession sont les niveaux et la spécialisation des compétences requis pour effectuer les tâches inhérentes à la profession. Quatre niveaux de compétences ont été définis en fonction de neuf grands groupes de professions¹³⁸ et du type de

¹³⁰ Cf. p. ex. VALTERIO (nbp 8), n. 64 ad art. 28a LAI, p. 431.

¹³¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_300/2015 du 10 novembre 2015 consid. 7.1 et les références; MOSER-SZELESS (nbp 8), n. 16 ad art. 16 LPGA.

¹³² Arrêts du Tribunal fédéral 8C_734/2020 du 31 mars 2021 consid. 5.3 et la référence; 8C_186/2020 du 26 juin 2020 consid. 4.1.

¹³³ <https://www.kubb-tool.bfs.admin.ch/fr> (consulté le 3 novembre 2022).

¹³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_231/2020 du 17 juin 2020 consid. 5.2.

¹³⁵ ATF 143 V 295 consid. 4; arrêts du Tribunal fédéral 8C_520/2016 du 14 août 2017 consid. 4.3.1 et la référence; 9C_225/2016 du 14 juillet 2016 consid. 6.3.2; FLÜCKIGER (nbp 24), n. 44 ad art. 18 UVG; MOSER-SZELESS (nbp 8), n. 35 ad art. 16 LPGA; KIESER (nbp 7), n. 78 ad art. 16 ATSG.

¹³⁶ VALTERIO (nbp 8), n. 80 ad art. 28a LAI, p. 444.

¹³⁷ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_58/2021 du 30 juin 2021 et les références (in casu : femmes dans le secteur de la santé et du social selon le tableau TA1 et femmes de plus de 50 ans dans le secteur du personnel soignant selon le tableau T17); 9C_72/2017 du 19 juillet 2017 consid. 4.2.2 et les références.

¹³⁸ Cf. tableau T17 de l'ESS (dès 2012).

travail, de la formation nécessaire à la pratique de la profession et de l'expérience professionnelle¹³⁹.

[82] Les données du tableau TA1_tirage_skill_level de l'ESS sont désormais répartis en quatre niveaux de compétences. Le niveau 1 est le plus bas et correspond aux tâches physiques et manuelles simples, tandis que le niveau 4 est le plus élevé et regroupe les professions qui exigent une capacité à résoudre des problèmes complexes et à prendre des décisions fondées sur un vaste ensemble de connaissances théoriques et factuelles dans un domaine spécialisé (on y trouve par exemple les directeurs/trices, les cadres de direction et les gérant[e]s, ainsi que les professions intellectuelles et scientifiques). Entre ces deux extrêmes figurent les professions dites intermédiaires (niveaux 3 et 2). Le niveau 3 implique des tâches pratiques complexes qui nécessitent un vaste ensemble de connaissances dans un domaine spécialisé (notamment les techniciens, les superviseurs, les courtiers ou encore le personnel infirmier). Le niveau 2 se réfère aux tâches pratiques telles que la vente, les soins, le traitement des données, les tâches administratives, l'utilisation de machines et d'appareils électroniques, les services de sécurité et la conduite de véhicules¹⁴⁰.

[83] La Classification internationale type des professions¹⁴¹ [CITP-08] peut également aider dans la détermination des niveaux de compétences à prendre en compte, en relation avec le tableau T17¹⁴².

[84] Le niveau de compétences 1 correspond au revenu auquel peuvent prétendre les personnes effectuant des « tâches physiques ou manuelles simples ». Cette valeur statistique s'applique à tous les assurés qui ne peuvent plus accomplir leur ancienne activité parce qu'elle est physiquement trop astreignante pour leur état de santé, mais qui conservent néanmoins une capacité de travail importante dans des travaux légers. Ce salaire statistique ne repose en outre pas sur la mise en œuvre d'activités exclusivement répétitives¹⁴³.

[85] Depuis l'ESS 2012, l'accent est désormais mis sur le type de tâches que l'assuré est susceptible d'assumer en fonction de ses qualifications mais pas sur les qualifications en elles-mêmes¹⁴⁴. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a retenu le niveau de compétences 2 pour un assuré ayant suivi une formation complète sous l'égide de l'AI, mais ayant échoué à l'examen final. Notre Haute Cour a jugé que l'absence d'expérience dans le domaine de la comptabilité, la reconnaissance du diplôme intermédiaire d'aide-comptable seulement par l'Etat de Genève ou le premier échec à l'examen final de comptabilité ne sauraient justifier le choix du niveau 1 de compétences, qui ne vise que les tâches physiques ou manuelles simples. Au contraire, ces différents éléments placent l'assuré au niveau de compétences 2, qui fait référence à des domaines dans lesquels il pourra mettre en valeur ses connaissances nouvellement acquises, indépendamment de l'absence d'expérience¹⁴⁵.

¹³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_444/2021 du 29 avril 2022 consid. 4.2.3 et les références.

¹⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_801/2021 du 28 juin 2022 consid. 2.3 et les références.

¹⁴¹ Consultable sur le site internet de l'Office fédéral de la statistique (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/nomenclatures/isco08.assetdetail.4082546.html> ; consulté le 3 novembre 2022).

¹⁴² Cf. p. ex. arrêts du Tribunal fédéral 8C_66/2020 du 14 avril 2020 consid. 3.4.1 (au sujet d'un revenu sans invalidité) ; 9C_370/2019 du 10 juillet 2019 consid. 4.2.

¹⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_622/2020 du 17 novembre 2020 consid. 4.3.

¹⁴⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_268/2021 du 15 octobre 2021 consid. 3.2.1.

¹⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_901/2017 du 28 mai 2018 consid. 3.3.

[86] Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque la personne assurée ne peut pas se réinsérer dans l'activité professionnelle habituelle, l'application du niveau de compétences 2 (ou, jusqu'à l'ESS 2010, du niveau de compétences 3) ne se justifie que si elle dispose de compétences et de connaissances particulières¹⁴⁶. Sinon, le Tribunal fédéral fait application du niveau de compétences 1 (ou niveau de qualification 4 jusqu'à l'ESS 2010)¹⁴⁷.

[87] Le Tribunal fédéral a retenu le niveau de compétences 1 dans les cas suivants¹⁴⁸ :

- pour un chauffagiste qui avait travaillé entre-temps comme représentant commercial pour une compagnie d'assurance mais qui n'avait pas de formation commerciale¹⁴⁹ ;
- pour un carreleur qui, durant les 30 ans de son activité lucrative indépendante, n'avait jamais effectué des tâches administratives, ne disposant ce faisant pas de compétences ou de connaissances particulières¹⁵⁰ ;
- pour un salarié de 45 ans au service du même employeur pendant près de 20 ans, ayant occupé en dernier lieu un poste de direction mais ne disposant dans ledit poste que de la qualification de responsable de la sécurité, qu'il ne pouvait par ailleurs plus exercer en raison de son invalidité¹⁵¹ ;
- pour un assuré qui n'a pas achevé de formation professionnelle après l'école primaire en Italie, qui a travaillé en Suisse exclusivement dans des activités manuelles dans le secteur de la construction, tributaire du soutien de son épouse pour les activités administratives dans le cadre de la gestion de son entreprise individuelle puis de la Sàrl, ayant des connaissances insuffisantes de l'allemand¹⁵² ;
- pour un sculpteur et tailleur de pierre de formation, le fait d'avoir ultérieurement suivi une formation d'une année comme aide-soignant en Allemagne, ne permet pas de conclure qu'il possède une expérience professionnelle variée¹⁵³ ;
- pour un assuré au bénéfice de l'équivalent d'un CFC de menuisier-charpentier et d'une longue expérience professionnelle dans son domaine de formation, ne pouvant plus œuvrer dans son activité habituelle¹⁵⁴ ;
- pour une assurée qui a travaillé de nombreuses années en tant qu'infirmière mais qui n'avait pas de formation commerciale ni d'expérience dans ce domaine¹⁵⁵.

[88] Le niveau de compétences 2 a été retenu dans les cas suivants :

- pour un ancien sportif de haut niveau qui avait réussi son examen de fin d'études et n'avait que 30 ans au moment de l'accident¹⁵⁶ ;

¹⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_801/2021 du 28 juin 2022 consid. 3.4 et les références.

¹⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_131/2021 du 2 août 2021 consid. 7.4.1.

¹⁴⁸ Cf. également les exemples cités par VALTERIO (nbp 8), n. 82 ad art. 28a LAI, p. 445 s.

¹⁴⁹ SVR 2010 IV n. 52 p. 160, 9C_125/2009 consid. 4.3 et 4.4.

¹⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_227/2018 du 14 juin 2018 consid. 4.2.2.

¹⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_386/2013 du 15 octobre 2013 consid. 6.2 et 6.3.

¹⁵² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_832/2019+8C_3/2020 du 5 mai 2020 consid. 7.3.

¹⁵³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_737/2020 du 23 juillet 2021 consid. 5.2.

¹⁵⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_268/2021 du 15 octobre 2021 consid. 3.2.2.

¹⁵⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_226/2021 du 4 octobre 2021 consid. 3.3.3.

¹⁵⁶ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 779/03 du 22 juin 2004 consid. 4.3.4.

- pour un assuré qui avait déjà exercé diverses professions (chauffeur de camion et d'autobus, démarcheur publicitaire, éditeur indépendant d'un magazine)¹⁵⁷ ;
- pour un ancien plombier/installateur sanitaire aux compétences manuelles supérieures à la moyenne¹⁵⁸ ;
- pour une gérante d'un hôtel, disposant d'une expérience professionnelle dans une fonction dirigeante avec des tâches administratives qu'elle peut mettre en valeur non seulement dans le domaine de la restauration, mais également dans d'autres branches professionnelles¹⁵⁹ ;
- pour un menuisier de formation ayant achevé une formation de contremaître et de chef de projet, exercé ces fonctions et finalement fondé et dirigé sa propre entreprise dans le secteur de la construction¹⁶⁰ ;
- pour un assuré qui, en raison de ses longues années d'activité en tant que contremaître et en tant qu'entrepreneur indépendant en horticulture, dispose d'une expérience de direction ainsi que de capacités et de connaissances particulières qui sont utilisables en dehors du secteur de la construction et de l'horticulture¹⁶¹ ;
- pour un assuré qui gérait sa propre entreprise, effectuait des travaux administratifs et assumait des tâches de direction et de formation envers ses quatre employés et ses deux apprentis. Bien qu'il ne soit plus en mesure d'exercer son activité habituelle de charpentier, le Tribunal fédéral a jugé que l'assuré dispose de capacités particulières, au sens de la jurisprudence. En outre, le fait que l'assuré ne puisse exercer que des activités dans des positions essentiellement assises ne permet pas d'exclure la prise en compte du niveau de compétences 2 de l'ESS¹⁶² ;
- pour une assurée, titulaire d'un CFC de vendeuse en textiles de sport (formation achevée avec une très bonne note), ayant ensuite travaillé en tant que responsable de succursale dans une boutique de mode et dirigé cinq collaborateurs, puis travaillé de nombreuses années non seulement en tant que vendeuse de meubles, mais aussi en tant que maître d'apprentissage et chef d'équipe adjointe ainsi qu'experte aux examens de l'Association suisse de l'ameublement. Dans cette dernière affaire, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que l'assurée n'a pas seulement exercé de simples activités de vente, mais qu'elle a assumé des responsabilités de direction et d'entreprise peu de temps après l'obtention de son diplôme d'apprentissage, ce qui peut être considéré comme une aptitude particulière. Les circonstances professionnelles du cas d'espèce témoignent du fait que l'assurée dispose de capacités et de compétences particulières, qui peuvent également être mises à profit dans d'autres branches¹⁶³ ;

¹⁵⁷ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 822/04 du 21 avril 2005 consid. 5.2.

¹⁵⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_192/2013 du 16 août 2013 consid. 7.3.2.

¹⁵⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_368/2021 du 22 juillet 2021 consid. 10.

¹⁶⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_5/2020 du 22 avril 2020 consid. 5.3.2.

¹⁶¹ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_273/2021 du 2 novembre 2021 consid. 5.4.1 [volet AA] et 8C_276/2021 du 2 novembre 2021 consid. 5.4.1 [volet AI].

¹⁶² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_732/2018 du 26 mars 2019 consid. 8.2.2.

¹⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_374/2021 du 13 août 2021 consid. 5.3.

- pour un assuré qui n'avait pas de diplôme d'apprentissage mais qui était chef d'une entreprise dans l'industrie de la construction et avait, avant son atteinte à la santé, un revenu nettement supérieur à celui qu'il aurait pu obtenir en tant qu'employé¹⁶⁴.

[89] Le niveau de compétences 3 concerne les tâches pratiques complexes nécessitant un vaste ensemble de connaissances dans un domaine spécialisé. Le Tribunal fédéral a retenu un tel niveau, des branches économiques 45–47 « Commerce ; réparation d'automobiles », pour un assuré directeur d'une succursale automobile, ayant terminé avec succès un apprentissage de quatre ans en tant que mécanicien, disposant d'une expérience de plusieurs années dans cette profession, titulaire d'un brevet fédéral de conseiller à la clientèle dans la branche automobile. Les certificats de travail établis par les différents employeurs attestaient que l'assuré y a notamment effectué des tâches administratives et organisationnelles plus complexes (conseils à la clientèle, tâches comptables, organisation d'événements pour la clientèle, tâches liées à des projets, préparation des commandes des clients et surveillance des livraisons, formation des apprentis, etc.)¹⁶⁵.

[90] Le niveau de compétences 4 comprend des tâches qui exigent une capacité à résoudre des problèmes complexes et à prendre des décisions fondées sur un vaste ensemble de connaissances théoriques et factuelles dans un domaine spécialisé. Il faut partir du principe qu'une activité de niveau de compétences 4 implique une grande compétence décisionnelle et une certaine pression relative aux délais¹⁶⁶.

[91] Le niveau de compétences le plus élevé (c'est-à-dire le niveau 4) de la branche spécifique (secteur de l'information et de la communication [ch. 58–63]) a été retenu par le Tribunal fédéral pour un assuré ayant travaillé en dernier lieu comme informaticien de gestion senior¹⁶⁷ mais pas pour une juriste ayant des limitations fonctionnelles relativement importantes¹⁶⁸.

[92] Enfin, sur le plan procédural, si le niveau de compétences n'est pas contesté en instance cantonale, il est encore possible de le contester devant le Tribunal fédéral. Notre Haute Cour a en effet jugé que ce grief entre dans le cadre de l'objet du litige et se fonde sur les faits établis dans l'arrêt cantonal attaqué, raison pour laquelle la conclusion nouvelle est recevable devant le Tribunal fédéral¹⁶⁹.

c. Horaire hebdomadaire de travail

[93] Les salaires bruts standardisés selon l'ESS sont calculés sur la base d'un horaire hebdomadaire de 40 heures, si bien qu'ils doivent être adaptés à l'horaire hebdomadaire moyen de l'année considérée, qui est en principe légèrement supérieur (pour la durée hebdomadaire moyenne, cf. la statistique de la durée normale du travail dans les entreprises [DNT] établie par l'Office fédéral de la statistique)¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_457/2017 du 11 octobre 2017 consid. 6.3.

¹⁶⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_431/2021 du 26 janvier 2022 consid. 5.2.

¹⁶⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_450/2018 du 16 octobre 2018 consid. 5.3.

¹⁶⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_354/2021 du 3 novembre 2021 consid. 6.2.

¹⁶⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_450/2018 du 16 octobre 2018 consid. 5.3.

¹⁶⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_131/2021 du 2 août 2021 consid. 7.4.

¹⁷⁰ ATF 126 V 75 consid. 3b/bb ; cf. exemple de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_798/2017 du 2 août 2018 consid. 4.3.2 ; MOSER-SZELESS (nbp 8), n. 34 ad art. 16 LPG A ; FLÜCKIGER (nbp 24), n. 43 ad art. 18 UVG ; JEAN-MAURICE FRÉSARD/

[94] S'agissant du *revenu sans invalidité*, le Tribunal fédéral précise qu'il est juste de le déterminer en se référant à la durée usuelle de la semaine dans la branche économique concernée¹⁷¹.

[95] Pour le *revenu d'invalidé*, lorsqu'il est calculé sur la base de l'ESS [ligne « Total »], le revenu de référence est la moyenne usuelle dans toutes les entreprises du secteur privé, de telle sorte que la durée hebdomadaire de référence doit également être la moyenne usuelle du secteur privé¹⁷². En revanche, si l'on se réfère à un secteur économique spécifique pour établir le revenu d'invalidé, il est plus cohérent d'adapter le salaire statistique à la durée habituelle dans ce secteur si les données sont disponibles¹⁷³.

[96] Quant à l'année à prendre en compte, il s'agit de celle de l'examen du droit à la rente ou, à défaut, de la dernière année publiée. Ainsi, un revenu fixé sur la base de l'ESS 2018 pour un examen du droit à la rente en 2020 doit être adapté à l'horaire hebdomadaire de travail (du total, de la branche ou du secteur spécifique) de l'année 2020¹⁷⁴.

[97] La question de l'adaptation des statistiques salariales au temps de travail hebdomadaire considéré par l'administration ou la juridiction cantonale peut être librement reconsidérée par le Tribunal fédéral. En particulier parce que les informations officielles sont facilement vérifiables et accessibles à tous, le temps de travail habituel dans les entreprises est un fait notoire qui ne doit être ni allégué ni prouvé¹⁷⁵.

d. Evolution des salaires

[98] Pour l'indexation des salaires nominaux, si l'on se réfère à un secteur économique spécifique pour établir le *revenu d'invalidé*, il est plus cohérent d'adapter le salaire statistique sur les données statistiques disponibles pour les secteurs spécifiques ou au moins pour des types d'activités similaires¹⁷⁶.

[99] En l'absence de statistiques relatives à la branche concernée, il y a lieu de se référer à la ligne générale supérieure ou, à défaut, à l'indice de la ligne « Total » (toutes branches économiques confondues). Par exemple, l'évolution pour l'année 2020 de la ligne 55–56 « Hébergement et restauration » n'est pas fiable sur le plan statistique¹⁷⁷, de sorte qu'il y a lieu de se reporter à la ligne 45–96 « Secteur tertiaire », englobant les domaines 55–56 « Hébergement et restauration », soit +0.9% pour 2020.

[100] Pour le *revenu sans invalidité*, la jurisprudence précise que, lorsqu'il faut adapter le salaire statistique à l'évolution des salaires nominaux, une distinction entre les sexes doit être faite et l'indice relatif aux hommes ou aux femmes doit être appliqué¹⁷⁸. Puisque le revenu sans invalidité

MARGIT MOSER-SZELESS, L'assurance-accidents obligatoire, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3^{ème} éd., 2016, n. 236 p. 979.

¹⁷¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_480/2016 du 10 novembre 2016 consid. 6.2.

¹⁷² Cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 9C_603/2015 du 25 avril 2016 consid. 8.1.

¹⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_155/2016 du 8 août 2016 consid. 4.4.

¹⁷⁴ Cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 8C_765/2019 du 10 juin 2020 consid. 3.

¹⁷⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_748/2009 du 16 avril 2010 consid. 4.5 et la référence.

¹⁷⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_155/2016 du 8 août 2016 consid. 4.4 et les références.

¹⁷⁷ « * » dans la colonne 2020 de la ligne 55–56, tableau « T1.1.15 Indice des salaires nominaux, hommes, 2016–2020 » ainsi que dans le tableau général « T1.15 Indice des salaires nominaux, 2016–2020 ».

¹⁷⁸ ATF 129 V 408 consid. 3.1.2 et 4.2; arrêt du Tribunal fédéral 8C_123/2015 du 29 avril 2015 consid. 3.2.3.

est indexé selon l'indice relatif aux hommes ou aux femmes, nous proposons de procéder de la même manière pour le *revenu d'invalidé*¹⁷⁹, même lorsque la ligne « Total secteur privé » est prise en considération. En effet, il ne fait sens de faire la distinction dans le revenu sans invalidité et de ne plus le faire dans le revenu d'invalidé. C'est d'ailleurs ce que prévoit désormais la Circulaire sur l'invalidité et les rentes dans l'assurance-invalidité (CIRAI)¹⁸⁰.

[101] Il est important de rappeler que les taux d'indexation ne doivent pas être additionnés mais appliqués successivement.

[102] L'utilisation d'un tableau statistique présuppose qu'il a été publié au moment où la décision sur opposition a été rendue¹⁸¹. Comme pour les données issues de l'Enquête suisse sur la structure des salaires¹⁸², il y a lieu d'utiliser les données statistiques les plus récentes.

[103] Enfin, le fait de contester l'utilisation du tableau T1.1.10 au lieu du tableau T1.1.15 (entraînant une différence au final de 0,06%) ne respecte pas la maxime « *minima non curat praetor* », que les assureurs sont tenus de respecter¹⁸³.

5. Abattement sur les salaires statistiques

a. Généralités

[104] Selon le Tribunal fédéral, il n'y a aucune raison d'abandonner la jurisprudence relative à l'abattement (ATF 126 V 75), qui constitue toujours le correctif normatif à l'utilisation du salaire statistique de l'ESS lors de la détermination du revenu d'invalidité¹⁸⁴.

[105] Ainsi, aux fins de déterminer le revenu d'invalidé, les salaires fixés sur la base des données statistiques peuvent à certaines conditions faire l'objet d'un abattement de 25% au plus¹⁸⁵. Une telle déduction ne doit pas être opérée automatiquement, mais seulement lorsqu'il existe des indices qu'en raison d'un ou de plusieurs facteurs, l'intéressé ne peut mettre en valeur sa capacité résiduelle de travail sur le marché du travail qu'avec un résultat économique inférieur à la moyenne¹⁸⁶. Selon la jurisprudence, la mesure dans laquelle les salaires ressortant des statistiques doivent être réduits dépend de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier (limitations liées au handicap, âge, années de service, nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation)¹⁸⁷. Il n'y a pas lieu de procéder à des déductions distinctes pour chacun des facteurs entrant en considération ; il faut bien plutôt procéder à une évaluation

¹⁷⁹ Utilisation des tableaux « T1.1.10 Indice des salaires nominaux, hommes, 2011–2021 » ou « T1.1.20 Indice des salaires nominaux, hommes, 2020–2021 » et « T1.2.10 Indice des salaires nominaux, femmes, 2011–2021 » ou « T1.2.20 Indice des salaires nominaux, femmes, 2020–2021 », au détriment du tableau « T1.10 Indice des salaires nominaux, 2011–2021 » ou « T1.20 Indice des salaires nominaux, 2020–2021 ». Dans le même sens, FLÜCKIGER (nbp 24), n. 43 ad art. 18 UVG.

¹⁸⁰ Ch. 3210 CIRAI, valable dès le 1^{er} janvier 2022.

¹⁸¹ ATF 143 V 295 consid. 4.1.2.

¹⁸² ATF 143 V 295 consid. 2.3 et les arrêts cités.

¹⁸³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_730/2019 du 10 juin 2020 consid. 3.4.

¹⁸⁴ ATF 142 V 178 consid. 2.5.7.

¹⁸⁵ ATF 129 V 472 consid. 4.2.3 ; 126 V 75 consid. 5b/aa-cc.

¹⁸⁶ ATF 148 V 174 consid. 6.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_50/2022 du 11 août 2022 consid. 6.1.1 et les références [volet AA] ; 8C_66/2022 du 11 août 2022 consid. 6.1.1 et les références [volet AI].

¹⁸⁷ ATF 148 V 174 consid. 6.3 et les références ; 126 V 75 consid. 5b/aa-cc.

globale, dans les limites du pouvoir d'appréciation, des effets de ces facteurs sur le revenu d'invalidé, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas concret¹⁸⁸.

[106] L'étendue de l'abattement opérée sur le revenu d'invalidé ne dépend pas du nombre de limitations fonctionnelles retenues¹⁸⁹. Par ailleurs, un abattement n'entre en considération que si, dans un marché du travail équilibré, il n'y a plus un éventail suffisamment large d'activités accessibles à l'assuré¹⁹⁰.

[107] Dans la pratique, l'échelonnement se fait par palier de 5%¹⁹¹.

[108] Si les limitations fonctionnelles, de par leur nature particulière, ne sont pas aisément compatibles avec les exigences telles qu'elles résultent des processus habituels de l'entreprise, il peut en être tenu compte lors de la détermination de l'abattement en raison des limitations liées au handicap¹⁹².

[109] Le seul fait que l'on puisse raisonnablement exiger de l'assuré qu'il n'effectue que des travaux légers à moyennement lourds ne constitue pas, même en cas de capacité de travail réduite, un motif de déduction supplémentaire, car le revenu issu du niveau de compétences 1 de l'ESS comprend déjà un grand nombre d'activités légères¹⁹³.

[110] Par ailleurs, le « long éloignement du marché du travail » n'est pas un facteur d'abattement au sens de la jurisprudence¹⁹⁴, qui pourrait d'ailleurs être temporairement compensé par une mesure d'accompagnement¹⁹⁵. Il en est de même pour les difficultés linguistiques¹⁹⁶, l'analphabétisme¹⁹⁷ et l'absence de formation¹⁹⁸, l'absence de connaissances en informatique, une faible adaptabilité à la nouveauté et un manque d'autonomie¹⁹⁹, ni le fait que l'assuré « a toujours exercé une activité de maçon depuis son adolescence »²⁰⁰, d'avoir travaillé constamment dans le domaine dans lequel il s'est formé (peinture et plâtrerie)²⁰¹ ou encore une précédente activité de prostitution²⁰².

¹⁸⁸ ATF 126 V 75 consid. 5b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 8C_679/2020 du 1^{er} juillet 2021 consid. 6.1; MOSER-SZELESS (nbp 8), n. 36 ad art. 16 LPGa.

¹⁸⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_326/2018 du 5 octobre 2018 consid. 7.2.

¹⁹⁰ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_50/2022 du 11 août 2022 consid. 6.4 et la référence; 8C_608/2021 du 26 avril 2022 consid. 4.3.1 et la référence.

¹⁹¹ FLÜCKIGER (nbp 24), n. 45 ad art. 18 UVG.

¹⁹² Arrêts du Tribunal fédéral 8C_558/2017 du 1^{er} février 2018 consid. 5.3.1; 8C_163/2015 du 16 juin 2015 consid. 3.2.2 et la référence.

¹⁹³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_48/2021 du 20 mai 2021 consid. 4.3.4 et les références.

¹⁹⁴ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_273/2019 du 18 juillet 2019 consid. 6.3 et les références; 9C_55/2018 du 30 mai 2018 consid. 4.3; 9C_17/2018 du 17 avril 2018 consid. 4.3 et les références; 9C_892/2012 du 30 avril 2013 consid. 5.4; cf. également EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 171, p. 64, et les différents arrêts examinés (n. 160 ss, p. 62 ss).

¹⁹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_1030/2008 du 4 juin 2009 consid. 3.

¹⁹⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_423/2019 du 23 janvier 2020 consid. 6.2; 9C_115/2018 du 5 juillet 2018 consid. 5.2 (le niveau de qualification professionnelle déterminant [niveau de compétences 1] ne nécessite pas une bonne maîtrise d'une langue nationale); 8C_37/2016 du 8 juillet 2016 consid. 5.2.

¹⁹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_627/2021 du 25 novembre 2021 consid. 7.2 et les références, en ce qui concerne le niveau de compétences le plus bas, à savoir le niveau 1.

¹⁹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_423/2019 du 23 janvier 2020 consid. 6.2.

¹⁹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_772/2020 du 9 juillet 2021 consid. 5.3.

²⁰⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_231/2020 du 17 juin 2020 consid. 5.1.

²⁰¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_742/2019 du 15 juin 2020 consid. 5.2.2.

²⁰² Arrêt du Tribunal fédéral 9C_633/2017 du 29 décembre 2017 consid. 4.3.

[111] S'agissant des connaissances linguistiques, le Tribunal fédéral a rappelé que les activités comprises dans le niveau de compétences 1 n'exigent pas de bonnes connaissances de la langue allemande (dans le cas d'un canton germanophone)²⁰³ ou d'une langue nationale²⁰⁴.

[112] En outre, tout nouveau travail va de pair avec une période d'apprentissage, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'effectuer un abattement à ce titre²⁰⁵. La simple phase initiale d'adaptation à une nouvelle activité professionnelle ne justifie par conséquent pas la prise en compte d'un abattement²⁰⁶.

[113] En revanche, une personne qui, de nos jours, ne peut pas supporter une pression en termes de temps et de performance doit s'attendre, même si la situation sur le marché du travail est équilibrée, à une rémunération inférieure à celle d'une personne en bonne santé, et ce en tout cas lorsqu'il faut tenir compte d'autres conditions liées au poste de travail (en raison de troubles psychiques, ne pas devoir, si possible, collaborer avec des collègues et/ou ne pas avoir de contact avec la clientèle). Dans une telle constellation, la personne assurée a droit à un abattement en raison des limitations dues aux troubles de son état de santé²⁰⁷.

[114] Un risque prétendument plus élevé de devoir s'absenter du travail pour des raisons de maladie ne peut pas être considéré comme un motif d'abattement²⁰⁸. A ce sujet, selon le Tribunal fédéral, il n'est pas statistiquement prouvé que les salariés dont la capacité de travail est restreinte pour des raisons de santé sont plus longtemps absents du travail pour cause de maladie que ceux qui sont capables de travailler sans restriction²⁰⁹.

[115] Ainsi, lorsque la personne assurée est absente du travail un à trois jours par mois en raison de crises de panique, sans régularité prévisible, ces absences répétées doivent être prises en compte pour déterminer l'étendue de la capacité de travail que l'on peut raisonnablement attendre en termes de temps et non de les prendre en considération dans le cadre de l'abattement. Ce n'est que dans la mesure où les absences ne surviennent pas de manière planifiée au sens de régulière selon un certain rythme qu'il faut en tenir compte de manière appropriée lors de l'abattement sur le salaire statistique²¹⁰. Ainsi, des absences non prévisibles et difficilement calculables, telles que celles causées par des poussées de maladie, peuvent justifier un tel abattement²¹¹.

[116] L'application d'un abattement sur le revenu d'invalidé est le résultat d'une évaluation globale de la situation ; il ne peut être fait référence, sans autre argumentation, à un jugement cantonal n'ayant pas fait l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral²¹². Seules les circonstances du cas particulier sont déterminantes pour juger de la situation concrète²¹³.

²⁰³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_64/2021 du 14 avril 2021 consid. 6.3 et la référence.

²⁰⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_608/2021 du 26 avril 2022 consid. 4.3.4 et les références.

²⁰⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_103/2018+8C_131/2018 du 25 juillet 2018 consid. 5.2 et la référence.

²⁰⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_465/2021 du 10 décembre 2021 consid. 5.

²⁰⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_796/2013 du 28 janvier 2014 consid. 3.4.

²⁰⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_708/2009 du 19 novembre 2009 consid. 2.3.2.

²⁰⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_144/2010 du 4 août 2010 consid. 5.3.

²¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_462/2007 du 25 janvier 2008 consid. 3.2.2 ; cf. également la casuistique citée à l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_42/2022 du 12 juillet 2022 consid. 4.5.1.

²¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_179/2018 du 22 mai 2018 consid. 4.2 et les références ; cf. également la jurisprudence citée par EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 490 ss, p. 183 ss.

²¹² Arrêts du Tribunal fédéral 8C_9/2020 du 10 juin 2020 consid. 4.4.5 ; 8C_765/2019 du 10 juin 2020 consid. 5.4.5 ; 8C_730/2019 du 10 juin 2020 consid. 4.4.5.

²¹³ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_677/2015 du 25 janvier 2016 consid. 3.4.

[117] Enfin, en présence de salaires réels un abattement ne se justifie pas²¹⁴.

[118] Sur le plan procédural, savoir s'il convient de procéder à un abattement sur le salaire statistique en raison des circonstances du cas particulier constitue une question de droit que le Tribunal fédéral peut revoir librement, tandis que l'étendue de l'abattement justifié dans un cas concret constitue une question typique relevant du pouvoir d'appréciation, qui est soumise à l'examen du juge de dernière instance uniquement si la juridiction cantonale a exercé son pouvoir d'appréciation de manière contraire au droit²¹⁵.

b. Le cas de la baisse de rendement

[119] La jurisprudence considère que lorsqu'un assuré est capable de travailler à plein temps mais avec une diminution de rendement, celle-ci est prise en considération dans la fixation de la capacité de travail et il n'y a pas lieu, en sus, d'effectuer un abattement à ce titre²¹⁶. En effet, lorsque les facultés réduites de rendement ont été prises en considération lors de l'appréciation de la capacité résiduelle de travail, elles ne sauraient l'être une seconde fois, dans le cadre de l'évaluation du revenu d'invalidé, en tant que facteur de réduction du salaire statistique²¹⁷ ; il n'y a donc plus place pour d'autres réductions de quelque nature que ce soit à ce titre²¹⁸. En revanche, un abattement à raison d'autres circonstances (par exemple l'âge de l'assuré²¹⁹) est admissible dans la limite maximale de 25%²²⁰.

[120] L'administration ou le tribunal ne sauraient introduire, par le biais de la déduction sur le salaire d'invalidé, une diminution de rendement de l'assuré dans le cadre de la capacité résiduelle de travail, alors que les médecins appelés à se prononcer sur celle-ci n'ont pas fait état d'une limitation du rendement de travail. Dans une affaire jugée le 18 février 2019 par le Tribunal fédéral, les limitations d'ordre somatique dont la cour cantonale a fait état sur la base du rapport du médecin-expert ont justifié une réduction de la capacité de travail de 20%, laquelle a été prise en compte pour la fixation du revenu d'invalidé. Une diminution du rendement dans les 80% restants a été explicitement exclue par l'experte. Si les premiers juges avaient pris les limitations somatiques en considération dans le cadre de l'abattement, ils auraient usé d'un critère inapproprié et excédé leur pouvoir d'appréciation²²¹.

²¹⁴ MOSER-SZELESS (nbp 8), n. 36 ad art. 16 LPGA.

²¹⁵ ATF 148 V 174 consid. 6.5 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_405/2021 du 9 novembre 2021 consid. 6.2 et les références.

²¹⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_431/2021 du 26 janvier 2022 consid. 5.2 ; 8C_109/2021 du 6 septembre 2021 consid. 5.3.2 ; 9C_778/2020 du 27 août 2021 consid. 6 et les références ; 8C_521/2016 du 19 mai 2017 consid. 5.2 ; 9C_359/2014 du 5 septembre 2014 consid. 5.4 et les références.

²¹⁷ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_115/2021 du 10 août 2021 consid. 3.2.1 ; 9C_759/2018 du 18 février 2019 consid. 3.2 et 3.3 ; 8C_327/2018 du 31 août 2018 consid. 4.4.1 et les références ; 9C_581/2016 du 24 janvier 2017 consid. 3 ; I 724/02 du 10 janvier 2003 consid. 4.2.2.

²¹⁸ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_767/2015 du 19 avril 2016 consid. 4.4 ; 9C_149/2015 du 22 mars 2016 consid. 4.1 et les références.

²¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_847/2018 du 2 avril 2019 consid. 6.2.3.

²²⁰ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_759/2018 du 18 février 2019 consid. 3.3 (abattement pour désavantage salarial – en sus de la baisse de rendement – refusé *in casu* en raison de l'absence d'empêchements supplémentaires qui restreindraient l'assurée dans l'exercice d'une activité adaptée) ; 8C_585/2011 du 5 avril 2012 consid. 3.3.

²²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_759/2018 du 18 février 2019 consid. 3.3.

[121] La jurisprudence du Tribunal fédéral comporte de nombreux exemples où un abattement a été retenu en sus de la baisse de rendement (cf. quelques arrêts cités au point c ci-après).

[122] Selon notre Haute Cour, il est peut-être vrai que les travailleurs avec un rendement réduit utilisent l'infrastructure de l'employeur de manière moins efficace et donc plus coûteuse que les travailleurs ayant un rendement illimité. Toutefois, il n'existe pas d'indices suffisants pour que cet effet ne soit pas compensé par les avantages de la présence du travailleur toute la journée. Le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y a pas de raison apparente de déroger à cette règle²²².

[123] Il est le lieu de rappeler que lorsqu'un rapport médical indique la capacité de travail sous la forme d'une fourchette de valeurs (p. ex. 20 à 30%), il convient en règle générale de se fonder sur la valeur moyenne (soit 25% dans notre exemple), ce qui permet d'éviter les inégalités de traitement résultant de ce genre d'évaluation²²³.

[124] Dans le cas d'un assuré, sans emploi au moment de la survenance de l'atteinte à la santé, disposant d'une capacité totale de travail dans toute activité avec une diminution de rendement de 30%, en raison de séquelles d'un accident vasculaire cérébral, référence a été faite aux mêmes données statistiques pour déterminer les revenus avec et sans invalidité²²⁴. Le tribunal cantonal a retenu un abattement de 10% et l'a cumulé à la diminution de rendement de 30%, pour arrêter le taux d'invalidité à 40%. Le Tribunal fédéral a rappelé que cette façon de procéder est contraire au droit dès lors que l'abattement doit être appliqué au revenu d'invalidé et ne saurait en aucun cas s'additionner au taux de la diminution de rendement. Les juges fédéraux ont apporté les précisions suivantes : il convient concrètement d'appliquer l'abattement de 10% à la part du salaire statistique que l'assuré est toujours susceptible de réaliser malgré sa baisse de rendement de 30% (10% de 70%, soit 7%) puis de déduire le résultat obtenu de ladite part salariale (70%-7% = 63%). La différence obtenue correspond à la perte de gain effective, soit 37% (100%-63%), et donne le taux d'invalidité²²⁵.

c. Limitations liées au handicap

[125] Le point de savoir s'il se justifie de procéder à un abattement sur le salaire statistique en raison des limitations fonctionnelles dépend de la nature de celles-ci; une réduction à ce titre n'entre en considération que si, dans un marché du travail équilibré, il n'y a plus un éventail suffisamment large d'activités accessibles à l'assuré. Aussi y a-t-il lieu de déterminer si les limitations fonctionnelles constituent un facteur qui obligerait l'assuré à mettre en valeur sa capacité de travail résiduelle sur le marché du travail à des conditions économiques plus défavorables que la moyenne, soit entraînant un désavantage salarial²²⁶.

²²² Arrêts du Tribunal fédéral 8C_627/2021 du 25 novembre 2021 consid. 5.2; 8C_211/2018 du 8 mai 2018 consid. 4.4 et les références.

²²³ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_782/2019 du 15 avril 2020 consid. 2.2; 8C_696/2010 du 5 juillet 2011 consid. 4.3.3; 9C_280/2010 du 12 avril 2011 consid. 4.2 (non publié aux ATF 137 V 71) et les références.

²²⁴ Dans ces circonstances, il n'est pas nécessaire de chiffrer précisément les revenus avec et sans invalidité dans la mesure où le taux d'invalidité se confond avec le taux d'incapacité de travail (cf. arrêts du Tribunal fédéral 9C_842/2018 du 7 mars 2019 consid. 5.1; 9C_692/2017 du 12 mars 2018 consid. 5; 9C_260/2013 du 9 août 2013 consid. 4.2).

²²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_692/2017 du 12 mars 2018 consid. 5; cf. également le calcul au consid. 5.2 de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_842/2018 du 7 mars 2019.

²²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_679/2020 du 1^{er} juillet 2021 consid. 6.2.1 et les références.

[126] Le simple fait que seuls des travaux légers à moyennement lourds soient exigibles ne justifie pas un abattement, car le niveau de compétences 1 de l'ESS comprend déjà un grand nombre d'activités légères et modérément lourdes²²⁷. Il en est de même lorsque la personne assurée est désormais cantonnée aux activités avec port alterné de charges ; un abattement systématique de 10% n'est pas justifié, une estimation globale étant toujours nécessaire²²⁸.

[127] Une réduction ne se justifie pas lorsque les limitations liées au handicap sont suffisamment prises en considération lors de l'appréciation de la capacité de travail et lorsqu'aucun autre critère ne peut être pris en considération²²⁹. Par ailleurs, les atteintes à la santé qui ne sont pas invalidantes ne sauraient être prises en compte puisqu'elles n'affectent ni le rendement ni le taux d'occupation²³⁰.

[128] Les arrêts du Tribunal fédéral cités ci-après n'ont qu'une valeur d'exemples et ne sont pas exhaustifs. Ces exemples complètent ceux cités dans notre précédente contribution²³¹ ainsi que ceux mentionnés par PHILIPP EGLI/MARTINA FILIPPO/THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER²³².

[129] La question de l'abattement sur le salaire statistique doit être tranchée en fonction du cas particulier²³³. Cela étant, il sied de rappeler que l'égalité de traitement fait partie des principes de droit constitutionnel qui régissent l'activité de l'administration et des autorités judiciaires, de sorte qu'on ne saurait reprocher à l'administration ou aux juges de prendre en considération la pratique du Tribunal fédéral concernant la déduction sur le salaire statistique, par exemple dans le cas de personnes assurées privées partiellement ou complètement de l'usage d'un membre supérieur²³⁴.

i. Atteintes aux membres supérieurs

[130] Assuré, plâtrier de formation, âgé de 58 ans au moment de la décision, a subi un traumatisme crânien et une luxation de l'épaule droite. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : notamment pas de travaux au-dessus de la tête, pas de port de charges de plus de 5–7 kg avec la main droite avec le bras tendu. Le Tribunal fédéral confirme l'absence d'abattement²³⁵.

[131] Assuré, maçon, âgé de 50 ans au moment de l'examen du droit à la rente, se blessant au bras gauche (arthrose acromio-claviculaire, tendinopathie du tendon du sus-épineux et déchirure partielle à la hauteur de l'insertion du tendon du sus-épineux compliquée par la suite par une capsulite rétractile de l'épaule gauche). Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : pas de port de charges supérieures à 10–15 kg de manière prolongée et/ou répétitive avec le membre supérieur gauche, pas de travail prolongé et/ou répétitif au-dessus du plan

²²⁷ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_48/2021 du 20 mai 2021 consid. 4.3.4 et les références ; 9C_386/2012 du 18 septembre 2012 consid. 5.2.

²²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_109/2021 du 6 septembre 2021 consid. 5.3.2.

²²⁹ Arrêts du Tribunal fédéral des assurances I 16/05 du 13 mars 2006 consid. 6.3 ; U 511/00 du 28 février 2001 consid. 3.b.

²³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_39/2011 du 22 août 2011 consid. 6.2.

²³¹ IONTA (nbp 3), ch. 151 ss.

²³² EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 366 ss, p. 147 ss.

²³³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_289/2021 du 3 février 2022 consid. 4.4.

²³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_537/2019 du 25 février 2020 consid. 4.2 et la référence.

²³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_581/2021 du 19 janvier 2022 consid. 5.3.

des épaules, pas d'activité avec le membre supérieur gauche maintenu en porte-à-faux. Selon le Tribunal fédéral, au regard des activités physiques ou manuelles simples que recouvrent les secteurs de la production et des services (ESS, niveau de compétences 1), un nombre suffisant d'entre elles correspondent à des travaux légers respectant les limitations fonctionnelles de l'assuré. Une déduction sur le salaire statistique ne se justifie donc pas pour tenir compte des circonstances liées au handicap de l'assuré²³⁶.

[132] Assuré, maçon, âgé de 50 ans au moment de l'examen du droit à la rente, victime d'un accident entraînant de multiples plaies et coupures au niveau des membres supérieurs, principalement du côté droit. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : pas de mouvement répétitif au niveau du coude droit, pas de port de charges de plus de 7 kg (il s'agit là d'une valeur maximale en ce sens que le port de charges, même inférieures à ce seuil, doit être alterné avec des périodes de repos du membre supérieur droit). Selon le Tribunal fédéral, au regard des activités physiques ou manuelles simples que recouvrent les secteurs de la production et des services, un nombre suffisant d'entre elles correspondent à des travaux légers ne nécessitant pas le port régulier de charges excédant les 3 à 4,5 kg (admis par le médecin-expert) ou de mouvement répétitif de flexion-extension du coude droit, comme en particulier les activités de contrôle et de surveillance. Une déduction sur le salaire statistique ne se justifie donc pas pour tenir compte des circonstances liées au handicap de l'assuré²³⁷.

[133] Assurée, serveuse, âgée de 38 ans au moment de l'examen du droit à la rente, blessée à l'épaule gauche (fracture-impaction du trochiter et lésion partielle du tendon du sus-épineux) à la suite d'une glissade sur du verglas. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : port de charges répété, élévation du membre supérieur gauche au-dessus des épaules et vibrations ou contrecoups au niveau du membre supérieur gauche. Le Tribunal fédéral confirme le taux d'abattement de 5% retenu par l'assurance-accidents et la cour cantonale²³⁸.

[134] Assuré, âgé de 57 ans au moment de l'examen du droit à la rente, gérant d'un café-restaurant, victime d'un accident de scooter avec, comme conséquences, une fracture multifragmentaire de l'humérus proximal gauche et une rupture complète du tendon patellaire gauche. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : pas de gros efforts (sic), pas de port de charges de plus de 8 kg, pas de port régulier de charges, pas de montée et descente d'escaliers, pas de travaux s'effectuant au-dessus du plan des épaules. Selon le Tribunal fédéral, si de telles limitations excluent les travaux lourds, on ne voit pas qu'elles restreindraient de manière significative les activités légères, en tout cas pas dans une mesure qui justifierait un abattement supérieur à 5%. La cour cantonale n'avait pas de motif pertinent pour substituer son appréciation à celle de l'assurance-accidents. Le Tribunal fédéral confirme la décision sur opposition de l'assureur s'agissant de l'abattement de 5%²³⁹.

[135] Assurée, aide de cuisine, âgée de 58 ans au moment de l'examen du droit à la rente, a été victime d'une chute entraînant une contusion du genou droit, une fracture à l'auriculaire gauche et un traumatisme à l'épaule droite, avec des lésions partielles du tendon du supra-épineux et du tendon de l'infra-épineux, une tendinopathie du long chef du biceps et une arthropathie acromio-

²³⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_118/2021 du 21 décembre 2021 consid. 6.3.1.

²³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_122/2019 du 10 septembre 2019 consid. 4.3.1.4.

²³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_546/2019 du 7 septembre 2020 consid. 4.3.

²³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_661/2018 du 28 octobre 2019 consid. 3.3.4.3.

claviculaire. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : pas de port répété de charges supérieures à 5–10 kg, pas d'activités nécessitant le maintien du membre supérieur droit au-dessus du niveau des épaules et privilégier les activités coude au corps. Selon le Tribunal fédéral, les seules limitations fonctionnelles ne restreignent pas de manière significative les activités légères, raisonnablement exigibles de l'assurée, en tout cas pas dans une mesure qui justifierait un abattement supérieur à 5%²⁴⁰.

[136] Assurée, aide de maison au service des nettoyages, au bénéfice d'une rente AI depuis le 1^{er} novembre 2017 et d'une rente d'invalidité LAA de 83% depuis le 1^{er} janvier 2001, âgée de 60 ans au moment de l'évaluation du droit à la rente (révision), souffrant de troubles à l'épaule droite (érosion de la face profonde au niveau de la jonction entre le tendon du sus-épineux et du sous-épineux, de status post arthroscopie de l'épaule droite, de lésion partielle articulaire et interstitielle du tendon du sus-épineux et de raideur articulaire de l'épaule droite). Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : pas de mouvements du bras droit au-dessus des épaules, de port répété de charges, de vibration ou contrecoup au niveau du membre supérieur droit²⁴¹. Selon l'instance cantonale, les limitations fonctionnelles de l'assurée ne sont pas particulièrement contraignantes et les activités visées par l'ESS recouvrent un large éventail d'activités variées et non qualifiées. Les juges cantonaux ont toutefois retenu un abattement de 10% « afin de tenir compte de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles susceptibles d'influer sur les perspectives salariales de [l'assurée] », sans autre détail²⁴². Le Tribunal fédéral confirme le jugement cantonal²⁴³.

[137] Assurée, aide de cuisine, âgée de 58 ans au moment de l'examen du droit à la rente, a été agressée physiquement par un collègue de travail et a subi une rupture complète de la coiffe des rotateurs de l'épaule gauche, ayant par la suite nécessité la mise en place d'une prothèse totale d'épaule inversée. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : pas de port de charges de plus de 2 kg et pas de mouvement ni d'activité au-dessus de l'épaule²⁴⁴. Le Tribunal fédéral considère que la cour cantonale n'avait pas de motif pertinent pour substituer son appréciation à celle de l'assurance-accidents et confirme le taux d'abattement de 10% retenu par l'assureur²⁴⁵.

[138] Assuré, âgé de 44 ans au moment de la décision litigieuse, maçon carreleur, souffrant de divers troubles aux deux épaules, de lombalgies chroniques avec sciatgies gauches non déficitaires, de gonalgies bilatérales et de talalgies bilatérales. Capacité de travail exigible : 100% avec une diminution de rendement de 25%. Limitations fonctionnelles²⁴⁶ : l'assuré ne doit pas porter des objets lourds (supérieurs à 10 kg), ne doit pas lever les bras au-dessus de l'horizontale, dans une activité légère, sédentaire ou semi-sédentaire dans laquelle il peut alterner la position assise avec la position debout, sans porter des objets lourds, sans se pencher en avant, sans travailler en

²⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_608/2021 du 26 avril 2022 consid. 4.3.1.

²⁴¹ Constatations de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud, arrêt AA 37/18 ap. TF – 155/2019 du 22 novembre 2019.

²⁴² *Dito*, consid. 8c.

²⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_823/2019 du 9 septembre 2020 consid. 6.

²⁴⁴ Constatations de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre des assurances sociales, jugement ATAS/1149/2017 du 14 décembre 2017.

²⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_103/2018+8C_131/2018 du 25 juillet 2018 consid. 5.2 et la référence.

²⁴⁶ Constatations de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud, arrêt AI 384/09 – 56/2010 du 15 février 2010.

porte-à-faux, en évitant les longues marches, principalement la montée ainsi que mouvements répétitifs de flexion-extension. Hormis les limitations fonctionnelles relativement nombreuses de l'assuré, il n'y a pas d'autre élément déterminant dans ce contexte qui justifierait une réduction supérieure au taux retenu par l'administration²⁴⁷. Le Tribunal fédéral confirme l'abattement de 10%.

[139] Assuré, préparateur de commande, souffrant d'une pseudarthrose du scaphoïde avec arthrose radio-carpienne gauche, opérée à deux reprises. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : l'assuré est en mesure d'utiliser son poignet et sa main gauches dans une activité légère ne sollicitant pas excessivement le poignet et la main en termes de force et de manutention de charges. Le Tribunal fédéral a rappelé l'application du niveau de qualification 4 (jusqu'à l'ESS 2010 ; niveau de compétences 1 dès l'ESS 2012) pour déterminer le revenu exigible dans des activités monomanuelles légères. Le taux d'abattement de 10% est confirmé²⁴⁸.

[140] Assurée, tenancière d'une épicerie tea-room, âgée de 53 ans au moment du droit à la rente, souffrant – selon une expertise neurologique – d'un tremblement psychogène et de trouble moteur dissociatif, avec une limitation du rendement en raison de l'impotence fonctionnelle du membre supérieur droit. Capacité de travail exigible de 60% (la baisse de rendement de 40% est due aux stratégies que l'assurée doit mettre en place pour fonctionner en utilisant « ce qu'il reste de son bras et sa main droite » dans un milieu professionnel). Limitations fonctionnelles : la main droite, malgré le tremblement, est encore utilisable en appui à la main gauche, les travaux de précision et les gestes fins sont impossibles, le port d'objets de plus de 5 kg est à proscrire, et l'écriture reste possible, bien que difficile. Le Tribunal fédéral conclut que la juridiction cantonale n'a pas violé le droit ni abusé ou excédé de son pouvoir d'appréciation en fixant à 15% l'abattement sur le revenu d'invalidé²⁴⁹.

[141] Pour une assurée présentant des séquelles d'une fracture du radius distal – à savoir douleurs persistantes au poignet droit en raison d'un mauvais positionnement –, une pleine capacité de travail était exigible pour des activités qui ne nécessitent pas de travaux manuels lourds ou une dextérité manuelle importante, avec une limitation de la capacité de porter avec la main droite. L'abattement de 15% est confirmé²⁵⁰.

[142] Assuré, âgé de 47 ans au moment de l'examen du droit à la rente, victime d'un accident entraînant des fractures comminutives de l'avant-bras droit. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : pas de travaux en hauteur (sur des toits, des échelles, des échafaudages, etc.), pas de travaux entraînant des chocs ou des vibrations, pas d'exposition au froid, pas de port et de soulèvement de charges de plus de 4–5 kg avec la main droite. L'abattement de 15% retenu par l'assurance-accidents est confirmé par les instances cantonale puis fédérale²⁵¹.

[143] Assuré, peintre en bâtiment, qui s'est fracturé les deux poignets. L'assuré ne pouvait pas reprendre une activité manuelle nécessitant l'usage en force et répétitif des deux poignets. D'avis d'expert, si le rendement professionnel de l'assuré dans une activité manuelle, même légère est nul, ce dernier n'était pas privé de l'usage de ses deux mains dans la vie de tous les jours. Capacité

²⁴⁷ ATF 137 V 71 consid. 5.3.

²⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_633/2016 du 28 décembre 2016 consid. 4.3.

²⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_537/2019 du 25 février 2020 consid.4.2.

²⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_971/2008 du 23 mars 2009 consid. 4.2.6.2.

²⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_587/2019 du 30 octobre 2019 consid. 7.3.

de travail exigible : 100%. L'assurance-accidents a fixé l'abattement sur le revenu d'invalidé à 15% pour tenir compte à la fois des limitations fonctionnelles et de l'âge de l'assuré (54 ans au moment du droit à la rente). Le Tribunal fédéral confirme ce taux²⁵².

[144] Assuré, âgé de 59 ans au moment de la constatation de la pleine capacité de travail dans une activité adaptée, employé des services généraux d'une banque, a été victime d'un accident de moto, engendrant une limitation fonctionnelle douloureuse permanente de l'épaule et du poignet droits, des gonalgies gauches sus-condyliennes externes à l'effort et une rhizarthrose bilatérale avancée (symptomatique à gauche). Limitations fonctionnelles : pas d'effort ni de mouvements répétitifs du membre supérieur droit, notamment en hauteur²⁵³. Capacité de travail exigible de 100% dans une activité adaptée. Le Tribunal fédéral confirme la réduction de 15% opérée sur le revenu d'invalidé par l'instance cantonale²⁵⁴.

ii. Personnes considérées comme « monomanuelles »²⁵⁵

[145] Assurée ayant eu la main droite écrasée par une presse, étant apte à exercer sans restriction les activités n'exigeant ni dextérité, ni rendement. Compte tenu du handicap à la main droite, un abattement de 10% est retenu²⁵⁶.

[146] Assuré ayant une capacité de travail exigible de 100% dans une activité adaptée ne sollicitant pas excessivement la main et le poignet gauches. Le fait qu'il est plus difficile pour un assuré de trouver un travail du fait de l'usage limité de sa main n'est pas une argumentation suffisante pour établir que la déduction de 10% opérée par l'office AI et confirmée par l'autorité judiciaire cantonale constituerait un abus de leur pouvoir d'appréciation en la matière²⁵⁷.

[147] Assuré, âgé de 58 ans au moment de la décision litigieuse²⁵⁸, ayant travaillé exclusivement dans le secteur de la restauration au cours des trente-cinq années ayant précédé son accident, le plus souvent comme barman, ayant subi une fracture de la 2^e phalange du 4^e doigt de la main gauche (non dominante), nécessitant une réduction ouverte et une ostéosynthèse par deux vis de compression, avec une évolution compliquée par une algoneurodystrophie. Limitations fonctionnelles : l'assuré est limité dans toutes les activités nécessitant les mouvements répétitifs ainsi que l'habileté manuelle fine et les efforts de la main gauche. Capacité de travail exigible : 100% dans une activité purement monomanuelle droite. Dans sa décision, confirmée sur opposition, l'assureur-accidents avait justifié la prise en considération d'un abattement de 10% en se référant aux limitations liées au handicap. Selon le Tribunal fédéral, un abattement de 10% tient suffisamment compte des limitations présentées par l'assuré et annule le jugement cantonal qui avait porté le taux d'abattement à 15%²⁵⁹.

²⁵² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_175/2017 du 30 octobre 2017 consid. 6.2.2.

²⁵³ Constatations de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre des assurances sociales, jugement ATAS/897/2017 du 16 octobre 2017.

²⁵⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_839/2017 du 24 avril 2018 consid. 6.2 et 6.3.

²⁵⁵ Cf. également la jurisprudence citée par EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 434 ss, p. 166 ss.

²⁵⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_88/2014 du 10 septembre 2014 consid. 3.4.

²⁵⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_633/2016 du 28 décembre 2016 consid. 5.3.

²⁵⁸ Assuré né en 1958 selon les constatations de la I^e Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Fribourg, jugement 605 2016 134.

²⁵⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_471/2017 du 16 avril 2018 consid. 5.3.

[148] Assuré victime d'une chute d'environ 4 mètres, provoquant une fracture-luxation du coude gauche et une instabilité postéro-externe du coude gauche sur rupture du ligament huméro-ulnaire externe et fracture de la coronoïde. Limitations fonctionnelles et capacité de travail exigible : dans une activité réalisée indifféremment en position debout ou assise, avec un port de charge limité à 20 kg du côté droit, de façon occasionnelle et de façon à ne pas déstabiliser ou compenser avec le côté gauche, avec un port de charge maximale et occasionnelle de 1 kg du côté gauche, la main gauche n'ayant qu'une fonction accessoire de stabilisation, sans devoir monter sur une échelle et sans devoir s'agenouiller, l'activité était réalisable la journée entière, sans baisse de rendement²⁶⁰. Le Tribunal fédéral précise que l'assuré n'est pas dans la situation d'un monomanuel, dès lors que sa main gauche (non dominante) conserve une fonction de stabilisation et permet occasionnellement un port de charge de 1 kg maximum²⁶¹. Par ailleurs, il n'apparaît pas d'emblée dans le cas d'espèce que l'âge de l'assuré (51 ans), son permis B ou encore son manque d'expérience dans une nouvelle profession, soient susceptibles, au regard de la nature des activités encore exigibles, de réduire ses perspectives salariales. L'abattement retenu par la cour cantonale (20%) n'est pas repris par le Tribunal fédéral et est abaissé à 15%²⁶².

[149] Une déduction de 15% a été retenue dans le cas d'une personne assurée avec l'impossibilité de travailler avec une motricité fine prononcée, la main droite ne pouvant être utilisée que pour la fonction de préhension des doigts I et II et partiellement pour la fonction de maintien et en évitant l'exposition au froid ainsi que le port de charges supérieures à 5 kg²⁶³.

[150] Assurée, gérante d'un restaurant de 61 ans au moment de la décision, ayant subi une fracture multifragmentaire de l'humérus proximal droit ayant nécessité notamment l'implantation d'une prothèse céphalique, puis anatomique. Capacité de travail exigible de 100%, avec une diminution de rendement de 20%, dans une activité professionnelle monomanuelle adaptée aux limitations fonctionnelles. Le Tribunal fédéral a jugé que, parmi la palette d'activités simples et peu contraignantes existant sur un marché équilibré du travail, on ne saurait considérer que les limitations fonctionnelles rendent illusoire ou irréaliste la perspective de retrouver un emploi adapté de type monomanuel. Le Tribunal fédéral confirme l'abattement de 15% retenu par la juridiction cantonale²⁶⁴.

[151] Assurée, âgée de 45 ans au moment de la décision, souffrant d'une arthropathie dégénérative métacarpo-phalangienne du 2^e et 3^e rayon à droite et du 3^e rayon à gauche. Capacité de travail exigible de 100% dans une activité adaptée (travail qui ne nécessite pas l'utilisation des mains dans une activité de force). Le Tribunal fédéral confirme le taux d'abattement de 20% retenu par la juridiction cantonale, précisant que compte tenu du large éventail d'activités simples et répétitives (qui correspondent à un emploi léger) que recouvre le marché du travail, un certain nombre d'entre elles, ne nécessitant aucune formation spécifique, sont raisonnablement exigibles de l'assurée²⁶⁵.

²⁶⁰ Constatations de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève, jugement ATAS/848/2017 du 3 octobre 2017.

²⁶¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_766/2017+8C_773/2017 du 30 juillet 2018 consid. 8.6.

²⁶² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_766/2017+8C_773/2017 cité, consid. 8.7.

²⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 101/00 du 26 juillet 2002 consid. 2c.

²⁶⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_849/2017 du 5 juin 2018 consid. 3.2 et la référence.

²⁶⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_621/2014 du 7 novembre 2014 consid. 5.2.

[152] Assuré, machiniste de scierie, âgé de 28 ans au moment de l'examen du droit à la rente, s'est pris la main droite (dominante) dans une lame de scie, entraînant une amputation de l'avant-bras droit. L'assuré a bénéficié de mesures d'ordre professionnel de l'assurance-invalidité sous la forme d'une réadaptation comme chauffeur de taxi, qu'il a suivies avec succès. Capacité de travail exigible de 65%. L'assuré présente un problème du moignon dans la zone radiale avec des douleurs récurrentes. Les conséquences psychiques de l'amputation traumatique de la main droite dominante se sont manifestées sous la forme d'un trouble d'adaptation complexe persistant, avec très probablement une composante de douleurs somatoformes, greffé sur les troubles persistants du moignon, explicables par la chirurgie, et une identité corporelle perturbée. Le travail de chauffeur de taxi est adapté au handicap. Le Tribunal fédéral confirme l'abattement de 20% retenu par la cour cantonale²⁶⁶.

[153] Assuré, âgé de 41 ans au moment de l'examen du droit à la rente, ayant une capacité de travail exigible de 100%. L'assuré ne peut désormais plus que rarement utiliser sa main gauche comme main auxiliaire et a été considéré comme monomanuel. En raison de ses limitations psychiques, il a besoin d'un climat de travail bienveillant sans exigences élevées en matière de flexibilité, de stabilité émotionnelle et d'attention. Il s'agirait en l'occurrence d'activités avec peu de responsabilités et de changements. Le Tribunal fédéral confirme le jugement cantonal : le fait que l'assuré soit monomanuel de fait justifie un abattement de 20%, qu'il convient d'augmenter de 5% en raison des limitations psychiques. Le taux d'abattement global est ainsi de 25%²⁶⁷.

iii. Atteintes aux membres inférieurs

[154] Assuré, machiniste-grutier, âgé de 41 ans au moment de l'octroi de la rente, victime d'un accident de la circulation routière ayant entraîné des atteintes à la jambe droite, notamment au niveau des péroniers. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : activité qui n'impose pas de marche sur terrains irréguliers, dans des escaliers ou sur des échelles, ni de marche très prolongée, qui doit limiter les positions accroupies ou à genoux ainsi que le port de charges lourdes en se déplaçant. Selon le Tribunal fédéral, on doit admettre que les limitations fonctionnelles n'ont pas d'incidence sur l'exercice des activités simples et légères qui restent exigibles de la part de l'assuré. Un certain nombre d'entre elles ne requièrent pas de déplacement itératif (surtout sur terrain irrégulier), de station debout prolongée, de position accroupie ou à genoux ni de port de charges lourdes. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral confirme l'absence d'abattement dans le cas d'espèce²⁶⁸.

[155] Assuré, mécanicien âgé de 57 ans au moment déterminant, atteint d'une bronchopneumopathie chronique obstructive (BPCO), d'un psoriasis, d'une dépression et ayant subi une arthroplastie totale de la hanche droite en raison d'une coxarthrose. Capacité de travail exigible de 80%. Limitations fonctionnelles : activité légère de préférence en position assise, sans port ni soulèvement de charges de plus de 5 kg, pas de positions forcées des hanches (position accroupie ou à genoux), pas de long déplacement, pas d'utilisation d'escaliers, d'échelles ou d'échafaudages. Le Tribunal fédéral rappelle que le marché du travail équilibré (pour le niveau de compétences 1) comprend un grand nombre d'activités légères compatibles avec ces restrictions. Outre les acti-

²⁶⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_58/2018 du 7 août 2018 consid. 5.3.

²⁶⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_363/2017 du 22 juin 2018 consid. 4.2 et 4.3.

²⁶⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_860/2018 du 6 septembre 2019 consid. 6.3.3.

vités classiques de bureau, de nombreuses autres entrent en ligne de compte, qui s'exercent en position assise et qui ne nécessitent pas de soulever de lourdes charges. Il faut également penser aux activités de surveillance. L'absence d'abattement est confirmée²⁶⁹.

[156] Assuré, âgé de 58 ans au moment de la décision litigieuse, victime d'un accident de travail entraînant une fracture diaphysaire multifragmentaire du fémur gauche puis d'un second accident professionnel occasionnant un traumatisme du membre inférieur gauche avec fracture comminutive supra-condylienne du fémur. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : alternance des positions assise et debout, pas de charges supérieures à 10–15 kg de manière répétée, pas d'utilisation d'échelles, pas de déplacement de manière prolongée, surtout en terrain irrégulier. Selon le Tribunal fédéral, une déduction sur le salaire statistique ne se justifie pas, un abattement n'entrant en considération que si, sur un marché du travail équilibré, il n'y a plus un éventail suffisamment large d'activités accessibles à l'assuré. Le Tribunal fédéral annule le jugement cantonal – qui avait opéré à tort un abattement de 15% – et confirmé la décision de l'assurance-accidents et l'absence d'abattement²⁷⁰.

[157] Assuré, maçon, âgé de 59 ans au moment du début du droit à la rente, s'est tordu le genou droit à la suite d'un faux mouvement sur un chantier, lui occasionnant une déchirure des ménisques interne et externe ainsi qu'une déchirure partielle des ligaments croisés. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : pas de port de charges lourdes, de marche en terrain irrégulier, de montées et de descentes d'échelles ou de positions contraignantes pour le genou. Le Tribunal fédéral annule le jugement cantonal qui avait porté le taux d'abattement à 15% (qui avait tenu compte de l'âge sans même examiner en quoi ses perspectives salariales seraient concrètement réduites sur le marché du travail équilibré à raison de son âge au regard de toutes les circonstances du cas particulier). Selon le Tribunal fédéral, un abattement de 5% tient suffisamment compte des limitations présentées par l'assuré²⁷¹.

[158] Assuré, constructeur métallique âgé de 50 ans, victime d'un sévère traumatisme de la cheville et du pied gauches. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : pas de travail à genoux, pas d'utilisation d'escaliers et d'échafaudages, pas de station debout de plus d'une heure, pas de port de charges de plus de 15 kg. Le Tribunal fédéral confirme le taux d'abattement de 5% retenu par l'administration et l'instance cantonale²⁷².

[159] Assuré, serrurier, âgé de 51 ans au moment de l'octroi de la rente, a été victime d'un accident de la circulation, entraînant notamment une fracture-tassement de D7, une fracture de l'articulation du Lisfranc du pied gauche, une fracture sous-capitale du cinquième métacarpien de la main gauche, une ouverture traumatique de la bourse pré-rotulienne du genou gauche et un TCC simple. L'évolution du cas a été compliquée par l'apparition d'une algoneurodystrophie du membre inférieur gauche²⁷³. Capacité de travail exigible de 100% dans une activité adaptée. Limitations fonctionnelles (membre inférieur gauche) : pas de port de charges lourdes de plus de 20 kg au niveau du membre inférieur gauche (sic), pas de longs trajets et ni d'aller-retour, pas de travail sur terrains irréguliers, échafaudages ou échelles, au sol, en position accroupie ou à

²⁶⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_219/2019 du 30 septembre 2019 consid. 5.2 et 5.4.

²⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_659/2021 du 17 février 2022 consid. 4.3.1 et 4.4.

²⁷¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_227/2017 du 17 mai 2018 consid. 5.

²⁷² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_59/2021 du 18 mai 2021 consid. 4.4.

²⁷³ Constatations de la 1^{er} Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal de Fribourg, jugement 605 2016 144 du 8 août 2017.

genoux. Selon le Tribunal fédéral, un abattement de 10% pour tenir compte des limitations fonctionnelles qui seules pourraient le justifier serait admissible (*in casu* le revenu d'invalide a été fixé sur la base des DPT)²⁷⁴.

[160] Assuré, âgé de 45 ans au moment du début du droit à la rente, souffrant de douleurs de la hanche droite chronique, associée à un conflit fémoro-acétabulaire avec lésion du labrum antérieur et antéro-supérieur, associée à des lésions cartilagineuses du cotyle sans pincement de l'interligne articulaire, de lombalgie chronique, de troubles dégénératifs discrets à modérés et de séquelles douloureuses modérées d'une ancienne fracture du cinquième métatarsien du pied droit. Capacité de travail exigible de 50%. Limitations fonctionnelles : absence de positions debout prolongées, évitement de la position assise et de la position penchée en avant, montées et descentes d'escaliers, port de charges, déambulations fréquentes. Selon le Tribunal fédéral, l'abattement de 10% retenu par la cour cantonale n'est pas critiquable, compte tenu des limitations fonctionnelles²⁷⁵.

[161] Assuré, monteur de voies de chemin de fer, âgé de 59 ans au moment du début du droit à la rente, a subi une déchirure complète du ligament croisé antérieur du genou droit ainsi que d'autres lésions à ce genou. Dans sa décision, confirmée sur opposition, l'assureur-accidents avait justifié la prise en considération d'un abattement de 10% en se référant aux limitations liées au handicap. Le Tribunal fédéral précise que ni l'âge de l'assuré ni son parcours professionnel ne constituent des critères autorisant à revoir à la baisse son revenu d'invalide ; il n'apparaît pas que l'âge de l'assuré ou son manque d'expérience dans une nouvelle profession soient susceptibles de réduire ses perspectives salariales dans des activités simples (du niveau de compétences 1 selon l'ESS). Le Tribunal fédéral annule le jugement cantonal qui avait porté le taux d'abattement à 15%, considérant qu'un abattement de 10% tient suffisamment compte des limitations présentées par l'assuré²⁷⁶.

[162] Assuré, magasinier, âgé de 63 ans au moment de l'examen du droit à la rente, victime d'un accident de la circulation en tant que cycliste, engendrant une fracture complexe du tibia proximal gauche type Schatzker VI et une fracture diaphysaire du péroné proximal. Capacité de travail exigible : l'assuré est en mesure d'exercer à plein temps et rendement une activité strictement sédentaire. Dans la décision litigieuse, l'assurance-accidents a tenu compte d'un abattement de 10% en raison des limitations fonctionnelles. Outre l'âge avancé de l'assuré, la cour cantonale a constaté l'absence de formation reconnue et d'expérience professionnelle utile autre que celle dans l'activité exercée depuis 1993 auprès du même employeur, qui ne pouvait plus être reprise et a retenu un taux d'abattement global de 15%. Selon le Tribunal fédéral, il ressort du dossier que l'expérience professionnelle de l'assuré ne se limite pas à celle d'un magasinier. Son activité auprès de son dernier employeur était en réalité composée à 50% d'un travail informatique destiné à gérer le stock et à faire l'inventaire. Notre Haute Cour a ainsi admis que l'assuré disposait d'une certaine capacité d'adaptation sur le plan professionnel susceptible, le cas échéant, de compenser les désavantages compétitifs liés à son âge, surtout dans le domaine des emplois non qualifiés. Le Tribunal fédéral annule le jugement cantonal et confirme la décision de l'assurance-accidents (abattement de 10%)²⁷⁷.

²⁷⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_667/2017 du 19 juin 2018 consid. 4.2.

²⁷⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_742/2019 du 15 juin 2020 consid. 5.2.

²⁷⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_175/2020 du 22 septembre 2020 consid. 4.2.

²⁷⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_597/2020 du 16 juin 2021 consid. 5.1 et 5.2.

[163] Assuré, âgé de près de 55 ans au moment de la comparaison des revenus, sans formation professionnelle certifiée et à la scolarité limitée. Capacité de travail exigible de 100% dans une activité sans port de charges répété du membre supérieur droit au corps de plus de 10 kg, sans port de charges répété de plus de 5 kg du membre supérieur droit éloigné du corps et sans mouvement répétitif de rotations interne et externe contre résistance de plus de 5 kg et sans mouvement au-dessus du niveau des épaules et, pour des séquelles au niveau du genou droit, sans long déplacement en terrain régulier, sans fréquents déplacements en terrain irrégulier, sans utilisation d'escaliers de manière fréquente, ni de travaux à genoux ou accroupis et sans travaux nécessitant la marche avec des charges de plus de 15 kg. Le Tribunal fédéral confirme l'abattement de 10% qui tient suffisamment compte de l'âge et des limitations fonctionnelles²⁷⁸.

[164] Assuré, sans formation professionnelle, peintre en bâtiment, est victime d'une grave entorse du genou droit, avec déchirure complète du ligament croisé antérieur et probable atteinte du ligament latéral interne. Capacité de travail exigible de 100% dans une activité qui n'exige pas de charge pour le genou gauche et qui peut s'effectuer dans des positions variées et alternées, principalement assises. Un abattement en raison des limitations fonctionnelles retenues apparaît justifié en l'espèce. A lui seul, ce critère ne justifie toutefois pas une déduction supérieure à 10%²⁷⁹.

[165] Assuré victime d'un accident entraînant une fracture comminutive déplacée du pilon tibial gauche et une fracture du radius distal gauche. Le Tribunal fédéral a précisé qu'un taux global d'abattement supérieur à 10% ne saurait apparaître justifié au regard uniquement du handicap résultant du fait que la capacité de l'assuré est limitée à un travail exercé essentiellement en position assise²⁸⁰.

[166] Assurée souffrant d'une périarthrite de la hanche droite sur discrète coxarthrose bilatérale, d'un syndrome rotulien droit, de rachialgies diffuses dans le cadre de troubles statiques modérés du rachis et de troubles dégénératifs et de trouble dépressif récurrent. Limitations fonctionnelles : pouvoir alterner deux fois par heure la position assise et la position debout, absence de soulèvement régulier de charges de plus de 5 kg et de port régulier de charges d'un poids excédant 10 kg ; sont contre-indiqués le travail en porte-à-faux statique prolongé du tronc et l'exposition à des vibrations, de même que les genuflexions répétées et le franchissement régulier d'escabeaux (sic), échelles ou escaliers ; la marche est limitée à une demi-heure et ne doit pas se faire en terrain irrégulier. Capacité de travail exigible de 70%. Le Tribunal fédéral a confirmé la décision de l'office AI et le jugement cantonal, tenant compte d'un abattement de 10% pour les limitations fonctionnelles somatiques. Les limitations psychiques n'ont pas à être prises en compte dans la mesure où elles justifient déjà la diminution de capacité de travail de 30%²⁸¹.

[167] Assuré souffrant d'un status après arthroplastie totale de la hanche droite pour coxarthrose secondaire à une dysplasie cotyloïdienne, de paresthésies du membre inférieur droit sans trouble sensitivomoteur objectivable et de syndrome d'apnées du sommeil. Capacité de travail exigible de 100%, avec une diminution de rendement de 20%. En tenant compte de manière appropriée des effets que l'âge de l'assuré (55 ans), son absence prolongée du marché du travail et la nature

²⁷⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_311/2015 du 22 janvier 2016 consid. 4.2.

²⁷⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_800/2015 du 7 juillet 2016 consid. 3.4.3.

²⁸⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_883/2015+8C_884/2015 du 21 octobre 2016 consid. 6.3.2.

²⁸¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_633/2017 du 29 décembre 2017 consid. 4.3.

de ses limitations fonctionnelles peuvent jouer concrètement sur ses perspectives salariales dans le cadre de l'exercice d'une activité simple, légère et ne nécessitant pas de formation particulière, le Tribunal fédéral estime que l'ensemble de ces éléments ne justifie pas de procéder à un abattement supérieur à 15%²⁸².

[168] Assuré, ouvrier au service d'une voirie qui subit un traumatisme par écrasement au niveau du pied gauche avec de multiples lésions osseuses à la cheville. Limitations fonctionnelles : pas de marche en terrain accidenté, de montée/descente d'escaliers, de position debout statique prolongée ou de marche prolongée. Capacité de travail exigible : 100%. Selon le Tribunal fédéral, la nature des limitations fonctionnelles ne présente pas de spécificités telles qu'elles sont susceptibles d'induire, à elles seules, une réduction importante sur ses perspectives salariales compte tenu de la palette d'activités compatibles avec celles-ci, contrairement à son âge (58 ans au moment de la naissance de la rente) qui constitue un plus grand inconvénient, et au fait qu'il perd l'avantage de compter 15 années de service chez un employeur public. Dans son résultat, l'abattement de 15% apparaît donc approprié aux circonstances du cas d'espèce²⁸³.

[169] Assuré, ouvrier agricole, qui se tord la jambe droite, entraînant une déchirure au moins partielle, voire une rupture de l'attache fémorale du ligament croisé antérieur ainsi qu'un clivage horizontal du ménisque externe. Limitations fonctionnelles : pas d'activité en terrain accidenté, pas d'activité dans les pentes et dans les escaliers de manière répétée, pas d'activité à genoux, pas d'activité en position accroupie, pas de port de charges supérieures à 20–25 kg, activités en position debout avec possibilité de s'asseoir régulièrement. Capacité de travail exigible : 100%. L'assurance-accidents a procédé à un abattement de 15% sur le revenu d'invalidé pour tenir compte des limitations fonctionnelles et de l'âge de l'assuré (59 ans au moment de l'examen du droit à la rente), non remis en cause par le Tribunal fédéral²⁸⁴.

iv. Colonne vertébrale

[170] Assuré, plâtrier ainsi qu'associé et gérant d'une Sàrl, âgé de 54 ans au moment de l'octroi de la rente d'invalidité, souffrant de troubles dégénératifs du rachis. Capacité de travail exigible : 100%. Limitations fonctionnelles : sont exigibles des activités physiques légères à moyennement lourdes, sans position contraignante pour le rachis cervical et lombaire, sans travail au-dessus de la tête. N'étant pas limité dans une activité adaptée par un besoin accru de pauses ni par un taux d'activité réduit, aucun abattement n'est retenu²⁸⁵.

[171] Assurée, opératrice de production, âgée de 44 ans au moment de la décision litigieuse, souffrant de cervicalgies/cervicobrachialgies chroniques à prédominance gauche non déficitaires, de status post-cure pour hernie discale C5-C6 droite avec mise en place d'une prothèse de disque, de lombalgies chroniques, de lombo-cruro-sciatalgies droites discrètement sensitivo-déficitaires dans le cadre de troubles dégénératifs et de séquelles d'une ancienne maladie de Scheuermann²⁸⁶. Capacité de travail exigible de 80% sans baisse de rendement. Les experts (rhumatologue et psy-

²⁸² Arrêt du Tribunal fédéral 9C_289/2012 du 15 octobre 2012 consid. 3.3.2.2.

²⁸³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_655/2016 du 4 août 2017 consid. 6.3.

²⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_37/2017 du 15 septembre 2017 consid. 6.3.

²⁸⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_176/2021 du 18 mai 2021 consid. 6.2.2.

²⁸⁶ Constatations de la II^e Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal de Fribourg, jugement 608 2017 208 du 1^{er} octobre 2018.

chiatre) ont retenu 20% d'incapacité de travail en raison des troubles dégénératifs cervicaux et lombaires associés, marqués pour l'âge, et du status post-intervention sur la colonne cervicale. Limitations fonctionnelles : nécessité de changements fréquents de positions, absence de mouvements itératifs contraignants pour le rachis cervical ou lombaire, de travaux impliquant de lever les bras au-dessus de l'horizontal, de port de charges de plus de 2.5 à 5 kg, d'activités sur des échelles ou des échafaudages, de tâches en position agenouillée. Le Tribunal fédéral rappelle que l'administration ou le tribunal ne sauraient introduire, par le biais de l'abattement sur le salaire statistique, une diminution de rendement de l'assuré dans le cadre de la capacité résiduelle de travail, alors que les médecins appelés à se prononcer sur celle-ci n'ont pas fait état d'une limitation du rendement de travail. Les limitations d'ordre somatique ont justifié une réduction de la capacité de travail de 20%, laquelle a été prise en compte pour la fixation du revenu d'invalidé. Une diminution du rendement dans les 80% restant a été explicitement exclue par les médecins-experts. Le Tribunal fédéral estime que le jugement cantonal ne prête pas le flanc à la critique, dans la mesure où la juridiction cantonale n'a pas tenu compte d'un abattement pour désavantage salarial puisqu'elle n'a pas mis en évidence d'empêchements supplémentaires qui restreindraient l'assurée dans l'exercice d'une activité adaptée²⁸⁷.

[172] Assuré, isoleur, âgé de 59 ans au moment de la décision litigieuse, victime d'un accident entraînant une fracture comminutive peu déplacée du processus épineux de la vertèbre C7, une fracture non déplacée de la première côte à gauche et un tassement cunéiforme de la vertèbre D5. Capacité de travail exigible : 100%. Limitations fonctionnelles : pas de port de charges supérieures à 10 kg des deux côtés, alternance des positions assise et debout, sans sollicitation de la nuque en hyperextension/hyperflexion. Selon le Tribunal fédéral, les limitations fonctionnelles n'ont pas d'incidence sur les activités simples et légères qui restent exigibles de la part de l'assuré. Il s'ensuit qu'un abattement sur le revenu d'invalidé ne se justifie pas en l'espèce²⁸⁸.

[173] Assuré, mécanicien électronicien de formation, a travaillé de nombreuses années en qualité d'informaticien, en dernier lieu comme sous-directeur. Lors de l'accident (chute sur le coccyx), l'assuré est au chômage. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : activité alternant les positions assise et debout, comportant l'utilisation de la bureautique, le port de charges est limité à 10 kg ponctuellement et la position agenouillée n'est pas possible. Le revenu d'invalidé a été fixé sur la base du niveau de compétences 3 de la ligne Total de l'ESS. Le Tribunal fédéral a conclu qu'un abattement sur le revenu d'invalidé n'est pas justifié. En effet, on ne voit pas en quoi ces limitations seraient de nature à entraver la capacité de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans le niveau de compétences qui requiert des tâches pratiques complexes nécessitant un vaste ensemble de connaissances dans le domaine de l'informatique (niveau de compétences 3)²⁸⁹.

[174] Assuré, serrurier-soudeur, âgé de 43 ans au moment de l'examen du droit à la rente, souffrant de lombo-sciatalgies L5 et S1, d'une hernie discale L4-L5 droite, d'une protrusion L5-S1 gauche, d'un rétrécissement foraminaux C5-C6 uncarthrosique à droite, d'une hernie hiatale et d'une possible surcharge psychologique avec syndrome d'amplification des plaintes. Capacité de travail exigible de 100% avec une baisse de rendement de 10%. Limitations fonctionnelles : pas

²⁸⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_759/2018 du 18 février 2019 consid. 3.3.

²⁸⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_679/2020 du 1^{er} juillet 2021 consid. 6.2.

²⁸⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_732/2019 du 19 octobre 2020 consid. 4.5.

de port de charges supérieures à 15 kg. Confirmant le jugement cantonal, le Tribunal fédéral considère qu'un abattement, en sus de la baisse de rendement, n'était pas justifié²⁹⁰.

[175] Assuré, titulaire d'un CFC de mécanicien, d'un brevet fédéral d'agent d'exploitation et d'un diplôme de technicien d'exploitation ET, souffrant d'un status après cure chirurgicale de hernie discale L5-S1 avec discarthrose nette, de sévère discarthrose L4-L5 avec discopathie protrusive, de lésions étagées de discopathie lombaire avec canal étroit et de sévères lésions d'ostéochondrose dorsale basse séquellaires d'un ancien Scheuermann, disposant d'une capacité de travail exigible de 50%. Pour le revenu d'invalidé, le niveau de qualification 1+2 (de l'ESS 2010) a été retenu, sa formation et son expérience professionnelle variée lui permettant d'exercer des activités à responsabilité et d'utiliser ses compétences dans des domaines très différents, non limitées aux activités de services administratifs et de soutien. Le Tribunal fédéral ne retient aucun abattement en l'espèce²⁹¹.

[176] Assuré installateur sanitaire et de chauffages au service d'une Sàrl, dont il est également le fondateur, associé-gérant et salarié, avec 19 des 20 parts sociales, a été incapable d'exercer sa profession en raison d'une hernie discale. L'office AI a pris en charge des mesures de réadaptation, afin que l'assuré puisse modifier son cahier des charges dans son entreprise et conserver une capacité de gain la plus élevée possible. Capacité de travail exigible de 80% dans les activités administratives et de conduite de la Sàrl. Comme la mise en œuvre de la capacité résiduelle de travail de l'assuré sur le marché équilibré du travail ne dépend pas d'activités légères, simples et répétitives (au regard desquelles la jurisprudence sur la réduction du salaire d'invalidé déterminé selon les ESS a été développée) et qu'il est en mesure d'exercer des activités requérant des connaissances professionnelles spécialisées avec une limitation temporelle peu importante, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération une réduction du salaire statistique, résultant d'un large éventail d'activités à portée de l'assuré, en fonction également de son expérience professionnelle²⁹².

[177] Assuré ayant subi une fracture-tassement de D4, D5 et D6, ainsi que de multiples traumatismes ostéo-articulaires. La capacité résiduelle de travail de l'assuré a été fixée à 72% dans une activité adaptée aux séquelles de l'accident, à savoir une occupation professionnelle de type industriel, sur sol plat, sans port de charges lourdes et en alternant les positions. Sur la base d'appréciations médicales, la durée d'activité a été considérée comme limitée à six heures par jour en raison des douleurs dorsales et thoraciques antérieures qui s'installent et augmentent progressivement durant la journée. Le Tribunal fédéral précise qu'un taux d'abattement de 10% a été retenu par la cour cantonale, sans commettre un excès positif ou négatif de son pouvoir d'appréciation ou en abusant de celui-ci²⁹³.

[178] Assuré, sans formation professionnelle, ayant travaillé une dizaine d'années comme aide de cuisine, puis comme aide-maçon, souffrant d'une ancienne fracture du pédicule et de la lame droite de C6, une discectomie C6-C7 avec une arthrodèse antérieure, une arthrodèse C5-C7 par voie postérieure, une probable pseudarthrose C5-C7 et des cervicalgies persistantes. Capacité de travail exigible de 100%, avec une diminution de rendement de 20% pour tenir compte des dou-

²⁹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_868/2009 du 22 avril 2010 consid. 3.3.

²⁹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_206/2015 du 30 septembre 2015 consid. 4.3.

²⁹² Arrêt du Tribunal fédéral 9C_363/2016 du 12 décembre 2016 consid. 5.3.2.

²⁹³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_760/2014 du 15 octobre 2015 consid. 4.4.

leurs, dans une activité adaptée (pas de port de charges même d'importance moyenne, maintien d'une posture fixée de la colonne vertébrale, pas d'activité nécessitant une mobilité de la colonne cervicale). Les limitations fonctionnelles représentent des mesures relativement classiques d'épargne en vue d'éviter des douleurs à la nuque. Le taux d'abattement est fixé à 10%, en plus de la diminution de rendement de 20%²⁹⁴.

[179] Assuré, installateur sanitaire, souffrant d'un syndrome facettaire et de discopathie. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : activité sans tâches physiquement contraignantes, en position assise ou semi-assise, sans port de charges ni déplacement sur de longues distances. Une déduction de 10% sur le revenu d'invalidé pour tenir compte des limitations fonctionnelles est confirmée ; le critère de l'âge (52 ans au moment de l'examen du droit à la rente) n'est pas retenu²⁹⁵.

[180] Assurée, gérante de kiosque, ayant subi une fracture longitudinale de l'aile iliaque gauche et une fracture-tassement du plateau supérieur de D12. Capacité de travail de 100% sans baisse de rendement dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles (alterner à sa guise la position debout et assise et où elle ne devrait pas porter ou soulever de charges de plus de 5 kg, ni effectuer des travaux penchée en avant ou en porte-à-faux). La juridiction cantonale a considéré qu'il y avait lieu d'opérer un abattement de 10% afin de tenir compte du handicap présenté par l'assurée lié aux limitations fonctionnelles. Selon le Tribunal fédéral, les limitations fonctionnelles de l'assurée la confinent à des activités sédentaires ou semi-sédentaires. Si chacune de ces limitations peut sembler peu contraignante, la somme de celles-ci constitue un désavantage certain dans des activités de production et de services encore exigibles de sa part, par rapport à des travailleurs jouissant d'une pleine capacité de travail et pouvant être engagés comme tels. Le taux d'abattement de 10% est confirmé par le Tribunal fédéral²⁹⁶.

[181] Assuré, poseur de faux plafonds de nationalité suisse, âgé de 51 ans au moment où la décision a été rendue, souffrant d'un canal lombaire étroit d'origine mixte et de spondylarthrose étagée avec hernie discale L4-L5, L5-S1 de localisation paramédiane à prédominance droite au contact des racines L5-S1. Capacité de travail exigible de 100% dans une activité adaptée (toute activité permettant l'alternance des positions assise/debout au moins une fois par heure et évitant le port répétitif de charges supérieures à 10 kg, la position statique debout immobile de type piétinement, les positions en porte-à-faux ou en antéflexion du rachis contre résistance ou avec port de charges, la position statique assise prolongée au-delà de 45 minutes ainsi que les activités sur terrain instable ou en hauteur). Le Tribunal fédéral ne s'est pas écarté du taux d'abattement de 15% fixé par la juridiction cantonale²⁹⁷.

[182] Assuré souffrant de cervicalgies chroniques, lombosciatalgies irritatives et gonalgies bilatérales chroniques sur gonarthrose. Capacité de travail exigible de 50% dans une activité adaptée (tout travail de type semi-sédentaire n'impliquant pas le port de charges excessives et permettant de varier les positions). Le Tribunal fédéral confirme la décision de l'office AI concernant le taux d'abattement de 15%. Le critère de l'âge (55 ans) n'est pas retenu²⁹⁸.

²⁹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_603/2015 du 25 avril 2016 consid. 8.1.

²⁹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_484/2016 du 10 février 2017 consid. 4.3.

²⁹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_715/2017 du 1^{er} février 2018 consid. 3.4.

²⁹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_105/2014 du 3 juin 2014 consid. 5.

²⁹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_637/2014 du 6 mai 2015 consid. 5.

[183] Assuré ayant une capacité de travail exigible de 100% dans une activité adaptée (pas de port de charges de plus de 15 kg notamment en position de porte-à-faux, alternance des positions assise et debout toutes les 30 minutes, pas d'activité au-dessus de l'horizontale avec les membres supérieurs et pas d'activité de flexion-extension de la nuque)²⁹⁹. Pris ensemble, les critères des limitations fonctionnelles et de l'âge de l'assuré (61 ans) ne justifient pas un facteur de réduction supérieur à 15%³⁰⁰.

[184] Assuré présentant des troubles dégénératifs du rachis (hypersostose D10-D11 et D11-D12, discopathie L5-S1), un syndrome douloureux chronique de la loge rénale droite et un diabète de type II insuffisamment contrôlé avec glycosurie. Capacité de travail exigible de 80% dans une activité adaptée (pas de mouvement en porte-à-faux, pas de charges de plus de 10 kg, pas de mouvements répétitifs du rachis, alternance des positions debout et assis). Selon le Tribunal fédéral, on ne saurait reprocher à la juridiction cantonale d'avoir porté le taux d'abattement à 15% en tenant compte, en sus des limitations fonctionnelles, des effets que l'âge de l'assuré (54 ans) et son absence prolongée du marché du travail pouvant jouer sur ses perspectives salariales dans le cadre de l'exercice d'une activité légère³⁰¹.

v. Autres atteintes³⁰²

[185] Assuré victime d'un accident avec, entre autres comme séquelles, un scotome central (défaillance du champ visuel), altérant considérablement la vision de l'œil gauche et la vision stéréoscopique. Selon le Tribunal fédéral, même sans mesure professionnelle, l'assuré a accès à un grand nombre de postes dans lesquels il pourrait raisonnablement utiliser pleinement sa capacité de travail existante. La capacité de travail n'est limitée que dans la mesure où il ne doit pas effectuer des activités qui imposent des exigences particulières à la vision stéréoscopique ou qui sont associées à un risque de blessure oculaire. Ainsi, de nombreuses activités restent ouvertes que l'assuré serait en mesure d'exercer pratiquement sans restriction (par exemple activités auxiliaires dans un entrepôt, un magasin ou un dépôt ainsi que les activités de contrôle et de surveillance dans l'industrie). Aucun abattement n'est retenu³⁰³.

[186] Assuré souffrant d'une surdité totale de l'oreille gauche. Capacité de travail exigible de 100% dans une activité adaptée dans un environnement sonore calme. Dès lors que la mise en œuvre de la capacité résiduelle entière de travail de l'assuré sur le marché équilibré du travail ne dépend pas d'activités légères, simples et répétitives (au regard desquelles la jurisprudence sur la réduction du salaire d'invalidé déterminé selon les ESS a été développée) et que l'assuré est en mesure d'exercer des activités requérant des connaissances professionnelles spécialisées sans limitation quant au temps de travail ou au rendement, il n'y a pas lieu de prendre en considération une réduction du salaire statistique, résultant d'un large éventail d'activités à sa portée, en fonction également de son expérience professionnelle³⁰⁴.

²⁹⁹ Nature des troubles à la santé non précisée dans l'arrêt du Tribunal fédéral.

³⁰⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_855/2014 du 7 août 2015 consid. 5.

³⁰¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_677/2015 du 25 janvier 2016 consid. 3.4.

³⁰² Cf. également la jurisprudence relative aux troubles psychiques citée par EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 459 ss, p. 173 ss.

³⁰³ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 343/04 du 10 août 2005 consid. 3.3.

³⁰⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_607/2015 du 20 avril 2016 consid. 5.3.2 et la référence.

[187] Assurée, jardinière qualifiée, âgée de 35 ans au moment de l'examen du droit à la rente. Un abattement n'est pas justifié en raison d'une flexibilité réduite due aux troubles psychiques ni d'une considération accrue de la part des supérieurs et des collègues de travail³⁰⁵.

[188] Assuré, ébéniste de formation, titulaire d'une maturité professionnelle et travaillant en dernier lieu comme dessinateur dans un bureau d'architecture, âgé de 43 ans au moment de la décision litigieuse. Capacité de travail exigible de 7,5 heures en moyenne (par jour) avec une limitation de la capacité de travail de 20% en raison d'un besoin accru de pauses, soit 70% au total, dans une activité sans charge émotionnelle, ni soumise à une forte pression temporelle, sans horaire de travail très irrégulier, sans travaux nécessitant une surveillance ou une commande prolongée de machines. La diminution de la capacité de travail de 20% en raison d'un besoin accru de pauses a déjà été prise en compte dans l'évaluation médicale de la capacité de travail et ne doit pas être prise en compte une nouvelle fois dans le calcul de l'abattement. Une prévenance de la part du supérieur et des collègues de travail en raison des troubles psychiques ne constitue pas une circonstance déductible en soi ; le Tribunal fédéral confirme l'absence d'abattement³⁰⁶.

[189] Assurée, employée d'entretien, âgée de 54 ans au moment de l'octroi de la rente. Sur le plan somatique, les diagnostics suivants – avec répercussion sur la capacité de travail – ont été retenus³⁰⁷ : lombopygalgies bilatérales chroniques dans le cadre de discarthrose prédominant en L2-L3, L3-L4 et L4-L5, arthrose étagée des articulations postérieures, scoliose, séquelles de maladie de Scheuermann, rhizarthrose, arthrose débutante avec syndrome fémoro-patellaire. Capacité de travail exigible de 50% en raison de l'ensemble des atteintes ostéoarticulaires dégénératives associées à la pathologie psychiatrique. Limitations fonctionnelles : Colonne lombaire : port de charges au-delà de 5 kg, position assise au-delà d'une heure, position debout au-delà de trente minutes, marche au-delà de trente minutes, posture en porte-à-faux lombaire, mouvements répétitifs de rotation ou flexion-extension lombaire. Pouces : travaux de force de serrage ou mouvements répétitifs des pouces. Genou gauche : activité en zones basses à genou ou accroupie, montée / descente fréquentes d'escaliers. Sur le plan psychiatrique, les limitations fonctionnelles résultent du diagnostic incapacitant retenu, à savoir une fragilité psychique ainsi qu'une diminution des ressources disponibles. Selon le Tribunal fédéral, les limitations fonctionnelles de l'assurée ont été prises en considération lors de l'évaluation de la capacité de travail du point de vue médical. Ainsi, en prenant en compte le taux d'occupation réduit en plus des limitations fonctionnelles de l'assurée et de son âge pour augmenter le taux d'abattement de 10% à 20%, la juridiction cantonale a fait usage d'un critère inapproprié et excédé son pouvoir d'appréciation. Partant, il ne se justifie pas de s'écarter de l'abattement de 10% sur le revenu statistique d'invalide retenu initialement par l'office AI³⁰⁸.

[190] Assuré, serveur dans un hôtel, âgé de 54 ans au moment du droit à la rente, souffrant de douleurs testiculaires chroniques en lien avec une opération des varicocèles. Capacité de travail exigible de 50% (du point de vue urologique). Limitations fonctionnelles : possibilité d'alterner les positions assise-debout, de prendre des pauses, travail diurne et routinier ne nécessitant pas

³⁰⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_355/2019 du 7 octobre 2019 consid. 3.2.3 et les références ; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 9C_191/2015 du 1^{er} juin 2015 consid. 3.2 dans le même sens.

³⁰⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_488/2021 du 10 janvier 2022 consid. 3.2.2.

³⁰⁷ Constatations de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre des assurances sociales, jugement ATAS/326/2019 du 15 avril 2019.

³⁰⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_373/2019 du 18 juillet 2019 consid. 5.

une mémoire de travail intacte et excluant la conduite d'un véhicule. Les limitations fonctionnelles justifiant une diminution de rendement ayant déjà été prises en compte dans l'évaluation de la capacité de travail, le Tribunal fédéral retient un abattement de 10% (âge et années de service)³⁰⁹.

[191] Assurée, ayant travaillé en dernier lieu comme assistante médicale, souffrant troubles gastro-entérologiques et d'une insuffisance pancréatique. En raison des douleurs abdominales récurrentes, il faut s'attendre à des absences répétées dues à la maladie. Il s'agit en l'occurrence de troubles qui, par nature, surviennent de manière irrégulière et entraînent ainsi des absences imprévisibles et difficilement calculables. Il n'en a dès lors pas été tenu compte dans l'évaluation de la capacité de travail de 50%. Dans ces circonstances, une prise en compte correspondante sous forme d'un abattement sur le salaire statistique n'est pas considérée comme contraire au droit fédéral. La juridiction cantonale n'a ainsi pas violé le droit fédéral lorsqu'elle a pris en compte un abattement de 10%³¹⁰.

[192] Assurée, née en 1983, atteinte de diverses pathologies dont une maladie de Crohn, avec une capacité de travail exigible de 40%. Le tribunal cantonal a retenu un abattement de 10%, en raison de la maladie de Crohn, car il faut s'attendre à des arrêts de travail imprévisibles et donc non planifiables en raison de la nécessité d'aller de plus en plus souvent aux toilettes. Selon le Tribunal fédéral, pour qu'une déduction soit accordée sous ce titre – absences pour raisons de santé non prévisibles et difficilement calculables -, il doit exister des circonstances qui augmentent très concrètement le risque d'absences au travail pour cause de maladie (maladie à poussées, auto-sondage plusieurs fois par jour, etc.). Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a retenu que l'assurée devra se rendre fréquemment et soudainement aux toilettes en raison de sa maladie. Une occupation professionnelle appropriée dans le cadre de l'exigibilité est donc conditionnée au fait qu'il y ait des toilettes à proximité immédiate du lieu de travail et que l'assurée puisse les utiliser à tout moment en cas de besoin. Cette circonstance représente un désavantage évident par rapport aux personnes qui peuvent régulièrement mettre en œuvre leur capacité de travail dans la même mesure temporelle, par exemple à mi-temps avec un rendement à 100% ou à plein temps à rendement réduit, et exige de la part d'un employeur une complaisance correspondante ou éventuellement une diminution du salaire. Par ailleurs, cet aspect n'a pas été pris en compte dans l'expertise, puisque seule la limitation due à une fatigue prononcée et donc à une capacité de travail réduite y est mentionnée en rapport avec la capacité de travail. Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé l'abattement de 10%³¹¹.

[193] Assurée, née en 1967, cheffe du service de nettoyage dans un hôpital, atteinte d'une maladie professionnelle (allergie à certains produits de nettoyage). Capacité de travail de 100% dans une activité adaptée, à savoir dans laquelle une éviction systématique des allergènes doit être prise en compte. Le tribunal cantonal a retenu un abattement de 10% en raison d'absences non prévisibles et difficilement calculables, telles que celles provoquées par des poussées de la maladie. Malgré la décision d'inaptitude et l'éviction des produits incriminés, l'assurée a continué à présenter des troubles allergiques. Des exacerbations de l'eczéma se produisaient régulièrement au contact de substances odorantes dans les lieux publics, lors d'achats ou dans les transports en commun, lors de travaux humides, au contact de la poussière et de la vapeur, parfois aussi dans l'environnement

³⁰⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_778/2020 du 27 août 2021 consid. 6.

³¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_179/2018 du 22 mai 2018 consid. 4.2.

³¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_42/2022 du 12 juillet 2022 (cf. en particulier la casuistique rappelée au consid. 4.5.1).

domestique. Selon l'instance cantonale, l'assurée – que ce soit en raison d'un contact avec des allergènes sur son lieu de travail ou dans sa vie privée – pourrait à nouveau, avec un certain risque, être absente dans le cadre d'un nouvel emploi (adapté). Le Tribunal fédéral a estimé que cette conclusion n'est pas contraire au droit fédéral et a confirmé l'abattement de 10%³¹².

[194] Assuré, charpentier-menuisier, victime d'un traumatisme oculaire et facial. Capacité de travail exigible de 100%. D'un point de vue ophtalmologique, toutes les activités adaptées aux personnes borgnes et qui ne requièrent pas de vision stéréoscopique sont exigibles à plein temps et sans limite de rendement. Outre les activités exigeant une vision stéréoscopique, un certain nombre d'autres activités ne sont pas non plus exigibles de la part de l'assuré, à savoir celles nécessitant l'usage de machines comportant des éléments rotatifs non protégés, les activités sur surfaces accidentées ainsi que tout travail à la chaîne. L'assuré n'est par ailleurs pas autorisé à conduire des poids lourds ou des machines de chantier lourdes. Enfin, les activités nécessitant une appréciation de l'espace peuvent certes être effectuées mais nécessitent plus de temps. Le Tribunal fédéral confirme le taux d'abattement de 10% retenu par la cour cantonale³¹³.

[195] Assuré ayant perdu presque complètement l'acuité visuelle à droite ainsi que la vision stéréoscopique, entraînant un strabisme divergeant secondaire, en lien avec l'accident. Cette déficience supplémentaire n'a pas seulement une incidence sur le rendement (capacité de travail exigible de 75%), mais elle réduit également l'éventail des possibilités d'emploi salarié. En tenant compte également de l'âge de l'assuré au moment de la décision (55 ans), un abattement de 10% sur le salaire statistique est considéré comme justifié³¹⁴.

[196] Assurée souffrant d'une dégénérescence rétinienne bilatérale (scotome central) a été mise au bénéfice d'une mesure d'orientation professionnelle puis d'une mesure de reclassement professionnel en qualité de téléphoniste-réceptionniste à 50%. Eu égard au domaine d'activité dans lequel elle a été reclassée, la gravité des problèmes oculaires présentés par l'assurée ainsi que son âge (55 ans) contribuent indéniablement selon le Tribunal fédéral à la désavantager par rapport à des personnes qui ne présentent pas de pathologie similaire et qui souhaitent exercer la même activité. La juridiction cantonale n'a pas surestimé les circonstances pouvant influencer sur le revenu d'une activité lucrative en considérant comme justifiée la prise en compte d'un abattement de 10%³¹⁵.

[197] Assurée souffrant d'otites chroniques avec cholestéatome et fistule du canal semi-circulaire latéral entraînant des vertiges et des déséquilibres. Capacité de travail exigible de 50%. Même si elle maîtrise peu le français écrit, elle a séjourné en Suisse pendant près de dix-huit ans et bénéficie de bonnes connaissances orales de la langue française. Les limitations fonctionnelles – vertiges, fatigue, difficultés de concentration – ne présentent pas de spécificités telles qu'il y aurait lieu d'en tenir particulièrement compte au titre de la déduction sur le salaire statistique. Toutefois, en tenant compte de l'ensemble des facteurs (analyse globale), la déduction de 10% retenue par l'AI est confirmée par le Tribunal fédéral³¹⁶.

³¹² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_167/2022 du 18 août 2022 consid. 5.3.1 et 5.3.2.

³¹³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_268/2021 du 15 octobre 2021 consid. 4.2 et les références.

³¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 471/05 du 15 mars 2006 consid. 4.2.3.

³¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_603/2011 du 20 avril 2012 consid. 6.4.

³¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_444/2010 du 20 décembre 2010 consid. 2.3.

[198] Assurée, infirmière de profession, souffrant de polyarthrite dans un contexte de syndrome de Gougerot Sjögren, de troubles dégénératifs diffus touchant le rachis lombaire et dans une moindre mesure le rachis cervical, de brachialgies droites sur status après quadrantectomie du sein droit (avec status après chimiothérapie et radiothérapie) et d'obésité morbide de grade 3. Capacité de travail exigible de 50% dans toute forme d'activité à faible charge physique. Un abattement de 10% est confirmé par le Tribunal fédéral, tenant globalement compte de l'ensemble des facteurs personnels et professionnels du cas particulier³¹⁷.

[199] Assuré, ouvrier en bâtiment, se fracturant les 8^{ème} et 9^{ème} côtes droites, ayant notamment nécessité une intervention chirurgicale pour enlever un cal au niveau des 7^{ème} et 8^{ème} côtes, enlever les adhérences de la 9^{ème} côte et mettre en place une ostéosynthèse au niveau de la 8^{ème} côte. Capacité de travail exigible de 100%. Limitations fonctionnelles : activité légère à moyenne, sans port de charges de plus de 10 kg, sans rotation du tronc, sans travaux avec vibrations ou coups au niveau des membres supérieurs et sans mouvement avec les bras plus haut que l'horizontal. Le taux d'abattement de 10% est confirmé³¹⁸.

[200] Assuré ayant une capacité de travail exigible de 70% dans une activité adaptée à son état de santé. Les atteintes psychiques ont été prises en compte dans l'évaluation de la capacité de travail, qui ne justifie pas à ce titre un abattement. Les activités comportant un risque de chute, la conduite de véhicules à moteur ou le travail sur des machines ainsi que les activités à horaire irrégulier ne sont pas raisonnablement exigibles du point de vue neurologique en raison de l'épilepsie. Les crises d'épilepsie surviennent principalement la nuit ; cela n'exclut toutefois pas qu'une crise survenant vers le matin puisse entraîner une prise de travail plus tardive ou qu'une telle crise puisse également survenir de jour pendant le travail. L'assuré est ainsi désavantagé dans la mise en œuvre de sa capacité de travail restante par rapport aux travailleurs en bonne santé. Le Tribunal fédéral confirme le taux d'abattement de 15%³¹⁹.

[201] Assurée atteinte d'un lupus (avec atteintes articulaire, musculaire et hématologique) et d'un syndrome de Sjögren secondaire, entraînant des douleurs musculaires et articulaires avec faiblesse, une fatigabilité musculaire, une fatigabilité générale, des difficultés aux tâches manuelles, des difficultés de déplacements, une diminution de la vitesse de travail et de la concentration, ainsi que des migraines sévères associées possiblement au lupus³²⁰. Les juges cantonaux ont estimé qu'une déduction de 15% apparaissait mieux appropriée à la situation, sans pour autant prendre en compte des facteurs de réduction supplémentaires. Selon le Tribunal fédéral, la juridiction cantonale pouvait sans arbitraire et sans excéder son pouvoir d'appréciation conférer un poids supplémentaire aux limitations fonctionnelles retenues par l'office AI³²¹.

[202] Assuré, 61 ans au moment de la décision litigieuse, souffre d'une polyartériopathie avec artériopathie oblitérante des membres inférieurs prédominant à gauche, d'une coronaropathie avec status après infarctus antérieur et d'une gonarthrose prédominant à droite. Selon les médecins-experts, l'assuré ne pouvait plus exercer son activité habituelle de restaurateur indépendant, mais disposait d'une capacité de travail complète dans une activité adaptée à ses limitations fonction-

³¹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_843/2012 du 1^{er} mars 2013 consid. 3.4.

³¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_775/2017 du 13 juin 2018 consid. 5.5.

³¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_882/2010 du 25 janvier 2011 consid. 7.3.2.

³²⁰ Selon les constatations de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre des assurances sociales, jugement ATAS/125/2017 du 20 février 2017 consid. 17.

³²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_231/2017 du 31 mai 2017 consid. 4.3.

nelles (pas de longs déplacements, pas d'utilisation répétée d'escaliers et pas de travail à genoux ou accroupi). Selon le Tribunal fédéral, l'instance cantonale n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation en retenant que l'assuré disposait d'une faculté d'adaptation certaine et en confirmant le taux d'abattement de 15% admis par l'office AI³²².

d. Âge

i. Généralités

[203] Le critère de l'âge, au titre de l'abattement sur le salaire statistique, est difficile à apprécier. Par ailleurs, il ne faut pas confondre ce critère avec la question de savoir si une personne peut encore de manière réaliste exploiter économiquement sa capacité résiduelle de travail³²³.

[204] L'âge de la personne assurée constitue de manière générale un facteur étranger à l'invalidité qui n'entre pas en considération pour l'octroi de prestations. S'il est vrai que ce facteur – comme celui du manque de formation ou les difficultés linguistiques – joue un rôle non négligeable pour déterminer dans un cas concret les activités que l'on peut encore raisonnablement exiger d'un assuré, il ne constitue pas, en règle générale, une circonstance supplémentaire qui, à part le caractère raisonnablement exigible d'une activité, est susceptible d'influencer l'étendue de l'invalidité, même s'il rend parfois difficile, voire impossible la recherche d'une place et, partant, l'utilisation de la capacité de travail résiduelle³²⁴.

[205] Une analyse des données récoltées par l'Office fédéral de la statistique a permis de documenter l'influence de facteurs personnels tels que le sexe, le nombre d'années de service, l'âge et la nationalité sur le montant du salaire (ESS 1994, p. 17 ss). Pour ce qui concerne l'âge, la croissance du salaire subit un ralentissement relatif au cours des années (ESS 1994 p. 23). Il ressort même du tableau A 4.2.1 (ESS 1994 p. 87 ss) que la somme des salaires enregistre une hausse constante dans toutes les catégories d'activité jusqu'à l'âge de 62/65 ans, encore que la courbe ait tendance à s'infléchir à partir de la classe d'âge de 40/49 ans. Une comparaison des valeurs médianes valables pour les travailleurs masculins montre au surplus que la croissance des salaires en raison de l'âge dans le domaine des tâches simples et répétitives est nettement moins tangible que dans le groupe des travaux lourds et exigeants. Le Tribunal fédéral était arrivé à la conclusion qu'étant donné que le facteur âge n'entraînait aucune baisse de salaire dans aucune des catégories d'activité répertoriées, il n'y avait aucun motif de consentir une réduction supplémentaire en raison de l'âge³²⁵.

[206] L'âge ne représente qu'un facteur parmi d'autres qui légitiment une réduction ; une réduction maximale n'est dès lors justifiée que lorsque plusieurs éléments retenus par la jurisprudence se trouvent réunis³²⁶.

³²² Arrêt du Tribunal fédéral 9C_44/2018 du 3 avril 2018 consid. 5.2.

³²³ VALTERIO (nbp 8), n. 66 ss ad art. 28a LAI, p. 433 ss et les références.

³²⁴ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 377/98 du 28 juillet 1999 consid. 1 et les références, in *Pratique VSI* 1999 p. 246.

³²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 377/98 du 28 juillet 1999 in *Pratique VSI* 1999 p. 246 ; cf. également ATF 126 V 75 consid. 5a/cc.

³²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 311/02 du 4 février 2003 consid. 4.3.

[207] Qu'en est-il des dernières données de l'Office fédéral de la statistique ? Le tableau TA9_b³²⁷ fait apparaître pour l'année 2020 les résultats suivants (valeur médiane) :

- les hommes de moins de 20 ans exerçant une activité sans fonction de cadre perçoivent un revenu mensuel de CHF 4'435, ceux âgés entre 20 et 29 ans perçoivent CHF 5'226, entre 30 et 39 ans CHF 6'065, entre 40–49 ans CHF 6'336 et entre 50 et 64/65 ans CHF 6'559 ;
- les femmes de moins de 20 ans exerçant une activité sans fonction de cadre perçoivent un revenu mensuel de CHF 4'309, celles âgées entre 20 et 29 ans perçoivent CHF 4'904, entre 30 et 39 ans CHF 5'674, entre 40–49 ans CHF 5'578 et entre 50 et 64/65 ans CHF 5'689.

[208] Pour les hommes, le salaire subit une hausse constante jusqu'à l'âge de la retraite ordinaire. En revanche, pour les femmes, la rémunération baisse entre 40 et 49 ans – par rapport à la catégorie d'âge précédente (30–39 ans) – avant de repartir légèrement à la hausse entre 50 et 64/65 ans.

[209] Quant au tableau T17³²⁸ de l'ESS 2020, les données du grand groupe de professions « Professions élémentaires » (ligne 9, correspondant au niveau de compétences 1) sont les suivantes :

- les hommes jusqu'à 29 ans perçoivent un revenu mensuel de CHF 4'769, ceux âgés entre 30 et 49 ans perçoivent CHF 5'329 et ceux de plus de 50 ans CHF 5'745 ;
- les femmes jusqu'à 29 ans perçoivent un revenu mensuel de CHF 4'117, celles âgées entre 30 et 49 ans perçoivent CHF 4'304 et celles de plus de 50 ans CHF 4'527.

[210] Le tableau T17 montre que l'âge a plutôt un effet à la hausse sur le salaire tant des femmes que des hommes³²⁹. Ce tableau est subdivisé en trois classes d'âge (jusqu'à 29 ans/30 à 49 ans/50 ans et plus) ; si l'on pouvait constater statistiquement une tendance à ce que les travailleurs – en bonne santé – doivent accepter une baisse de salaire peu avant l'âge de la retraite, l'Office fédéral de la statistique aurait dû créer une catégorie supplémentaire afin de tenir compte de ce phénomène³³⁰.

[211] Ces données statistiques démontrent que les personnes salariées gagnent plus avec l'âge. Cela veut-il dire qu'une personne âgée de 60 ans, devant changer d'activité en raison d'une atteinte à la santé, gagnera plus qu'un employé âgé de 30 ou 40 ans ? Le principe selon lequel l'âge a plutôt tendance à augmenter le revenu doit être considéré dans le contexte d'une carrière professionnelle dans laquelle un travailleur plus âgé gagne en général plus qu'un jeune (en raison d'une plus grande expérience, de plus de responsabilités, d'un statut de cadre, etc.). Ce n'est justement pas le cas pour la question de l'abattement³³¹.

[212] Selon le Tribunal fédéral, bien que l'âge soit inclus dans le cercle des critères déductibles depuis la jurisprudence de l'ATF 126 V 75 – laquelle continue de s'appliquer – il ne suffit pas de

³²⁷ « Salaire mensuel brut (valeur centrale et intervalle interquartile) selon l'âge, la position professionnelle et le sexe – Secteur privé » ; Disponible sur le site de l'OFS <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees/tableaux.assetdetail.21224987.html> (consulté le 3 novembre 2022).

³²⁸ Salaire mensuel brut (valeur centrale) selon les groupes de professions, l'âge et le sexe, Secteur privé et secteur public (Confédération, cantons, districts, communes, corporations) ensemble.

³²⁹ Cf. également arrêt du Tribunal fédéral 8C_111/2021 du 30 avril 2021 consid. 4.3.3 pour le revenu d'une assurée pour la ligne 44 « Autres employé(e)s de type administratif ».

³³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_312/2017 du 22 novembre 2017 consid. 3.3.2.

³³¹ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 528, p. 192.

constater qu'un assuré a dépassé la cinquantaine au moment déterminant du droit à la rente pour que cette circonstance justifie de procéder à un abattement³³². L'âge d'un assuré ne constitue pas *per se* un facteur de réduction du salaire statistique. L'effet de l'âge combiné avec un handicap doit faire l'objet d'un examen dans le cas concret, les possibles effets pénalisants au niveau salarial induits par cette constellation aux yeux d'un potentiel employeur pouvant être compensés par d'autres éléments personnels ou professionnels, tels que la formation et l'expérience professionnelle de l'assuré concerné³³³.

[213] Le fait que la recherche d'emploi puisse être plus difficile en raison de l'âge n'entre en principe pas en ligne de compte³³⁴.

[214] Le facteur de l'âge ne joue pas un rôle déterminant dans le cas d'une personne assurée qui a 42 ans au moment de la décision administrative³³⁵, ni dans celui d'une personne assurée de 47 ans³³⁶ ou de 50 ans³³⁷.

[215] Pour les hommes dans le segment d'âge de 50 à 64/65 ans, l'âge a, selon les données de l'ESS, plutôt un effet à la hausse sur le salaire pour les postes sans fonction de cadre (cf. tableau TA9). Les données statistiques disponibles ne permettent pas d'étayer l'idée que cette catégorie de travailleurs, compte tenu de leur courte durée d'activité jusqu'à la retraite, ne pourrait pas compter sur un revenu moyen ou devrait s'accommoder de baisses significatives du revenu³³⁸. Le Tribunal fédéral a par ailleurs laissé ouverte la question de savoir si et dans quelle mesure cela vaut également pour les assurés qui, en raison de leur invalidité, doivent se réorienter professionnellement à un âge avancé³³⁹.

[216] Dans le cas d'un assuré âgé de 51 ans, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il y a lieu d'examiner en quoi les perspectives salariales de l'assuré seraient concrètement réduites sur le marché du travail équilibré à raison de son âge, compte tenu des circonstances du cas particulier, surtout lorsque l'âge en cause est relativement éloigné de celui de la retraite³⁴⁰.

[217] Le Tribunal fédéral n'a pas admis une réduction en raison de l'âge avancé de l'assuré – 53 ans au moment de la décision – étant donné que si la courbe des salaires a tendance à se stabiliser avec l'âge, ce facteur n'entraîne généralement pas une réduction de salaire³⁴¹.

[218] Les excellentes qualifications personnelles, professionnelles et académiques de l'assuré, âgé de 55 ans, ont été jugées comme un avantage indéniable en termes de facilité d'intégration sur le marché du travail. Le fait d'invoquer de manière générale des publications faisant état que la recherche d'un emploi est plus difficile après 55 ans n'est pas suffisant. Le simple fait que

³³² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_766/2017+8C_773/2017 du 30 juillet 2018 consid. 8.6.

³³³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_597/2020 du 16 juin 2021 consid. 5.2.2.

³³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_466/2021 du 1^{er} mars 2022 consid. 3.6.2 (non publié aux ATF 148 V 195) et les références.

³³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_474/2010 du 11 avril 2011 consid. 3.4 et la référence.

³³⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_239/2021 du 4 novembre 2021 consid. 5.3.

³³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_223/2007 du 2 novembre 2007 consid. 6.2.2.

³³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_702/2020 du 1^{er} février 2021 consid. 6.3.2 et la référence.

³³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_466/2021 du 1^{er} mars 2022 consid. 3.6.2 (non publié aux ATF 148 V 195).

³⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_766/2017+8C_773/2017 du 30 juillet 2018 consid. 8.6.

³⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 377/98 du 28 juillet 1999 consid. 1 et les références, in *Pratique VSI* 1999 p. 246 consid. 4c p. 251.

l'intéressé a plus de 55 ans ne suffit par conséquent pas à retenir que les revenus ressortant des statistiques doivent être réduits³⁴².

[219] Un abattement supplémentaire en raison de l'âge (58 ans lors du prononcé de la décision sur opposition) a été nié par le Tribunal fédéral pour une aide de cuisine ayant une capacité de travail entière dans une activité adaptée (pas de port de charges de plus de 2 kg et pas de mouvement ni d'activité au-dessus de l'épaule³⁴³). Selon le Tribunal fédéral, la cour cantonale – qui a porté l'abattement de 10% à 15%, considérant que le facteur de l'âge devait être pris en compte dans l'abattement – n'a pas démontré d'une manière convaincante en quoi les autres circonstances invoquées sont susceptibles de diminuer concrètement les perspectives salariales de l'assurée sur le marché du travail équilibré. Du moment que les activités adaptées envisagées ne requièrent ni formation, ni expérience professionnelle spécifique, les effets pénalisants au niveau salarial, induits par l'âge, ne peuvent pas être considérés comme suffisamment établis. Il s'ensuit que la cour cantonale n'avait pas de motif pertinent pour substituer son appréciation à celle de l'assurance-accidents³⁴⁴.

[220] Dans un cas jugé par le Tribunal fédéral le 17 mai 2018, l'assuré (59 ans au moment déterminant) a, consécutivement à la cessation d'activité de son ancien employeur, accompli plusieurs missions temporaires alors qu'il était inscrit au chômage (en dernier lieu comme déménageur), de sorte qu'on peut admettre qu'il dispose d'une certaine capacité d'adaptation sur le plan professionnel susceptible, le cas échéant, de compenser les désavantages compétitifs liés à son âge, surtout dans le domaine des emplois non qualifiés qui sont, en règle générale, disponibles indépendamment de l'âge de l'intéressé sur le marché équilibré du travail³⁴⁵.

[221] Le Tribunal fédéral a jugé le cas d'un assuré, responsable d'un parc automobile d'occasions au chômage, victime d'un accident de la circulation, âgé de 59 ans au moment de l'examen du droit à la rente d'invalidité. S'agissant de l'exigibilité, il a été retenu que, dans une activité effectuée majoritairement en position assise, sans limitation au niveau des membres supérieurs, sans déplacements de façon répétée dans des escaliers, sans devoir monter sur des échelles, s'accroupir ou se mettre à genoux, avec un port de charges occasionnel jusqu'à 10 kg maximum, la capacité de travail de l'assuré était entière sans baisse de rendement. Le Tribunal fédéral a rappelé qu'outre le fait que l'assuré n'a plus accès qu'au marché du travail des personnes qui débutent dans une entreprise et qui n'ont pas encore d'expérience professionnelle dans la nouvelle activité, il ne lui restait que relativement peu d'années de service avant d'atteindre la limite d'âge AVS (5 ou 6 ans à partir de la stabilisation de son état de santé en 2019). Notre Haute Cour a conclu que, si l'on tient compte de ces facteurs influençant le salaire, un abattement de 10% sur le revenu d'invalidé échappe à la critique³⁴⁶.

[222] Un abattement de 20%, après analyse globale, a été retenu dans le cas d'une assurée âgée de 59 ans et 10 mois, ayant une capacité de travail de 50% dans une activité adaptée (pas de port de charges supérieures à 5 kg de façon répétitive, pas de position en porte-à-faux ou en antéflexion du rachis contre résistance, pas de position statique au-delà de 40 minutes sans possibilité

³⁴² Arrêt du Tribunal fédéral 9C_375/2019 consid. 7.3 et les références.

³⁴³ Selon les constatations de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève, jugement ATAS/1149/2017 du 14 décembre 2017.

³⁴⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_103/2018+8C_131/2018 du 25 juillet 2018 consid. 5.2 et les références.

³⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_227/2017 du 17 mai 2018 consid. 5 et les références.

³⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_444/2021 du 29 avril 2022 consid. 4.3.3.

de varier les positions assises/debout au minimum 1x/h, diminution du périmètre de marche à environ 30 minutes, pas de position statique debout, pas de montée ou descente d'escaliers à répétition, éviter les positions en genuflexion ou accroupies à répétition, pas d'activité en hauteur). Selon le Tribunal fédéral, il ne peut être reproché aux juges cantonaux d'avoir retenu l'âge de l'assurée comme facteur de réduction qui, s'il ne pouvait être qualifié d'avancé au sens de la jurisprudence, n'en était pas moins proche et permettait en lui-même de retenir ce facteur. S'agissant par ailleurs de la longue période d'inactivité, les juges cantonaux n'ont pas érigé cet état de fait en facteur supplémentaire de réduction, mais en ont tenu compte dans le cadre de l'appréciation globale du taux d'abattement³⁴⁷.

[223] Dans un arrêt rendu en matière d'assurance-invalidité, le Tribunal fédéral a retenu un taux d'abattement de 10% dans le cas d'un assuré âgé de 61 ans qui, durant de longues années, avait accompli des activités saisonnières dans le domaine de la plâtrerie et dont le niveau de formation était particulièrement limité³⁴⁸.

[224] Dans une affaire concernant un assuré âgé de 62 ans qui disposait d'une formation de mécanicien en machines et qui avait travaillé de nombreuses années comme préposé à l'épuration, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait pas d'indices suffisants pour retenir qu'un tel âge représentait un facteur pénalisant par rapport aux autres travailleurs valides de la même catégorie d'âge, eu égard aux bonnes qualifications professionnelles de celui-ci³⁴⁹.

[225] Il en a été de même dans le cas d'un assuré âgé de 62 ans, dont l'activité auprès de son dernier employeur était composée à 50% d'un travail informatique destiné à gérer le stock et à faire l'inventaire. Le Tribunal fédéral a jugé que l'assuré dispose d'une certaine capacité d'adaptation sur le plan professionnel susceptible, le cas échéant, de compenser les désavantages compétitifs liés à son âge, surtout dans le domaine des emplois non qualifiés qui sont, en règle générale, disponibles indépendamment de l'âge de l'intéressé sur le marché équilibré du travail³⁵⁰.

[226] Enfin, le seul fait qu'il y ait des charges salariales plus élevées et une durée d'activité plus courte ne justifie pas une déduction en raison du facteur « âge », car cela vaut pour tous les travailleurs et ne tient pas compte du cas particulier. En l'absence de bases statistiques fiables montrant les désavantages salariaux de l'âge avancé en cas de perte d'emploi, il n'est entre-temps pas possible d'en juger de manière générale et abstraite³⁵¹.

ii. Particularité de l'assurance-accidents

[227] L'âge avancé d'un assuré comme facteur prépondérant à son empêchement de maintenir sa capacité de gain n'est pas pris en considération de la même manière en assurance-invalidité qu'en assurance-accidents³⁵². Faisant usage de la délégation de compétence de l'art. 18 al. 2 LAA³⁵³, le

³⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_390/2011 du 2 mars 2012 consid. 3 et la référence.

³⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_470/2017 du 29 juin 2018 consid. 4.2 ; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 8C_103/2018+8C_131/2018 du 25 juillet 2018 consid. 5.2.

³⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_439/2017 du 6 octobre 2017, publié in SVR 2018 UV n. 15 p. 50 et SZS 2018 p. 676.

³⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_597/2020 du 16 juin 2021 consid. 5.2.4 et les références.

³⁵¹ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_627/2021 du 25 novembre 2021 consid. 6.2 ; 8C_841/2017 du 14 mai 2018 consid. 5.2.2.3 et la référence.

³⁵² Arrêts du Tribunal fédéral 8C_849/2017 du 5 juin 2018 consid. 3.2 ; 8C_37/2017 du 15 septembre 2017 consid. 6.1.

³⁵³ Loi fédérale sur l'assurance-accidents ; RS 832.20.

Conseil fédéral a introduit à l'art. 28 al. 4 OLAA³⁵⁴ une disposition particulière afin d'évaluer le taux d'invalidité des assurés qui ne reprennent pas d'activité lucrative après l'accident en raison de leur âge (variante I) ou dont l'âge avancé apparaît essentiellement comme la cause de la diminution de la capacité de gain (variante II). Dans ces cas, les revenus de l'activité lucrative déterminants pour l'évaluation du taux d'invalidité sont ceux qu'un assuré d'âge moyen dont la santé a subi une atteinte de même gravité pourrait réaliser. Selon la jurisprudence, la notion d'âge moyen au sens de l'art. 28 al. 4 OLAA se situe autour de 42 ans ou entre 40 et 45 ans ; on considère que l'âge est avancé lorsque l'assuré est âgé d'environ 60 ans au moment où il a droit à la rente³⁵⁵. Cette disposition réglementaire commande de faire abstraction du facteur de l'âge pour les deux termes de la comparaison des revenus³⁵⁶. L'art. 28 al. 4 OLAA vise à empêcher l'octroi de rentes d'invalidité de l'assurance-accidents qui comporteraient, en fait, une composante de prestation de vieillesse³⁵⁷.

[228] Selon la jurisprudence, pour que le revenu d'invalidé soit fixé en fonction du gain que pourrait réaliser un assuré d'âge moyen présentant les mêmes séquelles accidentelles, il faut que l'âge avancé soit la cause essentielle de la diminution de la capacité de gain³⁵⁸. Par ailleurs, l'art. 28 al. 4 OLAA ne vise pas seulement l'éventualité dans laquelle l'âge avancé est la cause essentielle de la limitation de la capacité de travail mais il concerne également la situation où il est la cause essentielle de l'empêchement d'exercer une activité professionnelle qui aurait permis de maintenir la capacité de gain³⁵⁹.

[229] Le Tribunal fédéral a longtemps laissé indéterminé le point de savoir si, dans le domaine de l'assurance-accidents obligatoire, le critère de l'âge constituait un critère d'abattement sur le salaire statistique ou si, dans ce domaine, l'influence de l'âge sur la capacité de gain devait être prise en compte uniquement dans le cadre de la réglementation particulière de l'art. 28 al. 4 OLAA³⁶⁰. Dans son arrêt 8C_716/2021 du 12 octobre 2022, destiné à la publication, notre Haute Cour a tranché cette question : un abattement à cause de l'âge avancé d'un assuré ne peut pas être envisagé lorsqu'on est en présence d'un cas d'application de l'art. 28 al. 4 OLAA³⁶¹.

[230] L'évaluation de l'invalidité par l'assurance-invalidité, menée en fonction de la jurisprudence applicable dans ce domaine pour les assurés qui se trouvent proches de l'âge donnant droit à la rente de vieillesse³⁶², n'a dès lors pas de force contraignante pour l'assureur-accidents³⁶³.

[231] Nous nous permettons une digression. Depuis le 1^{er} janvier 2017, date de l'entrée en vigueur de la révision de la loi sur l'assurance-accidents³⁶⁴, l'art. 20 al. 2^{ter} LAA prévoit qu'au

³⁵⁴ Ordonnance sur l'assurance-accidents ; RS 832.202.

³⁵⁵ ATF 122 V 418 consid. 1b ; 122 V 426 consid. 2.

³⁵⁶ Cf. ATF 134 V 392 consid. 6.2 ; 122 V 418 consid. 3b.

³⁵⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_37/2017 du 15 septembre 2017 consid. 6.1 et les références.

³⁵⁸ ATF 122 V 418 consid. 3b ; RAMA 1998 n° U 296 p. 235, U 245/96 consid. 3c.

³⁵⁹ RAMA 1998 n° U 296 p. 235, U 245/96 consid. 3c ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 538/06 du 30 janvier 2007 consid. 3.2.

³⁶⁰ SVR 2016 UV n° 39 p. 131, 8C_754/2015, consid. 4.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_439/2017 du 6 octobre 2017 consid. 5.6.4 ; 8C_307/2017 du 26 septembre 2017 consid. 4.2.2 ; MARC HÜRZELER/CLAUDIA CADERAS, in UVG Kommentar, 2018, n. 17 ad art. 18 UVG.

³⁶¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_716/2021 du 12 octobre 2022 – destiné à la publication – consid. 8.5.

³⁶² ATF 143 V 431 consid. 4.5 ; 138 V 457 consid. 3.1.

³⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_849/2017 du 5 juin 2018 consid. 3.2 et les références ; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 8C_405/2021 du 9 novembre 2021 consid. 6.4.1.

³⁶⁴ RO 2016 4375 (LAA) et RO 2016 4393 (OLAA).

moment où l'assuré atteint l'âge ordinaire de la retraite selon l'AVS, la rente d'invalidité et la rente complémentaire de l'assurance-accidents, allocations de renchérissement comprises, sont réduites en fonction de l'âge qu'il avait lors de l'accident. L'élément déterminant pour la réduction est le nombre d'années entières écoulées après que l'assuré a eu 45 ans. Pour chaque année entière comprise entre la date de son 45^e anniversaire et le jour où l'accident est survenu, la réduction est de 2 points de pourcentage mais au maximum de 40%. Lorsque le taux d'invalidité est inférieur à 40%, la réduction est d'un point de pourcentage par année entière mais au maximum de 20%.

[232] Il est également prévu d'appliquer aux accidents survenus avant 45 ans les mêmes règles de réduction, si des rechutes ou des séquelles tardives aboutissent après l'âge de 60 ans à une incapacité de travail justifiant l'octroi d'une rente (art. 33c al. 1 OLAA)³⁶⁵.

[233] La personne assurée victime d'un accident à l'âge de 61 ans révolus, ne reprenant pas d'activité lucrative en raison de son âge, verra son revenu sans invalidité fixé sur la base de l'art. 28 al. 4 OLAA (revenu d'un assuré d'âge moyen [autour de 42 ans ou entre 40 et 45 ans]), généralement inférieur au salaire effectivement perçu avant l'accident, puis, lorsqu'elle aura atteint l'âge ordinaire de la retraite, la rente sera réduite conformément à l'art. 20 al. 2^{ter} LAA. Si le taux d'invalidité est, à ce moment-là, de 20%, la rente sera réduite de 8% (1 point de pourcentage par année entière comprise, pour un taux d'invalidité inférieur à 40%).

[234] Nous l'avons vu, un des objectifs de l'art. 28 al. 4 OLAA est d'empêcher l'octroi de rentes d'invalidité de l'assurance-accidents qui comporteraient, en fait, une composante de prestation de vieillesse. La réduction de la rente d'invalidité à l'âge de la retraite AVS semble toutefois corriger cette éventualité. Nous nous posons donc la question de la nécessité du cumul des art. 28 al. 4 OLAA et 20 al. 2^{ter} LAA, qui ressemble plutôt à une « double peine ». Cette question a été laissée indécidée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 8C_716/2021 du 12 octobre 2022³⁶⁶.

e. Années de service

[235] L'assuré qui a perdu sa place de travail pour des raisons de santé ne peut obtenir un salaire moyen dans une activité adaptée à son état, car le marché du travail qui lui reste ouvert ne peut être que celui des personnes qui débent dans une entreprise. Dans le secteur privé, les années de service perdent de leur importance en proportion des exigences moindres du poste de travail³⁶⁷ ou d'un manque de formation³⁶⁸.

[236] Par ailleurs, les années de service ne constituent pas le seul critère de fixation du salaire dans une nouvelle profession ; l'expérience acquise lors des précédentes activités professionnelles a une influence tout aussi importante. C'est pourquoi la jurisprudence considère que l'influence de la durée de service diminue dans la mesure où les exigences d'un emploi dans le secteur privé sont moins élevées, de sorte qu'un abattement pour années de service n'est pas justifié dans le

³⁶⁵ DAVID IONTA, Révision de la loi fédérale sur l'assurance-accidents : résumé et commentaires des modifications les plus importantes, in : Jusletter 30 janvier 2017, Rz. 110.

³⁶⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_716/2021 du 12 octobre 2022 – destiné à la publication – consid. 8.4.

³⁶⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_104/2022 du 5 août 2022 consid. 6.2 et les références.

³⁶⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_223/2007 du 2 novembre 2007 consid. 6.2.2 et les références.

cadre du niveau de qualification 4 (jusqu'à l'ESS 2010) ou du niveau de compétences 1 (dès l'ESS 2012)³⁶⁹.

[237] Un abattement en raison du fait que l'assuré n'a aucune expérience dans la profession apprise ne peut en principe intervenir que dans l'hypothèse où celui-ci approche de l'âge de la retraite³⁷⁰.

[238] Par ailleurs, le manque d'expérience de l'assuré dans une nouvelle profession n'est pas un facteur susceptible de jouer un rôle significatif sur ses perspectives salariales. D'une part, les activités adaptées du niveau de compétences 1 ne requièrent ni formation ni expérience professionnelle spécifique³⁷¹. D'autre part, tout nouveau travail va de pair avec une période d'apprentissage, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'effectuer un abattement à ce titre³⁷².

[239] Une solide expérience dans un domaine particulier n'exclut en rien la mise en valeur de cette expérience dans d'autres domaines³⁷³. D'ailleurs, de longues années de service auprès du même employeur ne devraient pas péjorer l'assuré sur le plan salarial dès lors que cette fidélité à l'employeur est plutôt considérée comme un gage de fiabilité et de qualité et devrait donc se répercuter favorablement sur le salaire offert par un nouvel employeur³⁷⁴. Mais surtout, plus le profil d'exigence est bas, moins les années de service dans le secteur privé sont importantes³⁷⁵.

[240] En d'autres termes, au regard du niveau de compétences 1, le fait que la personne assurée ne puisse plus travailler dans son activité habituelle et qu'elle n'ait ni ancienneté ni expérience dans le cadre d'une activité exigible n'est pas relevant³⁷⁶.

[241] Il en va toutefois différemment à partir du niveau de compétences 2 s'agissant d'emplois qualifiés dans lesquels l'expérience professionnelle accumulée auprès d'un même employeur est davantage valorisée. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que l'assuré subit un désavantage salarial à ce titre par rapport aux autres employés qualifiés du niveau de compétences 2 dans la mesure où il se trouve en situation de réintégration professionnelle après plus de 35 ans de service auprès du même employeur. Un abattement de 5% a été retenu à ce titre³⁷⁷.

[242] Ce critère a en revanche été nié pour une assurée ayant travaillé sept ans et demi auprès d'une fondation même pour une employée qualifiée du niveau de compétences 2 se trouvant en situation de réintégration professionnelle³⁷⁸, ou pour un assuré ayant travaillé comme chauffeur de bus au service du même employeur pendant neuf ans au moment de son accident et qui a

³⁶⁹ ATF 126 V 75 consid. 5 b/bb ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_883/2015+8C_884/2015 du 21 octobre 2016 consid. 6.3.2 ; 9C_874/2014 du 2 septembre 2015 consid. 3.3.2 et les références ; 8C_351/2014 du 14 août 2014 consid. 5.2.4.2.

³⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_874/2014 du 2 septembre 2015 consid. 3.3.2.

³⁷¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_118/2021 du 21 décembre 2021 consid. 6.3.2.

³⁷² Arrêts du Tribunal fédéral 9C_226/2020 du 13 août 2020 consid. 5.2 et les références ; 8C_103/2018+8C_131/2018 du 25 juillet 2018 consid. 5.2 et la référence ; 8C_227/2017 du 17 mai 2018 consid. 5 et la référence.

³⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_868/2009 du 22 avril 2010 consid. 3.3.

³⁷⁴ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_407/2019 du 28 août 2019 consid. 4.4.3 et la référence ; 8C_223/2007 du 2 novembre 2007 consid. 6.2.2.

³⁷⁵ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_226/2020 du 13 août 2020 consid. 5.2 et les références ; 9C_455/2013 du 4 octobre 2013 consid. 4.1 et les références ; 8C_361/2011 du 20 juillet 2011 consid. 6.6 et les références.

³⁷⁶ ATF 146 V 16 consid. 6.2.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_226/2020 du 13 août 2020 consid. 5.2 ; 8C_699/2017 du 26 avril 2018 consid. 3.2.

³⁷⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_46/2018 du 11 janvier 2019 consid. 4.4.

³⁷⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_405/2021 du 9 novembre 2021 consid. 6.4.2.

ensuite bénéficié d'un reclassement professionnel d'aide-comptable³⁷⁹. Ces durées n'ont pas été jugée assez longue pour bénéficier de conditions particulières liées à l'ancienneté.

f. Nationalité / Autorisation de séjour

[243] Le Tribunal fédéral a qualifié d'inexacte l'affirmation fréquente selon laquelle la totalité des étrangers gagne moins que l'ensemble des Suisses et des étrangers réunis étant donné qu'il peut exister des différences sensibles selon la catégorie des étrangers et le niveau des exigences, en particulier chez les titulaires d'une autorisation d'établissement (permis C) où le salaire moyen pour des tâches simples et répétitives peut être supérieur à la moyenne³⁸⁰.

[244] Par ailleurs, le statut d'étranger ne justifie pas une réduction des salaires statistiques lorsque celui-ci avait, avant la survenance de l'invalidité, rejoint les salaires usuels de la branche et valables pour les citoyens suisses³⁸¹.

[245] Le Tribunal fédéral a écarté les difficultés linguistiques et n'a pas retenu d'abattement supplémentaire pour un assuré arrivé en Suisse en 1981 et y ayant vécu de nombreuses années³⁸².

[246] Un abattement n'a pas été admis pour un assuré, né en 1966, arrivé en Suisse en 1984 à l'âge de 18 ans³⁸³, ni pour un assuré en Suisse depuis vingt ans³⁸⁴ ou depuis une trentaine d'années³⁸⁵. Il en a été de même pour un assuré affirmant que les « gens des Balkans » gagneraient prétendument 20% de moins que la population locale³⁸⁶ ou pour un assuré titulaire d'un permis de séjour (cat. B)³⁸⁷ ou d'un permis d'établissement (cat. C)³⁸⁸.

[247] S'agissant du permis de séjour, le Tribunal fédéral a considéré que le critère de la nationalité de l'assuré n'a plus de rôle prépondérant – ne justifiant ainsi pas d'abattement sur le salaire statistique – dans le cas d'un assuré disposant d'une autorisation d'établissement en Suisse (permis C), où il travaille depuis 1986³⁸⁹.

[248] En vertu des dispositions de l'Annexe I à l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes (Accord sur la libre circulation des personnes, ALCP³⁹⁰), un ressortissant français a le droit d'exercer une activité économique en Suisse (art. 2 par. 1 annexe I ALCP) et ne peut être, en raison de sa

³⁷⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_610/2017 du 3 avril 2018, dans lequel aucun abattement n'a été appliqué sur le revenu d'invalide.

³⁸⁰ ATF 126 V 75 p. 79; arrêts du Tribunal fédéral 8C_738/2012 du 20 décembre 2012 consid. 6.2; 8C_567/2009 du 17 septembre 2009 consid. 7.2 et les références.

³⁸¹ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 764/06 du 19 juin 2007.

³⁸² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_311/2015 du 22 janvier 2016 consid. 4.5.

³⁸³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_910/2010 du 8 septembre 2011 consid. 6.3.

³⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_883/2015+8C_884/2015 du 21 octobre 2016 consid. 6.3.2.

³⁸⁵ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 450/04 du 6 octobre 2005 consid. 5.2.

³⁸⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_771/2016 du 18 janvier 2017 consid. 5.2.2; 8C_677/2015 du 14 décembre 2015 consid. 4.3.3 (question laissée ouverte); 9C_318/2015 du 10 décembre 2015 consid. 4.3; 9C_449/2015 du 21 octobre 2015 consid. 4.2.4 (question laissée ouverte).

³⁸⁷ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_314/2019 du 10 septembre 2019 consid. 6.2; 8C_766/2017+8C_773/2017 du 30 juillet 2018 consid. 8.6.

³⁸⁸ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_301/2021 du 23 juin 2021 consid. 6.3 et la référence; 9C_226/2020 du 13 août 2020 consid. 5.2; 9C_611/2018 du 28 mars 2019 consid. 5.2.1.

³⁸⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_855/2014 du 7 août 2015 consid. 5.

³⁹⁰ RS 0.142.112.681.

nationalité, traité différemment des travailleurs suisses, notamment en matière de rémunération (art. 9 par. 1 annexe I ALCP). Dans le cas d'un assuré de nationalité française résidant en France, le Tribunal fédéral a rappelé que l'intéressé ne saurait subir d'emblée un désavantage par rapport à un travailleur suisse du fait de sa nationalité française et de sa qualité de frontalier domicilié en France. Dès lors, une déduction sur le salaire statistique n'apparaît pas justifiée³⁹¹.

[249] Le Tribunal fédéral a par ailleurs précisé qu'un éventuel manque à gagner généralisé des ressortissants étrangers n'aurait pas d'importance du point de vue du droit de l'assurance-invalidité, car il faudrait logiquement partir du principe qu'il en va de même pour le revenu sans invalidité³⁹².

[250] Dans le cas d'une infirmière de profession, le Tribunal fédéral a précisé que, bien qu'elle soit de nationalité étrangère, il ne semble pas qu'elle ait présenté des problèmes d'intégration sociale particuliers, puisqu'elle a été en mesure d'exercer, avant la survenance de ses problèmes de santé, une profession à très forte composante sociale et relationnelle³⁹³.

[251] Qu'en est-il des données publiées par l'Office fédéral de la statistique ? Le tableau TA12³⁹⁴ fait apparaître pour l'année 2020 les résultats suivants (valeur médiane) :

- les hommes (de nationalité suisse et étrangère ; ligne Total) exerçant une activité sans fonction de cadre perçoivent un revenu mensuel médian de CHF 6'032, ceux de nationalité suisse de CHF 6'317 et ceux de nationalité étrangère avec un permis d'établissement (cat. C) perçoivent CHF 5'899 ;
- les femmes (de nationalité suisse et étrangère ; ligne Total) exerçant une activité sans fonction de cadre perçoivent un revenu mensuel médian de CHF 5'381, celles de nationalité suisse de CHF 5'626, celles de nationalité étrangère avec un permis d'établissement (cat. C) perçoivent CHF 4'927.

[252] Sur la base de ce tableau, il apparaît une différence de revenu médian entre les hommes de nationalité suisse et ceux de nationalité étrangère titulaires d'un permis d'établissement (-2.20% en défaveur des étrangers avec un permis d'établissement par rapport à la ligne Total). Cette différence est plus marquée pour les femmes (-8.43% en défaveur des étrangères avec un permis d'établissement par rapport à la ligne Total).

[253] Toutefois, dans l'ATF 146 V 16, le Tribunal fédéral a précisé que le revenu statistique des étrangers titulaires d'un permis d'établissement (sans fonction de cadre ; CHF 5'764) basé sur le tableau ESS TA12 de l'année 2018 doit être comparé au total du salaire médian pour les hommes sans fonction de cadre (CHF 5'941), et non à celui des citoyens suisses. Cette différence (2.98%) n'atteignant pas un taux d'au moins de 5% – par analogie avec la règle de parallélisme –, il n'y a pas lieu d'en tenir compte. Enfin, notre Haute Cour a rappelé que, pour justifier le désavantage

³⁹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_610/2017 du 3 avril 2018 consid. 4.4 ; cf. également 146 V 16 consid. 5.1.

³⁹² Arrêt du Tribunal fédéral 9C_318/2015 du 10 décembre 2015 consid. 4.3 ; dans le même sens : arrêt du Tribunal fédéral 8C_736/2017 du 20 août 2018 consid. 4.3.

³⁹³ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_843/2012 du 1^{er} mars 2013 consid. 3.4.

³⁹⁴ « Salaire mensuel brut (valeur centrale et intervalle interquartile), Suisses/Suissesses et étrangers/étrangères, selon la position professionnelle et le sexe – Secteur privé » ; Disponible sur le site de l'OFS <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees/tableaux.assetdetail.21224994.html> (consulté le 3 novembre 2022).

salarial, il faut se pencher sur la situation concrète et non se référer aux seules données statistiques³⁹⁵.

[254] Dans le cas d'une assurée, âgée de 53 ans, titulaire d'un permis d'établissement (cat. C), à laquelle une capacité de travail exigible de 60% a été reconnue, le Tribunal fédéral a jugé que l'abattement de 15% retenu par l'instance cantonale, sans avoir apprécié le cas concret, est contraire au droit. Après une appréciation globale, notre Haute Cour est arrivée à la conclusion qu'un abattement sur le salaire statistique ne se justifie pas en l'espèce³⁹⁶. Il en a été de même pour une assurée, titulaire d'un permis d'établissement (cat. C) où le raisonnement du Tribunal fédéral était le suivant : les femmes au bénéfice d'un permis d'établissement sans fonction de cadre gagnent certes moins que les Suissesses (en l'espèce, selon l'ESS 2014, tableau T12, femmes, médiane) mais néanmoins plus que le revenu moyen pris en compte pour le calcul de l'invalidité (ESS 2014, tableau TA1_tirage_skill_level, niveau de compétences 1, femmes, Total)³⁹⁷.

[255] Ainsi, à l'instar du critère de l'âge, le permis de séjour et/ou la nationalité de la personne assurée ne constituent pas *per se* un facteur de réduction du salaire statistique. L'effet du critère « nationalité / autorisation de séjour » doit faire l'objet d'un examen dans le cas concret, les possibles effets pénalisants au niveau salarial induits par cette constellation aux yeux d'un potentiel employeur pouvant être compensés par d'autres éléments personnels ou professionnels, tels que la formation et l'expérience professionnelle de la personne assurée concernée.

[256] Il sied de rappeler qu'il n'y a pas lieu de procéder à des déductions distinctes pour chacun des facteurs entrant en considération. En revanche, l'administration et, en cas de litige, le juge doivent apprécier concrètement et individuellement les facteurs susceptibles d'avoir une incidence sur le revenu d'invalidé, puis de les estimer – globalement – dans les limites de leur pouvoir d'appréciation³⁹⁸.

g. Taux d'occupation

[257] Selon la jurisprudence, le critère du taux d'occupation réduit peut être pris en compte pour déterminer l'étendue de l'abattement à opérer sur le salaire statistique d'invalidé lorsque le travail à temps partiel se révèle proportionnellement moins rémunéré que le travail à plein temps³⁹⁹. Cet examen doit toujours être évalué au regard du taux d'occupation concret et des données actuelles⁴⁰⁰.

[258] Le travail à plein temps n'est pas nécessairement proportionnellement mieux rémunéré que le travail à temps partiel ; dans certains domaines d'activités, les emplois à temps partiel sont en effet répandus et répondent à un besoin de la part des employeurs⁴⁰¹, notamment dans des domaines dans lesquels il existe des niches à combler par des emplois à temps partiel, qui sont

³⁹⁵ ATF 146 V 16 consid. 6.2.3 et la référence, dans le cas d'un assuré frontalier (cat. G), sur la base du tableau TA12 de l'ESS 2012.

³⁹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_18/2020 du 19 mai 2020 consid. 6.2.3 et 6.2.4.

³⁹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_857/2017 du 24 août 2018 consid. 4.3.2 et la référence.

³⁹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_115/2021 du 10 août 2021 consid. 4.3.

³⁹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_273/2019 du 18 juillet 2019 consid. 6.2.

⁴⁰⁰ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_115/2021 du 10 août 2021 consid. 4.2.2 ; 8C_729/2019 du 25 février 2020 consid. 5.3.3.1 et la référence.

⁴⁰¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_373/2019 du 18 juillet 2019 consid. 5.2 et les références.

très demandés par les employeurs et rémunérés en conséquence⁴⁰². Le travail à temps partiel peut parfois être proportionnellement mieux rémunéré que le travail à plein temps⁴⁰³.

[259] Selon les statistiques de l'ESS, les femmes exerçant une activité à temps partiel ne perçoivent souvent pas un revenu moins élevé proportionnellement à celles qui sont occupées à plein temps⁴⁰⁴. L'activité à temps partiel chez les femmes peut même, en comparaison avec un travail à plein temps, être proportionnellement mieux rémunérée, de sorte qu'une déduction sur le revenu d'invalidé n'est pas justifiée⁴⁰⁵. D'ailleurs, pour les femmes travaillant entre 50% et 89%, le salaire est sur un plan général proportionnellement plus élevé que pour un travail à temps complet⁴⁰⁶.

[260] La situation se présente différemment pour les hommes ; le travail à temps partiel peut en effet être synonyme d'une perte de salaire pour les travailleurs à temps partiel de sexe masculin⁴⁰⁷.

[261] Aucun abattement n'a été retenu pour ce critère dans le cas d'un assuré possédant une capacité de travail exigible de 50% dans une activité adaptée (tout travail de type semi-sédentaire n'impliquant pas le port de charges excessives et permettant de varier les positions)⁴⁰⁸. Il en a été de même pour une assurée disposant d'une capacité de travail de 50% dans une activité adaptée à ses limitations⁴⁰⁹.

[262] Le raisonnement a été similaire dans le cas d'un assuré ayant une capacité de travail exigible de 100%, avec une diminution de rendement de 20%⁴¹⁰ ou dans celui d'une assurée à laquelle a été reconnue une capacité de travail exigible de 75%⁴¹¹. Le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération la diminution de rendement subie par l'assuré, dès lors que l'évaluation de la capacité résiduelle de travail inclut déjà cet élément.

[263] Dans l'arrêt 9C_10/2019, le Tribunal fédéral s'est référé au tableau T18 de l'ESS 2014 pour examiner le taux d'abattement d'un assuré ayant une capacité de travail exigible de 70%. Il est arrivé à la conclusion que, dans la mesure où les statistiques démontrent que les travailleurs occupés entre 50% et 74% reçoivent un salaire mensuel inférieur de 5,84% à celui versé aux hommes travaillant à temps plein (taux d'occupation de 90% ou plus), il se justifie de procéder à un abattement supplémentaire pour ce motif⁴¹².

[264] Les données issues du tableau T18 de l'ESS 2016 font apparaître que les femmes travaillant à temps partiel (taux entre 50% et 89%) perçoivent – proportionnellement – un revenu plus élevé

⁴⁰² ATF 126 V 75 consid. 5a/cc ; arrêts du Tribunal fédéral des assurances I 18/99 du 28 septembre 1999 et U 314/98 du 5 juillet 1999.

⁴⁰³ Pratique VSI 2002 p. 64 consid. 4b/cc p. 71 s. [I 82/01].

⁴⁰⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_373/2019 du 18 juillet 2019 consid. 5.2 et les références ; 9C_273/2019 du 18 juillet 2019 consid. 6.2.

⁴⁰⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_751/2011 du 30 avril 2012 consid. 4.2.2 et les références.

⁴⁰⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_487/2021 du 8 mars 2022 consid. 4.4.3 et la référence ; I 383/04 du 26 novembre 2004 consid. 4.2 et les références ; I 287/05 du 9 août 2005 consid. 4.3.

⁴⁰⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_10/2019 du 29 avril 2019 consid. 5.2.1 et la référence.

⁴⁰⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_637/2014 du 6 mai 2015 consid. 5.

⁴⁰⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_843/2012 du 1^{er} mars 2013 consid. 3.4 et la référence.

⁴¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_289/2012 du 15 octobre 2012 consid. 3.3.2.2 ; dans le même sens : arrêt du Tribunal fédéral 9C_702/2020 du 1^{er} février 2021 consid. 6.3.2.

⁴¹¹ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_782/2019 du 15 avril 2020 consid. 3.2 ; 9C_629/2017 du 28 novembre 2017 consid. 2.

⁴¹² Arrêt du Tribunal fédéral 9C_10/2019 du 29 avril 2019 consid. 5.2.2.

que pour un travail à temps plein. Il n'en est pas de même pour les hommes. Certes, ceux œuvrant à un taux entre 75% et 89% sont mieux rémunérés – proportionnellement – que pour un travail à temps plein ; néanmoins, dans une activité à temps partiel inférieur à 75%, la rémunération est – proportionnellement – moins élevée⁴¹³.

[265] Qu'en est-il des dernières données publiée par l'Office fédéral de la statistique ? Le tableau T18⁴¹⁴ fait apparaître pour l'année 2020 les résultats suivants (valeur médiane) :

- les hommes exerçant une activité sans fonction de cadre à plein temps (90% ou plus) perçoivent un revenu mensuel de CHF 6'218 ; dans la même activité exercée à temps partiel (75%–89%), le salaire mensuel standardisé (équivalent plein temps) est de CHF 6'592 ; pour un temps partiel de 50% à 74%, le salaire mensuel standardisé (équivalent plein temps) est de CHF 5'957 ; pour un temps partiel de 25% à 49%, le salaire mensuel standardisé (équivalent plein temps) est de CHF 5'415 ;
- les femmes exerçant une activité sans fonction de cadre à plein temps (90% ou plus) perçoivent un revenu mensuel de CHF 5'617 ; dans la même activité exercée à temps partiel (75%–89%), le salaire mensuel standardisé (équivalent plein temps) est de CHF 6'221 ; pour un temps partiel de 50% à 74%, le salaire mensuel standardisé (équivalent plein temps) est de CHF 6'065 ; pour un temps partiel de 25% à 49%, le salaire mensuel standardisé (équivalent plein temps) est de CHF 5'633.

[266] Une remarque s'impose : le tableau T18 se rapporte au secteur privé et secteur public (Confédération, cantons, districts, communes, corporations) alors que le tableau TA1_tirage_skill_level généralement utilisé pour déterminer le revenu d'invalide concerne uniquement le secteur privé.

[267] Il apparaît derechef que les femmes travaillant à temps partiel (cette fois-ci à des taux d'activité compris entre 25% et 89%) perçoivent – proportionnellement – un revenu plus élevé que pour un travail à temps plein. Pour les hommes, les conclusions sont identiques à celles relatives au tableau T18 de l'ESS 2016 : les travailleurs masculins œuvrant à un taux entre 75% et 89% sont mieux rémunérés – proportionnellement – que pour un travail à temps plein alors que ceux travaillant dans une activité à temps partiel inférieur à 75%, la rémunération est – proportionnellement – moins élevée (4.20% de moins pour les taux entre 50% et 74%⁴¹⁵ ; 12.91% de moins pour les taux entre 25% et 49%).

[268] Pour les cas d'invalidité survenus postérieurement au 1^{er} janvier 2022, les dispositions du Développement continu de l'AI s'appliquent (cf. ch. 7 infra).

⁴¹³ IONTA (nbp 3), ch. 230.

⁴¹⁴ « Salaire mensuel brut (valeur centrale) selon le taux d'occupation, la position professionnelle et le sexe – Secteur privé et secteur public (Confédération, cantons, districts, communes, corporations) » ; Disponible sur le site de l'OFS <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees/tableaux.assetdetail.21224917.html> (consulté le 3 novembre 2022).

⁴¹⁵ Cette différence (4.20%) n'atteignant pas un taux d'au moins de 5% – par analogie avec la règle de parallélisme –, il n'y a pas lieu d'en tenir compte.

6. Parallélisme des revenus à comparer

[269] Pour déterminer le revenu sans invalidité, il convient d'établir ce que l'assuré aurait, au degré de la vraisemblance prépondérante, réellement pu obtenir au moment déterminant s'il n'était pas devenu invalide. Le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible. Partant de la présomption que l'assuré aurait continué d'exercer son activité sans la survenance de son invalidité, ce revenu se déduit en principe du salaire réalisé en dernier lieu par l'assuré avant l'atteinte à la santé, en prenant en compte également l'évolution des salaires jusqu'au moment de la naissance du droit à la rente ; des exceptions ne peuvent être admises que si elles sont établies au degré de la vraisemblance prépondérante⁴¹⁶.

[270] Lorsqu'un assuré réalise un revenu nettement inférieur à la moyenne en raison de facteurs étrangers à l'invalidité et qu'il ne désire pas s'en contenter délibérément, il convient d'abord d'effectuer un parallélisme des deux revenus à comparer. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser quels pouvaient être lesdits facteurs étrangers à l'invalidité. Il a notamment mentionné à ce propos une faible formation scolaire et l'absence de formation professionnelle, des connaissances insuffisantes d'une langue nationale, ainsi que des possibilités restreintes d'embauche à cause du statut (saisonnier, etc.) de l'intéressé⁴¹⁷.

[271] Lorsque le taux à partir duquel un revenu sans invalidité est inférieur à la moyenne d'au moins 5% au salaire statistique usuel dans la branche, le revenu effectivement réalisé est considéré comme nettement inférieur à la moyenne au sens de l'ATF 134 V 322 consid. 4, et il peut – si les autres conditions sont réalisées – justifier un parallélisme des revenus à comparer⁴¹⁸. Ce parallélisme doit porter seulement sur la part qui excède le taux minimal déterminant de 5%⁴¹⁹. En pratique, le parallélisme peut être effectué soit au regard du revenu sans invalidité en augmentant de manière appropriée le revenu effectivement réalisé ou en se référant aux données statistiques, soit au regard du revenu d'invalidé en réduisant de manière appropriée la valeur statistique⁴²⁰.

[272] Il est erroné de procéder à la parallélisation des revenus à comparer en se basant sur un facteur qui, si tant est qu'il soit compréhensible, ne semble pas être extérieur à l'invalidité, mais lié à la capacité de la personne assurée à accomplir son travail⁴²¹.

[273] Le revenu sans invalidité doit être comparé avec la branche économique dans laquelle a travaillé la personne assurée avant la survenance de l'atteinte à la santé et non pas avec le salaire statistique correspondant au salaire brut dans le secteur privé réalisé par les hommes ou les femmes toutes branches économiques confondues⁴²².

⁴¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_259/2021 du 23 septembre 2021 consid. 3 et les références.

⁴¹⁷ Cf. notamment ATF 148 V 174 consid. 6.4 et les références ; 134 V 322 consid. 4.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_435/2012 du 4 janvier 2013 consid. 3.1 ; 9C_112/2012 du 19 novembre 2012 consid. 4.4 ; 8C_744/2011 du 25 avril 2012 consid. 5.1.

⁴¹⁸ Cf. en particulier ATF 135 V 297 consid. 6.1.2.

⁴¹⁹ ATF 135 V 297 consid. 6.1.3 ; GERBER (nbp 26), n. 55 ad art. 28a.

⁴²⁰ ATF 148 V 174 consid. 6.4 et la référence ; 134 V 322.

⁴²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_435/2012 du 4 janvier 2013 consid. 3.2.

⁴²² Arrêt du Tribunal fédéral 9C_884/2012 du 10 avril 2013 consid. 4.

[274] En revanche, il n'y a pas lieu à majorer le revenu sans invalidité lorsque celui-ci est supérieur au salaire usuel de la branche déterminé selon le salaire minimum d'embauche d'une convention collective de travail (CCT)⁴²³.

[275] Les données statistiques ne s'appliquent pas au secteur de l'agriculture⁴²⁴. Elles ne sont donc d'aucune utilité pour déterminer le salaire usuel de la branche aux fins d'opérer une parallélisation des revenus. C'est pourquoi, en ce qui concerne les rapports de travail dans l'agriculture, on peut se fonder sur les chiffres tirés du contrat-type pour les travailleurs agricoles édicté par le canton concerné⁴²⁵.

[276] Les conditions de la déduction résultant du parallélisme des revenus à comparer et de l'abattement pour circonstances personnelles et professionnelles sont dans une relation d'interdépendance, dans la mesure où les mêmes facteurs qui ont une influence sur le revenu ne peuvent pas justifier à la fois une déduction en raison du parallélisme des revenus à comparer et un abattement pour circonstances personnelles et professionnelles⁴²⁶. En d'autres termes, les facteurs étrangers à l'invalidité déjà pris en considération lors de la mise en œuvre du parallélisme des revenus à comparer ne peuvent pas être pris en compte une seconde fois lors de la déduction pour circonstances personnelles et professionnelles⁴²⁷.

[277] Cela étant, si un assuré s'est contenté durant plusieurs années d'un revenu modeste provenant de son activité indépendante, c'est celui-ci qui est déterminant pour fixer le revenu de valide, même s'il existait des meilleures possibilités de gain. Par ailleurs, le Tribunal fédéral exclut en règle générale un parallélisme des revenus en cas d'activité indépendante⁴²⁸.

[278] Pour un exemple de calcul du parallélisme, nous renvoyons la lectrice et le lecteur à l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_692/2010 du 31 janvier 2011 consid. 3.3 ainsi qu'aux ch. 281 ss de notre précédente publication⁴²⁹.

[279] Pour les cas d'invalidité survenus postérieurement au 1^{er} janvier 2022, les dispositions du Développement continu de l'AI s'appliquent (cf. ch. 7 lit. c infra).

7. Développement continu de l'AI

a. Généralités

[280] Le Développement continu de l'AI est une révision de l'AI qui ne dit pas son nom. Cette 7^e révision AI, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022⁴³⁰, a pour objectif d'améliorer, en collabora-

⁴²³ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_677/2021+8C_687/2021 du 31 janvier 2022 consid. 4.2.2 et les références ; 8C_310/2018 du 18 décembre 2018 consid. 6.1 et 6.2 ; 8C_643/2016 du 25 avril 2017 consid. 4.3 et les références ; 8C_537/2016 du 11 avril 2017 consid. 6.1 et 6.2 ; GERBER (nbp 26), n. 54 ad art. 28a.

⁴²⁴ Cf. notamment Enquête suisse sur la structure des salaires 2010, ch. 4.1.1 p. 19, et Enquête suisse sur la structure des salaires 2012, ch. 6.1 p. 22 et ch. 6.4.1 p. 24.

⁴²⁵ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_138/2019 du 29 mai 2019 consid. 6.2 et les références ; 8C_549/2016 du 19 janvier 2017 consid. 5 ; 8C_466/2015 du 26 avril 2016 consid. 3.3.3 et les références ; VALTERIO (nbp 8), n. 77 ad art. 28a LAI, p. 442.

⁴²⁶ ATF 135 V 297 consid. 6.2.

⁴²⁷ ATF 134 V 322 consid. 5.2 et 6.2.

⁴²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_196/2013 du 21 août 2013 consid. 3.3 et les références.

⁴²⁹ IONTA (nbp 3).

⁴³⁰ RO 2021 705 (LAI) et RO 2021 706 (RAI).

tion avec les acteurs concernés, le soutien offert aux enfants, aux jeunes et aux personnes atteintes dans leur santé psychique pour renforcer leur potentiel de réadaptation et optimiser leur aptitude au placement⁴³¹.

[281] Ce projet s'inscrit dans la lignée des réformes précédentes qui ont transformé l'AI en une assurance de réadaptation grâce à l'introduction et l'extension d'une multitude de mesures d'intégration et de réintégration professionnelle⁴³².

[282] Le principal changement pour tous les assurés est le passage à un nouveau système de rentes linéaire. En outre, s'agissant du revenu d'invalidé, l'abattement en raison d'une atteinte à la santé n'est désormais plus appliqué⁴³³. Le calcul du parallélisme est également modifié⁴³⁴.

[283] En raison du système de rentes linéaire, la détermination du degré d'invalidité au pourcentage près a désormais une grande importance, contrairement au système de l'échelonnement des rentes prévus jusqu'ici par l'art. 28 al. 2 aLAI.

[284] L'art. 28a al. 1 LAI délègue désormais au Conseil fédéral la compétence de définir par voie d'ordonnance les règles et les critères de détermination du revenu avec et sans invalidité (p. ex. quand il faut se baser sur les valeurs réelles et quand il faut se baser sur les salaires statistiques ou quelle table doit être appliquée), qui reposaient jusqu'à présent en grande partie sur la jurisprudence. De même, le Conseil fédéral procède aux corrections découlant de la jurisprudence pour ces revenus (p. ex. critères à prendre en compte pour une déduction en raison du handicap et montant de la déduction correspondante). Il s'agit notamment de limiter la marge d'interprétation des offices AI ainsi et des tribunaux cantonaux, de garantir une unité de doctrine dans toute la Suisse et d'éviter autant que possible les litiges portés devant les tribunaux à propos de l'évaluation de l'invalidité⁴³⁵.

b. Évaluation du taux d'invalidité

i. Dans l'assurance-invalidité

[285] Un système de rentes linéaire est introduit pour les nouveaux bénéficiaires de rente, afin de les inciter à augmenter le taux de leur activité lucrative. Dans le système à quatre échelons (valable jusqu'au 31 décembre 2021), de nombreux bénéficiaires de rente AI n'avaient pas d'intérêt à travailler davantage, car cela n'augmenterait pas leur revenu disponible en raison d'effets de seuil. Une rente entière est octroyée, comme par le passé, à partir d'un taux d'invalidité de 70%.

[286] Avec l'introduction d'un système de rentes linéaire, l'exactitude du taux d'invalidité revêt une plus grande importance. En effet, dans ce nouveau système, chaque point de pourcentage

⁴³¹ Avis du Conseil fédéral du 19 février 2020 au Postulat FERI 19.4407 « Quels résultats l'intégration effective par le travail dans l'assurance-invalidité donne-t-elle pour les personnes atteintes d'un dommage durable à la santé ? » ; Dispositions d'exécution relatives à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (Développement continu de l'AI), Rapport explicatif de l'OFAS du 4 décembre 2020 pour la procédure de consultation [ci-après : Rapport explicatif pour la procédure de consultation], p. 3.

⁴³² MÉLANIE SAUVAIN, Assurances sociales : ce qui va changer en 2022, in : Sécurité sociale CHSS, 9 décembre 2021.

⁴³³ Dispositions d'exécution relatives à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (Développement continu de l'AI), Rapport explicatif de l'OFAS du 3 novembre 2021 (après la procédure de consultation) [ci-après : Rapport explicatif (après la procédure de consultation)], Commentaire de l'art. 26bis al. 3 RAI, p. 52.

⁴³⁴ Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), Commentaire de l'art. 26 al. 2 RAI, p. 47 s.

⁴³⁵ Message du 15 février 2017 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (Développement continu de l'AI), FF 2017 2363, en particulier 2493 et 2549.

est déterminant pour le calcul du montant de la rente. Afin d'accroître la sécurité juridique et l'uniformité, les principes essentiels de l'évaluation du taux d'invalidité sont désormais définis au niveau d'une ordonnance et non plus par voie de directive⁴³⁶.

[287] De nombreux participants à la consultation, toutes catégories confondues, ont contesté la réglementation sur l'abattement en raison d'une atteinte à la santé, la détermination du revenu avec ou sans invalidité pour les invalides précoces ou de naissance ainsi que l'application prévue de l'ESS. Ils demandaient un nouveau tableau ESS avec des exigences spécifiques pour le revenu avec invalidité, ainsi que la prise en compte de tout revenu effectivement réalisé⁴³⁷.

[288] La critique massive du projet mis en consultation n'a manifestement pas impressionné l'auteur de l'ordonnance⁴³⁸. Le Conseil fédéral a décidé de s'en tenir à la pratique actuelle. Se référer à des tableaux ESS spécifiquement créés pour l'AI reviendrait à s'écarter du marché du travail équilibré, et donc des exigences légales (art. 16 LPGA). Le projet prévoit toutefois une souplesse dans l'application des valeurs statistiques. En outre, l'OFAS est disposé à examiner la demande portant sur l'utilisation des tableaux ESS dans le cadre de l'évaluation du Développement continu de l'AI. Si de nouveaux tableaux doivent être créés, ils devraient être analysés et développés en tenant compte du cadre légal, des retombées financières et des conséquences sur les autres assurances sociales. Le cas échéant, il faudrait en outre réexaminer l'ensemble des dispositions du RAI qui portent sur l'évaluation de l'invalidité⁴³⁹.

[289] Dans un premier temps, il s'agit de déterminer le statut de l'assuré, à savoir si ce dernier exerce une activité lucrative, n'exerce pas d'activité lucrative ou exerce une activité lucrative à temps partiel (art. 24^{septies} RAI).

[290] Ensuite, les principes généraux applicables à la comparaison des revenus, et en particulier à la date déterminante et à l'application des valeurs statistiques, sont fixés (art. 25 RAI). La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral concernant l'utilisation des salaires statistiques reste pertinente dans ce cadre⁴⁴⁰.

[291] Lors de l'utilisation du tableau TA1_tirage_skill_level, il faut d'abord déterminer si ce sont les valeurs pour un secteur économique donné (branche) ou celles de l'ensemble des secteurs économiques qui reflètent le mieux la situation de l'assuré. La formation professionnelle de l'assuré doit être prise en compte, à moins qu'il n'ait jamais exercé la profession en question ou qu'il l'ait quittée depuis des années déjà. Généralement, on utilise les valeurs de la branche du tableau TA1_tirage_skill_level de l'ESS correspondant à la formation professionnelle. En revanche, si, en raison de sa formation ou de son expérience professionnelle, l'assuré peut avoir accès à l'ensemble du marché du travail, les valeurs totales du tableau TA1_tirage_skill_level peuvent être utilisées⁴⁴¹.

⁴³⁶ Communiqué de presse de l'OFAS du 3 novembre 2021.

⁴³⁷ Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), p. 6; cf. également THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, *Dichtung und Wahrheit im Umgang mit LSE-Tabellenlöhnen*, in : Jusletter 4 juillet 2022, ch. 7.

⁴³⁸ GÄCHTER/MEIER (nbp 437), ch. 11.

⁴³⁹ Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), p. 6.

⁴⁴⁰ Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), Commentaire de l'art. 25 al. 3 RAI, p. 45.

⁴⁴¹ Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), Commentaire de l'art. 25 al. 3 RAI, p. 46; ch. 3208 de la Circulaire sur l'invalidité et les rentes dans l'assurance-invalidité (ci-après : CIRAI), valable dès le 1^{er} janvier 2022 (disponible sur le site internet de l'OFAS : <https://sozialversicherung.admin.ch/fr/d/18452> [consulté le 3 novembre 2022]).

[292] Ensuite, il convient de définir le niveau de compétences applicable. Ici aussi, la formation professionnelle de l'assuré joue un rôle. Selon le Rapport explicatif de l'OFAS du 3 novembre 2021, les personnes sans formation professionnelle ont souvent un niveau de compétences 1 et une grande partie des personnes ayant suivi une formation professionnelle, comme une AFP ou un CFC, ont un niveau de compétences 2⁴⁴². Nous estimons que cette affirmation d'ordre général n'est pas conforme à la jurisprudence. Premièrement, depuis l'ESS 2012, l'accent est mis sur le type de tâches que l'assuré est susceptible d'assumer en fonction de ses qualifications mais pas sur les qualifications en elles-mêmes⁴⁴³. Deuxièmement, lorsque la personne assurée ne peut pas se réinsérer dans la profession habituelle, l'application du niveau de compétences 2 ne se justifie que si elle dispose de compétences et de connaissances particulières⁴⁴⁴. Il serait choquant de retenir le niveau de compétences 2 pour une personne ayant effectué un apprentissage de bûcheron, maçon ou dans la vente il y a 15, 20 ou 25 ans. La Circulaire sur l'invalidité et les rentes dans l'assurance-invalidité (CIRAI) est, heureusement, plus nuancée et moins catégorique (« [...] il convient de définir le niveau de compétences applicable, qui se base sur la formation professionnelle, sur l'expérience professionnelle et sur la situation professionnelle »)⁴⁴⁵.

[293] Les revenus sans et avec invalidité sont définis, si possible, sur la base du revenu effectif, sinon, sur la base de valeurs statistiques (resp. art. 26 et 26^{bis} RAI). En principe, il faut utiliser à cet effet les tableaux de l'ESS ; d'autres valeurs statistiques peuvent être utilisées lorsque le revenu en question n'est pas représenté dans l'ESS (renvoi à l'art. 25 al. 3 RAI).

[294] Selon le Rapport explicatif de l'OFAS du 3 novembre 2021, la prise en compte du salaire concret en tant que revenu avec invalidité repose sur la condition que l'assuré tire tout le parti possible de sa capacité fonctionnelle restante. Ce n'est que si l'assuré tire de l'activité exercée un revenu à hauteur de ce que sa capacité fonctionnelle résiduelle permet d'escompter que ce revenu peut servir de base pour déterminer le revenu avec invalidité. Étant donné qu'en vertu de l'art. 26^{bis} al. 2 RAI, on se base sur les valeurs statistiques visées à l'art. 25 al. 3 RAI en l'absence de revenu effectif, cela signifie qu'une valorisation optimale est atteinte uniquement si le revenu ainsi réalisé s'approche au plus près de la valeur médiane statistique correspondante. Les critères supplémentaires actuellement requis par la jurisprudence concernant l'adéquation entre le salaire perçu et le travail fourni, et les conditions de travail particulièrement stables ou la possibilité de réaliser durablement un revenu correspondant sur un marché du travail équilibré sont supprimés. Ces critères sont difficilement vérifiables dans la pratique et présentent le risque que l'employeur réduise ses coûts en versant délibérément un salaire bas à l'assuré, sachant que celui-ci recevra des prestations plus élevées à charge de l'AI⁴⁴⁶.

[295] Pour les assurés qui sont invalides de naissance ou invalides précoces, le revenu sans invalidité est fixé sur la base de valeurs statistiques non spécifiques au sexe (art. 26 al. 6 RAI). Pour éviter toute distorsion, le revenu avec invalidité doit donc lui aussi être déterminé sur la base de valeurs indépendantes du sexe.

⁴⁴² Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), Commentaire de l'art. 25 al. 3 RAI, p. 46.

⁴⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_268/2021 du 15 octobre 2021 consid. 3.2.1.

⁴⁴⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_801/2021 du 28 juin 2022 consid. 3.4 et les références.

⁴⁴⁵ Ch. 3209 CIRAI.

⁴⁴⁶ Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), Commentaire de l'art. 26^{bis} al. 1 RAI, p. 50 s ; cf. également GERBER (nbp 26), n. 133 ad art. 28a.

[296] Les règles s'appliquant au calcul du taux d'invalidité des assurés exerçant une activité lucrative à temps partiel ou n'exerçant pas d'activité lucrative restent largement inchangées (art. 27 et 27^{bis} RAI). Toutefois, le calcul applicable au temps partiel est uniformisé. Les activités lucratives et les travaux habituels sont désormais considérés comme complémentaires, de sorte que tout ce qui n'est pas réputé activité lucrative relève des travaux habituels (art. 27^{bis} al. 1 RAI).

[297] S'agissant du revenu d'invalidé (désormais appelé « revenu avec invalidité »), l'abattement en raison d'une atteinte à la santé n'est plus appliqué⁴⁴⁷. Seul un taux d'occupation de 50% ou moins justifiera un abattement de 10% sur la valeur statistique (art. 26^{bis} al. 3 RAI)⁴⁴⁸.

[298] Seule l'évaluation de la capacité fonctionnelle est déterminante pour l'octroi de la déduction. Si ces capacités sont égales ou inférieures à 50% par rapport à une activité lucrative exercée à plein temps, la déduction est accordée, quel que soit le temps nécessaire pour fournir la prestation correspondante⁴⁴⁹.

[299] Ainsi, l'abattement en raison des limitations liées au handicap, de l'âge, des années de service et/ou de la nationalité/catégorie d'autorisation de séjour n'est désormais plus appliqué.

[300] Il appartient désormais au Service médical régional (SMR) d'examiner et de tenir compte des limitations dues à l'invalidité dans la détermination des capacités fonctionnelles (art. 54a al. 3 LAI et 49 al. 1^{bis} RAI). Ce transfert de tâches vers le SMR soulèvera de nombreuses questions tant de droit matériel que de droit procédural⁴⁵⁰. Selon nous, il n'incombe pas au médecin de procéder à des corrections sur le salaire réalisable (et donc en finalité sur le revenu d'invalidé) par le biais d'une adaptation de l'estimation médico-théorique de l'incapacité de travail. Cela revient à mélanger deux choses (capacité de travail médico-théorique et revenu hypothétique réalisable) qui devraient impérativement être traitées séparément⁴⁵¹. Nous nous posons également la question de savoir ce qu'il adviendra lors d'expertises médicales mandatées par l'office AI (art. 44 LPG) et d'expertises judiciaires ; quel sera l'étendue du mandat qui sera confié aux médecins-experts ? Par ailleurs, l'avis du SMR sera-t-il plus déterminant que l'expertise externe ? Cela étant, les difficultés liées à l'évaluation de l'abattement, qui était de nature juridique, sont désormais liées à une évaluation médicale ; nous ne sommes pas certains que la situation soit clairement améliorée.

[301] Comme le notent PHILIPP EGLI/MARTINA FILIPPO/THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, il est surprenant et d'une portée considérable que l'abattement sur le salaire statistique sous sa forme actuelle soit supprimé⁴⁵². Comme ces auteurs, nous ne sommes pas convaincus que les modifications apportées au domaine de l'assurance-invalidité bénéficient réellement aux personnes assurées.

⁴⁴⁷ Rapport explicatif pour la procédure de consultation (nbp 431), Commentaire de l'art. 26^{bis} al. 3 RAI, p. 45 ; Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), Commentaire de l'art. 26^{bis} al. 3 RAI, p. 52.

⁴⁴⁸ Ch. 3417 CIRAI.

⁴⁴⁹ Ch. 3418 CIRAI.

⁴⁵⁰ GÄCHTER/MEIER (nbp 437), ch. 59 ss.

⁴⁵¹ GÄCHTER/MEIER (nbp 437), ch. 64 et la référence.

⁴⁵² EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 318, p. 124 ; cf. également GABRIELA RIEMER-KAFKA et al., (nbp 111), ch. 52 ; cf. également le développement de GÄCHTER/MEIER (nbp 437), ch. 47 ss.

ii. Dans les autres assurances sociales

[302] La nouvelle manière de déterminer le revenu d'invalidé est inscrite dans le règlement sur l'assurance-invalidité (RAI) et non dans la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (en particulier l'art. 16 LPGA) ou l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA)⁴⁵³. La loi fédérale sur l'assurance-accidents (notamment l'art. 18 LAA), l'ordonnance sur l'assurance-accidents (en particulier l'art. 28 OLAA ss) ou la loi fédérale sur l'assurance militaire⁴⁵⁴ n'ont pas été modifiée s'agissant de l'évaluation du degré de l'invalidité.

[303] Si la volonté du Conseil fédéral était de modifier l'évaluation de ce revenu pour l'ensemble des assurances sociales, ce sont les dispositions de la LPGA – définissant les principes et les notions du droit des assurances sociales et harmonisant les prestations des assurances sociales⁴⁵⁵ – qui auraient été modifiées. Si le domaine de l'assurance-accidents était aussi concerné, un renvoi aux nouvelles dispositions du droit de l'assurance-invalidité, même par analogie, aurait dû être inséré.

[304] Dans son Message du 15 février 2017 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité⁴⁵⁶, le Conseil fédéral évoque ces modifications à l'art. 28a LAI, en mentionnant que « [l]a pratique définie dans la jurisprudence est inscrite dans le règlement (par ex. cas dans lesquels s'appuyer sur les valeurs effectives et ceux pour lesquels se référer aux barèmes de salaires, et barèmes à appliquer). Par ailleurs, le Conseil fédéral doit procéder aux corrections découlant de la jurisprudence pour ces revenus (par ex. critères à prendre en compte pour une déduction en raison du handicap et montant de la déduction correspondante)⁴⁵⁷. »

[305] Il faut donc partir du postulat que l'évaluation du revenu d'invalidé dans le domaine de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire n'est pas modifiée.

[306] Il est toutefois à craindre que la nouvelle manière de déterminer le revenu d'invalidé de l'AI va inciter certains assureurs-accidents à s'engouffrer dans la brèche, en n'appliquant plus d'abattement en raison par exemple des limitations liées au handicap, par « analogie » à l'assurance-invalidité.

[307] Par ailleurs, de jurisprudence constante, l'évaluation de l'invalidité par les organes de l'assurance-invalidité n'a pas de force contraignante pour l'assureur-accidents (et vice versa)⁴⁵⁸. Cela sera d'autant plus vrai pour les cas où l'office AI aura déterminé le revenu avec invalidité selon le nouveau droit.

[308] En revanche, la prévoyance professionnelle sera impactée en raison de son étroite relation avec les décisions de l'assurance-invalidité. L'art. 23 lit. a LPP⁴⁵⁹ fait d'ailleurs référence au taux d'invalidité « au sens de l'AI »⁴⁶⁰.

⁴⁵³ RO 2021 705 (LAI) et RO 2021 706 (RAI) pour les modifications dans la LPGA et l'OPGA.

⁴⁵⁴ LAM; RS 833.1.

⁴⁵⁵ Art. 1 lit. a et c LPGA.

⁴⁵⁶ FF 2017 2363.

⁴⁵⁷ FF 2017 2493.

⁴⁵⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_259/2021 du 23 septembre 2021 consid. 4.3 et les références.

⁴⁵⁹ Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité; RS 831.40.

⁴⁶⁰ Cf. également MARC HÜRZELER, in Commentaire LPP et LFLP, 2^e éd., 2020, sur la signification des constatations en droit de l'assurance-invalidité (n. 14 ss ad art. 23 LPP) et sur l'invalidité dans la prévoyance professionnelle

c. Parallélisme

i. Dans l'assurance-invalidité

[309] Le parallélisme est désormais inscrit dans le règlement : Si le revenu effectivement réalisé est inférieur d'au moins 5% aux valeurs médianes usuelles dans la branche selon l'ESS au sens de l'art. 25 al. 3 RAI, le revenu sans invalidité correspond à 95% de ces valeurs médianes (art. 26 al. 2 RAI).

[310] La parallélisation signifie que les facteurs économiques qui avaient déjà un impact négatif sur le revenu de la personne assurée avant la survenance de l'atteinte à la santé (notamment faible niveau des salaires dans une région, statut de séjour [frontaliers inclus], nationalité, connaissances insuffisantes de la langue locale, formation insuffisante ou encore âge) sont pris en compte pour correction lors de la détermination des revenus à comparer. Le principe selon lequel les facteurs non liés à l'invalidité n'ont pas à intervenir ou doivent être pris en compte de la même manière pour les deux revenus à comparer est – selon l'OFAS – respecté⁴⁶¹.

[311] La nouvelle réglementation est plus avantageuse pour les personnes assurées que la réglementation jusqu'au 31 décembre 2021, parce qu'il n'est plus nécessaire d'examiner quels sont précisément les facteurs à l'origine d'un revenu inférieur à la moyenne ou si, éventuellement, l'assuré ne se serait pas satisfait d'un revenu aussi modeste. La parallélisation doit par conséquent être systématiquement effectuée lorsque le revenu effectivement réalisé au sens de l'art. 26 al. 1 RAI est inférieur d'au moins 5% au revenu médian usuel dans la branche selon l'ESS⁴⁶². Ainsi, si le revenu sans invalidité est déterminé sur la base du dernier revenu effectivement réalisé, il faut examiner si celui-ci est inférieur à la moyenne des revenus usuels dans la branche⁴⁶³.

[312] De plus, contrairement à la pratique du Tribunal fédéral, une parallélisation est ici aussi pratiquée lorsque la personne assurée réalise le salaire minimum prévu par convention collective de travail (CCT) ou contrat-type de travail (CTT) mais que celui-ci reste néanmoins inférieur de 5%, voire davantage, au revenu médian usuel dans la branche selon l'ESS⁴⁶⁴.

[313] Toutefois, une parallélisation n'est pas effectuée lorsque le revenu (effectif) avec invalidité au sens de l'art. 26^{bis} al. 1 RAI est également inférieur d'au moins 5% aux valeurs médianes usuelles dans la branche selon l'ESS (art. 26 al. 3 lit. a RAI) ou lorsque l'assuré exerçait une activité lucrative indépendante (art. 26 al. 3 lit. b RAI)⁴⁶⁵.

ii. Dans les autres assurances sociales

[314] La nouvelle méthode de parallélisation n'a pas été réglementée dans la LPGA ou l'OPGA ; la LAA ou la LAM ne comporte pas de renvoi, même par analogie, à l'art. 26 al. 2 RAI. Comme pour

(n. 20 ss ad art. 23 LPP); MOSER-SZELESS (nbp 8) n. 8 ad art. 16 LPGA. Sur la prévoyance professionnelle étendue, cf. MOSER-SZELESS (nbp 8), n. 10 ad art. 8 LPGA.

⁴⁶¹ Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), Commentaire de l'art. 26 al. 2 RAI, p. 47 s.

⁴⁶² Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), Commentaire de l'art. 26 al. 2 RAI, p. 48.

⁴⁶³ Ch. 3308 CIRAI.

⁴⁶⁴ Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), Commentaire de l'art. 26 al. 2 RAI, p. 48 ; ch. 3310 CIRAI ; GERBER (nbp 26), n. 109 ad art. 28a.

⁴⁶⁵ Cf. pour le détail le Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), Commentaire de l'art. 26 al. 3 lit. a et b RAI, p. 48 s.

la détermination du revenu avec invalidité, l'art. 26 al. 2 RAI ne s'applique qu'au seul domaine de l'assurance-invalidité et non aux autres domaines des assurances sociales.

[315] Nous sommes désormais confrontés à deux notions de parallélisme et deux calculs de parallélisation différents.

d. Dispositions transitoires

[316] Les nouvelles dispositions réglementaires relatives à l'évaluation du taux d'invalidité ne s'appliquent tout d'abord qu'aux nouvelles rentes. Pour les rentes en cours, elles ne sont valables que si les conditions énoncées dans les dispositions transitoires de la LAI sont remplies⁴⁶⁶.

[317] Les dispositions de la LAI et celles du RAI dans leur version entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022 s'appliquent à toutes les rentes qui prennent naissance à partir du 1^{er} janvier 2022⁴⁶⁷. Si la décision concernant un premier octroi de rente est rendue après le 1^{er} janvier 2022, mais porte sur un droit qui a pris naissance avant cette date, ce sont les dispositions de la LAI et celles du RAI dans leur version valable jusqu'au 31 décembre 2021 qui s'appliquent⁴⁶⁸.

[318] S'agissant des cas de premier octroi de rente échelonnée ou limitée dans le temps et les cas de révision :

- Si la modification déterminante s'est produite avant le 1^{er} janvier 2022, les dispositions de la LAI et celles du RAI dans leur version valable jusqu'au 31 décembre 2021 s'appliquent ;
- Si la modification déterminante s'est produite après le 31 décembre 2021, les dispositions de la LAI et celles du RAI dans leur version entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2022 s'appliquent⁴⁶⁹ ;
- S'il s'agit d'une personne assurée âgée d'au moins 55 ans au 1^{er} janvier 2022, les dispositions de la LAI et celles du RAI dans leur version valable jusqu'au 31 décembre 2021 s'appliquent jusqu'à l'extinction ou la suppression du droit à la rente⁴⁷⁰. Les rentes en cours de ces personnes assurées sont transférées dans le nouveau système de rentes linéaire (art. 28b LAI), pour autant que les conditions posées à l'art. 17 al. 1 LPGa soient remplies⁴⁷¹.

[319] La date de la modification déterminante est déterminée selon l'art. 88a RAI.

8. Développement actuel

[320] Nous ne pouvons faire l'impasse sur les récents développements et critiques de l'évaluation du revenu d'invalidé. Afin de pouvoir comprendre l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_256/2021 du

⁴⁶⁶ Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), Commentaire des dispositions transitoires pour l'évaluation du taux d'invalidité, p. 69 s ; cf. également l'annexe IV à la CIRAI.

⁴⁶⁷ Ch. 9100 CIRAI.

⁴⁶⁸ Ch. 9101 CIRAI.

⁴⁶⁹ Ch. 9102 CIRAI.

⁴⁷⁰ Ch. 9103 CIRAI.

⁴⁷¹ Ch. 9200 ss CIRAI.

9 mars 2022, publié aux ATF 148 V 174, il est nécessaire de reprendre chronologiquement les dernières contributions de la doctrine discutées par les juges fédéraux.

a. « Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung »

[321] Dans l'ouvrage « Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung », PHILIPP EGLI/MARTINA FILIPPO/THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER ont examiné la notion du marché de travail équilibré. Selon eux, il est problématique d'assimiler le marché du travail équilibré à un marché du travail fictif sur lequel chacun peut trouver un emploi correspondant à ses capacités psychiques et physiques ainsi qu'à sa formation. En effet, la méthode légale d'évaluation individuelle et concrète de l'invalidité selon les art. 16 LPGA et 28a LAI est ainsi contournée et remplacée par une considération théorique et abstraite : dans l'assurance-invalidité, on ne peut toutefois pas faire abstraction de la situation personnelle des personnes assurées sans que l'exigibilité ne devienne une contrainte⁴⁷².

[322] Le fait de se baser sur une capacité de travail fictive a pour conséquence que l'absence ou la difficulté d'insertion et d'employabilité des personnes handicapées sur le marché réel du travail se répercute uniquement au détriment des personnes handicapées. Pour les personnes concernées, cela signifie en fin de compte moins « la réadaptation prime la rente » que « ni la réadaptation ni la rente ». Une alternative serait de promouvoir efficacement l'inclusion des personnes handicapées dans le monde du travail – et donc, en fin de compte, de décharger financièrement l'assurance-invalidité. Si, par exemple, le marché du travail équilibré se ferme de plus en plus aux personnes handicapées non qualifiées et qualifiées, la rente ne peut leur être refusée, conformément au principe « la réadaptation prime la rente », que si l'accès au marché du travail leur a été préalablement rouvert⁴⁷³.

[323] Quant à l'utilisation des données de l'ESS, les auteurs estiment que le Tribunal fédéral applique jusqu'à présent le principe « aussi concrètement que possible » pour le revenu de valide alors qu'il évalue généralement le revenu d'invalide de manière très abstraite en se basant sur des statistiques salariales hautement agrégées, presque fictives : selon la jurisprudence, le recours aux statistiques salariales est certes l'« *ultima ratio* », mais dans le quotidien de l'administration et des tribunaux, il s'agit plutôt de la « *summa ratio* ». Cette différence de méthode dans l'évaluation des revenus de valide et d'invalide entre en tension fondamentale avec le principe de comparer ce qui est comparable (« égal à ce qui est égal »). Le Tribunal fédéral reconnaît certes des facteurs de correction tels que le parallélisme des revenus ou l'abattement sur le salaire statistique. Mais ces facteurs de correction ne sont en général ni validés empiriquement ni aptes à éliminer complètement les différences méthodologiques⁴⁷⁴.

[324] S'agissant de l'abattement, en lieu et place d'une procédure régulière, du moins dans les grandes lignes, on assiste à un « libre exercice du pouvoir d'appréciation ». Dans le but d'appliquer le droit de manière uniforme, il en résulte que soit il faut rechercher dans la pratique, au prix d'efforts considérables, les cas les plus similaires possibles, soit que le taux concret de

⁴⁷² EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 72, p. 34.

⁴⁷³ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 74, p. 35.

⁴⁷⁴ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 304, p. 118.

l'abattement est finalement estimé plus ou moins « à l'instinct » et justifié ensuite par des décisions individuelles appropriées que l'on peut trouver pour presque chaque caractéristique. Autant l'abattement sur les salaires statistiques est un instrument de correction fondamental dans la pratique, autant son utilisation pratique est opaque et peu cohérente⁴⁷⁵.

[325] L'une des critiques régulièrement formulées à l'encontre de l'ESS est le fait que l'on se base sur des valeurs moyennes qui peuvent également reposer sur des profils de poste inappropriés. Il s'agit d'activités dont l'exercice n'est plus possible ou raisonnablement exigible de la part de la personne assurée après la survenance de l'invalidité, par exemple des travaux physiquement lourds. Etant donné qu'il existe une perte plus ou moins importante des possibilités de gain en fonction des limitations fonctionnelles retenues sur le plan médical, il serait en soi évident de recourir à des profils de poste ou à des activités différents selon les limitations fonctionnelles et à des données salariales différentes pour évaluer l'invalidité⁴⁷⁶.

[326] Il faut en premier lieu ajuster les salaires ESS utilisés pour l'évaluation de l'invalidité de manière à ce que les revenus des emplois inappropriés soient éliminés et que l'évaluation du revenu d'invalidé se base uniquement sur des salaires d'activités qui entrent effectivement en ligne de compte pour la personne assurée et qui peuvent être raisonnablement exigées d'elle. Cela permettrait d'une part de respecter l'idée originelle de l'abattement. D'autre part, une correction des bases statistiques permettrait d'alléger considérablement les procédures, car il ne serait plus nécessaire de procéder à un examen complet de l'abattement pour ces constellations. Cela permettrait également d'éviter les difficultés liées à l'exercice d'un pouvoir d'appréciation équitable et prévisible dans les cas concrets⁴⁷⁷.

[327] Il faut également veiller *de lege lata* à ce que les revenus des invalides soient fixés en fonction de la réalité. Les personnes qui gagnent mal leur vie sont sinon « doublement pénalisées » : par des revenus réels inférieurs à la moyenne et par des revenus fictifs d'invalidé irréalistes⁴⁷⁸.

[328] Les auteurs proposent également différentes alternatives à l'actuelle pratique de l'ESS⁴⁷⁹.

b. Expertise du bureau BASS

[329] Dans la publication « Nutzung Tabellenmedianlöhne LSE zur Bestimmung der Vergleichslöhne bei der IV-Rentenbemessung », JÜRIG GUGGISBERG/MARKUS SCHÄRRER/CÉLINE GERBER/SEVERIN BISCHOF du Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien BASS AG se sont intéressés aux statistiques et aux chiffres liés aux comparaisons et aux analyses salariales.

[330] Selon les auteurs, certains groupes de personnes n'ont guère de chances réelles de pouvoir effectivement atteindre un certain salaire médian de référence. Les informations nécessaires à une détermination et à une fixation plus précises du salaire de référence et mieux adaptées à l'individu sont en principe disponibles dans l'ESS et pourraient être utilisées à cet effet. En outre, la problématique du salaire médian est encore compliquée par le fait que la nomenclature de la CIP, qui fournit la base de la classification des professions exercées par niveau de compétences,

⁴⁷⁵ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 692 s., p. 238.

⁴⁷⁶ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 711, p. 246 s.

⁴⁷⁷ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 716, p. 249.

⁴⁷⁸ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 745, p. 263.

⁴⁷⁹ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 757 ss, p. 273 ss et n. 782 ss, p. 285 ss.

ne contient aucune information sur les exigences physiques requises pour une activité donnée et sur la question de savoir si une personne souffrant de certains problèmes de santé serait apte à occuper un tel poste. Il existe au moins des indications selon lesquelles, pour les emplois classés au niveau de compétences 1 ou 2, le niveau de rémunération est plus élevé pour les emplois physiquement exigeants que pour ceux qui le sont moins⁴⁸⁰.

[331] Une des critiques est que, pour les personnes qui ont un faible niveau de formation et qui ne peuvent plus effectuer que des travaux physiques légers, il semble peu pertinent de se baser sur le niveau de compétences 1, cette catégorie ne comprenant en soi que des professions avec des activités simples de nature physique ou artisanale. Les professions comportant des activités physiques plutôt astreignantes devraient, premièrement, dominer en termes de volume et, deuxièmement, être mieux rémunérées que les activités physiques un peu moins astreignantes. Cela se traduit par un salaire médian relativement élevé, qui correspond donc davantage aux salaires des activités physiques plutôt pénibles qu'à ceux des activités moins pénibles. Les auteurs ajoutent qu'il existe de premiers indices en ce sens mais qu'il n'a pas été possible de déterminer ou de vérifier exactement cette supposition ou cette hypothèse. Ils proposent de vérifier si cela serait possible avec une autre classification des professions, qui reposerait également sur la classification CITP-08. Pour ce faire, il faudrait déterminer si, sur la base de la classification très différenciée à 4 chiffres de la CITP-08, il serait possible d'attribuer des professions à certains groupes de cas de personnes présentant des restrictions spécifiques liées à la santé⁴⁸¹.

c. Groupe de travail « Tabellenlöhne LSE »

[332] Sous la direction de la Professeure GABRIELA RIEMER-KAFKA, un groupe de travail composé de praticiens et de scientifiques a analysé le problème relatif aux bases (statistiques salariales) utilisées pour évaluer le degré d'invalidité dans l'assurance-invalidité⁴⁸².

[333] Compte tenu du fait que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque les conditions déterminantes sont remplies, il convient de se baser en premier lieu sur les salaires effectivement perçus, il semble en fait contradictoire de se baser, lors de l'application de barèmes de salaires, sur des chiffres aussi généralisés que possible et proches d'une fiction, et de ne pas tenir compte, dans une large mesure, des possibilités effectivement réalistes de la personne assurée sur un marché du travail équilibré, notamment des salaires inférieurs pouvant généralement être obtenus. Ainsi, le tableau TA1_tirage_skill_level, généralement utilisé, ne fait la distinction qu'entre le sexe et le niveau de compétences 1 à 4⁴⁸³.

[334] Le Tribunal fédéral a estimé dans un arrêt – il s'agissait en l'occurrence de la difficulté d'exploiter la capacité de travail résiduelle en raison de troubles psychiques – qu'il n'est pas justifié d'accorder un abattement sur le salaire statistique, allant au-delà des critères mentionnés dans l'ATF 126 V 75, au motif que l'assuré ne peut pas atteindre la valeur centrale avec ses limita-

⁴⁸⁰ JÜRIG GUGGISBERG/MARKUS SCHÄRRER/CÉLINE GERBER/SEVERIN BISCHOF, « Nutzung Tabellenmedianlöhne LSE zur Bestimmung der Vergleichslöhne bei der IV-Rentenbemessung », expertise du Büro BASS du 8 janvier 2021, p. 35 et 36.

⁴⁸¹ GUGGISBERG/SCHÄRRER/GERBER/BISCHOF (nbp 480), p. 38.

⁴⁸² GABRIELA RIEMER-KAFKA et al. (nbp 111).

⁴⁸³ RIEMER-KAFKA et al. (nbp 111), ch. 30.

tions⁴⁸⁴. En effet, l'abstraction – des circonstances concrètes du cas d'espèce – est inhérente à toute application de valeurs statistiques. Cette constatation va dans le sens d'une pratique d'application restrictive avec un catalogue de critères exhaustif, bien que les chances d'exploiter la capacité de travail résiduelle en cas de troubles psychiques soient plus difficiles, même pour des activités auxiliaires légères – même si cela n'est pas prouvé statistiquement – et ce, malgré leur prise en compte dès le profil d'exigibilité⁴⁸⁵.

[335] Une des propositions évoquées est l'élaboration de nouvelles grilles qui tiennent compte des situations spécifiques des assurés en situation d'invalidité. Il faudrait notamment distinguer les branches ou les professions ou les niveaux de compétences 1 et 2 en fonction de la charge physique, de même que les régions, l'expérience professionnelle ou le niveau de formation. La question se pose également de savoir si les tableaux existants pourraient être affinés en tenant compte de critères supplémentaires. Une possibilité de mieux prendre en compte les facteurs de réduction du salaire des personnes atteintes dans leur santé serait de tenir compte des valeurs de quartiles de l'ESS⁴⁸⁶.

[336] Dans l'intérêt d'un traitement équitable de tous les assurés, les salaires statistiques doivent également se rapprocher le plus possible des possibilités réelles de revenu, la table T(A)1_triage_skill_level doit notamment être adaptée de manière à fournir les données adéquates, c'est-à-dire adaptées à l'atteinte à la santé, pour le calcul du degré d'invalidité. En effet, le plus grand facteur d'imprécision se situe là où les valeurs médianes – en particulier pour les assurés sans formation professionnelle et ayant une capacité de travail résiduelle exigible, pour des raisons de santé, dans le segment des travaux physiquement légers seulement – sont trop élevées par rapport aux revenus qu'ils peuvent encore raisonnablement obtenir sur le marché du travail. L'établissement d'un tel tableau « conforme à l'invalidité » doit se faire en premier lieu en excluant les activités physiquement pénibles, qui sont en outre généralement mieux rémunérées que les travaux physiquement légers du même niveau⁴⁸⁷.

[337] Si l'on ne prend en compte, lors de la détermination des salaires médians, que les activités ou les professions dont les exigences physiques sont inexistantes, légères ou tout au plus moyennement difficiles, ou si l'on exclut toutes les activités qui ne peuvent être raisonnablement exigées et qui n'entrent pas en ligne de compte, on obtient une liste d'activités qui peuvent être raisonnablement exigées d'une personne atteinte dans sa santé⁴⁸⁸. Si, sur cette base, on détermine les salaires pouvant être réalisés en Suisse ou si on calcule à partir de là un salaire médian, on obtient un tableau avec des données salariales plus proches de la réalité pour les assurés sans formation ne pouvant travailler que dans des activités légères. Cette étape permet d'éviter que les valeurs médianes ne contiennent des salaires pour des activités qui, d'une part, ne sont plus du tout accessibles à un assuré dont les capacités physiques sont réduites et, d'autre part, influencent la valeur médiane vers le haut en raison de salaires plus élevés⁴⁸⁹.

[338] S'agissant de l'abattement, il n'existe actuellement pas de directives précises – sous réserve de la déduction maximale de 25% – fixant les critères conduisant à un abattement et l'étendue

⁴⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_266/2017 du 29 mai 2018 consid. 3.4.3.

⁴⁸⁵ RIEMER-KAFKA et al. (nbp 111), ch. 30.

⁴⁸⁶ RIEMER-KAFKA et al. (nbp 111), ch. 31.

⁴⁸⁷ RIEMER-KAFKA et al. (nbp 111), ch. 41.

⁴⁸⁸ RIEMER-KAFKA et al. (nbp 111), ch. 43.

⁴⁸⁹ RIEMER-KAFKA et al. (nbp 111), ch. 45.

concrète de celle-ci, ce qui a pour conséquence que la jurisprudence du Tribunal fédéral ne peut pas être considérée comme prévisible ou cohérente. Au contraire, le Tribunal fédéral décide librement, au sens d'une question de droit, si un certain facteur est (encore) considéré comme ayant une incidence sur le salaire, ce qui a pour conséquence de limiter l'évaluation de « l'ensemble des circonstances du cas concret » par les instances inférieures chargées d'appliquer le droit. Cette situation est insatisfaisante pour les assurés à deux égards : d'une part, la transparence nécessaire fait défaut et, d'autre part, les questions d'appréciation, comme celle de l'ampleur de l'abattement, ne sont examinées par les instances supérieures qu'avec réticence ou, en tant que question juridique, uniquement sous l'angle de l'arbitraire et de l'excès de pouvoir⁴⁹⁰.

[339] Les assurés concernés sont en droit d'attendre de l'assurance sociale que le taux d'invalidité, si central pour le droit aux prestations, soit calculé sur la base de chiffres relatifs aux revenus qui reflètent au mieux et de manière réaliste les circonstances médicales, sociales et économiques. Cette exigence ne découle pas seulement de l'égalité de traitement avec les assurés dont les salaires effectivement perçus peuvent être pris en compte dans le calcul, mais aussi de la dignité des assurés concernés, qui souhaitent être pris au sérieux dans des situations lourdes sur le plan existentiel et de la santé, ou ne pas être abandonnés sur la base de modèles abstraits⁴⁹¹.

[340] Les résultats du groupe de travail « Tabellenlöhne LSE » ont été publiés dans la Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle⁴⁹². Il en ressort que les activités mentionnées dans le niveau de compétences 1 n'appartiennent pas uniquement à des branches très différentes au profil physique très varié, mais comprennent aussi des activités non physiques⁴⁹³. Afin d'isoler les activités physiquement peu ou moyennement astreignantes des activités physiquement exigeantes, il est essentiel de connaître précisément le degré de sollicitation physique des différentes activités à l'aide des profils d'exigences spécifiques à la profession. En d'autres termes, il s'agit de déterminer quelle activité sollicite quelles fonctions physiques concrètes et dans quelle mesure. A cette fin, le « Job-Matching-Tools » développé par la Schweizer Paraplegiker-Forschung a été utilisé. Cet outil permet de déterminer l'ampleur des contraintes physiques (échelle de 0 à 5) des différentes activités comprises dans le niveau de compétences 1. Les valeurs ainsi obtenues permettent de classer les différentes activités en fonction de leur degré de contrainte physique. Il est ensuite possible de réaliser, à l'aide des instruments de l'Office fédéral de la statistique (OFS), une enquête sur les salaires adaptée, plus différenciée et tenant mieux compte des limitations des assurés⁴⁹⁴.

[341] Les résultats sont deux nouveaux tableaux : le « Niveau de compétences 1 light⁴⁹⁵ » comporte les activités qualifiées de « légères » et le « Niveau de compétences 1 light-moderate⁴⁹⁶ » pour les activités « légères à moyennement lourdes ». Ces nouveaux tableaux, publiés séparément dans l'intérêt d'une différenciation et d'une adaptation supplémentaires au profil d'exigibilité (« léger » ou « léger à moyen »), ne comportent plus que des activités qui sont réellement acces-

⁴⁹⁰ RIEMER-KAFKA et al. (nbp 111), ch. 50.

⁴⁹¹ RIEMER-KAFKA et al. (nbp 111), ch. 54.

⁴⁹² GABRIELA RIEMER-KAFKA/URBAN SCHWEGLER, Der Weg zu einem invaliditätskonformen Tabellenlohn, in RSAS 6/2021, p. 287 ss.

⁴⁹³ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER (nbp 492), p. 289.

⁴⁹⁴ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER (nbp 492), p. 290.

⁴⁹⁵ « KN 1 light » dans la publication.

⁴⁹⁶ « KN 1 light-moderate » dans la publication.

sibles aux assurés concernés sur le marché du travail équilibré. Sur la base de ces activités, il a été possible à l'OFS d'établir des grilles de salaires basées sur les salaires respectifs de ces activités, c'est-à-dire en excluant tous les salaires des activités à forte pénibilité qui sont inclus dans l'actuel niveau de compétences 1 du T(A)1_tirage_skill_level⁴⁹⁷.

[342] Les auteurs ont entre autres constaté que les salaires obtenus ne font pas de distinction entre les travailleurs en bonne santé et ceux qui sont limités par leur état de santé. En outre, les tableaux « light » et « light-moderate » ont des salaires médians inférieurs à ceux du T(A)1_tirage_skill_level, en particulier pour les hommes. La différence de salaire chez les hommes entre le niveau de compétences 1 du TA1_tirage_skill_level et le « Niveau de compétences 1 light-moderate » est d'environ 5%, alors que la différence avec le « Niveau de compétences 1 light » est d'environ 16%⁴⁹⁸.

[343] Les résultats sont les suivants⁴⁹⁹ :

	Total / Ensemble de la Suisse	Femmes	Hommes
Secteur privé	Niveau de compétences 1 light (ESS 2018)	CHF 4'265	CHF 4'547
	Niveau de compétences 1 light-moderate (ESS 2018)	CHF 4'408	CHF 5'175
	TA1_tirage_skill_level, niveau de compétences 1 (ESS 2018)	CHF 4'371	CHF 5'417
Secteur privé et secteur public ensemble	Niveau de compétences 1 light (ESS 2018)	CHF 4'328	CHF 4'693
	Niveau de compétences 1 light-moderate (ESS 2018)	CHF 4'430	CHF 5'198
	T1_tirage_skill_level, niveau de compétences 1 (ESS 2018)	CHF 4'465	CHF 5'499

[344] Pour un calcul relativement précis du taux d'invalidité, les auteurs plaident en faveur de la prise en compte de tous les facteurs ayant une influence sur le revenu, que ce soit dans le cadre des tableaux eux-mêmes ou par un abattement supplémentaire⁵⁰⁰.

[345] Une différenciation par grandes régions, qui répondrait également à un besoin de la pratique, n'a pas permis d'obtenir des données statistiquement fiables, de sorte que seules les données de l'ensemble de la Suisse sont suffisamment significatives d'un point de vue statistique⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER (nbp 492), p. 293 s.

⁴⁹⁸ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER (nbp 492), p. 294.

⁴⁹⁹ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER (nbp 492), tableau en p. 294.

⁵⁰⁰ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER (nbp 492), p. 294 s.

⁵⁰¹ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER (nbp 492), p. 295.

[346] Au lieu de déduire des pourcentages fixes pour les différents facteurs susceptibles de réduire le salaire, comme le fait jusqu'à présent la pratique juridique, l'OFS a établi des tableaux particuliers se rapportant aux facteurs « régions » et « âge ». Les différences de salaire en pourcentage du salaire médian peuvent être calculées en comparant le niveau de salaire (ESS 2018) des activités entre l'ensemble de la Suisse (= 100%) et celui de la grande région concernée (p. ex. = 97%). Il en va de même pour le facteur de l'âge. Le critère « statut d'étranger/nationalité » devrait plutôt s'équilibrer dans la pratique grâce à la nouvelle pratique de la parallélisation des revenus. Enfin, les auteurs proposent l'application d'un abattement forfaitaire unique de l'ordre de 5%, pour prendre en compte l'aptitude au placement plus difficile et d'autres facteurs réduisant le salaire⁵⁰².

[347] Il faut être conscient du fait que même avec le tableau « Niveau de compétences 1 light » ou « Niveau de compétences 1 light-moderate », il ne peut s'agir en fin de compte que d'une approximation ou d'une amélioration de la pratique actuelle, car dans toutes les étapes à franchir et les questions à trancher, une certaine marge d'appréciation joue toujours un rôle – malgré la prise en compte maximale des données sûres disponibles⁵⁰³.

[348] Les auteurs concluent que, grâce aux différentes compétences professionnelles, aux données scientifiques probante et à l'interaction d'une large expérience professionnelle à tous les niveaux concernés, l'instrument développé sur une base scientifique et interdisciplinaire doit contribuer à la discussion sur les revenus déterminants pour l'invalidité et pourra peut-être même convaincre les instances chargées d'appliquer le droit et être utilisé dans la pratique dans l'intérêt d'une plus grande justice et d'un traitement équitable⁵⁰⁴.

[349] Ayant été interpellé en novembre 2021 sur la publication de GABRIELA RIEMER-KAFKA/URBAN SCHWEGLER⁵⁰⁵, le Conseil fédéral a répondu que la solution proposée se base sur le système d'évaluation du degré d'invalidité applicable jusqu'au 31 décembre 2021 ; elle ne tient ainsi pas compte du système de rente linéaire et de l'évolution de l'évaluation de l'invalidité ainsi que des nouvelles règles du règlement de l'assurance-invalidité au 1^{er} janvier 2022. En outre, une première évaluation montre que la solution proposée se concentre sur les personnes souffrant d'une limitation physique et ne tient pas compte des personnes atteintes de troubles psychiques. Or, ces dernières représentent aujourd'hui la moitié des personnes bénéficiant d'une rente. Il convient d'examiner de manière approfondie dans quelle mesure une telle solution peut être utilisée dans le cadre d'une réglementation sur l'évaluation de l'invalidité pour l'ensemble des personnes assurées, en tenant compte des bases juridiques et des répercussions sur d'autres assurances sociales. Le Conseil fédéral intégrera la proposition de solution dans les travaux prévus⁵⁰⁶.

[350] De plus, selon le Conseil fédéral, les effets des nouvelles mesures seront évalués dans le cadre du programme de recherche sur l'assurance-invalidité. Cela comprend également des clarifications approfondies sur un éventuel développement des tableaux de l'ESS. Le Conseil fédéral est prêt à prendre en compte la solution proposée par la Professeure RIEMER-KAFKA. Les travaux

⁵⁰² RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER (nbp 492), p. 295.

⁵⁰³ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER (nbp 492), p. 295.

⁵⁰⁴ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER (nbp 492), p. 295.

⁵⁰⁵ Question LOCHER BENGUEREL 21.8014 « Salaires des barèmes AI. Quand le Conseil fédéral aura-t-il examiné la possibilité d'améliorer le système ? » ; Question STUDER 21.8019 « La proposition RIEMER-KAFKA est-elle la solution aux problèmes liés aux salaires des barèmes ? ».

⁵⁰⁶ Réponse du 6 décembre 2021 du Conseil fédéral à la question STUDER 21.8019.

seront immédiatement mis en route. Pour une évaluation pertinente des effets des nouveautés du développement de l'AI, il faut toutefois disposer d'une base de données reposant au moins sur deux ans⁵⁰⁷.

d. Arrêt du Tribunal fédéral 8C_256/2021 du 9 mars 2022, publié aux ATF 148 V 174

[351] Après un rappel de la jurisprudence et des derniers développements de la doctrine, le Tribunal fédéral a, dans l'ATF 148 V 174 du 9 mars 2022, examiné l'opportunité d'un changement de jurisprudence quant à l'évaluation du revenu d'invalidé.

[352] S'agissant du marché du travail équilibré, le Tribunal fédéral rappelle qu'avec ce concept, le législateur part du principe que même les personnes atteintes dans leur santé ont accès à un emploi correspondant à leurs capacités (restantes). Même si l'éventail des offres d'emploi et de travail s'est modifié au cours des dernières décennies, notamment en raison de la désindustrialisation et des mutations structurelles, il n'est pas permis de s'écarter du concept de marché du travail équilibré prescrit par la loi en se référant à des possibilités d'emploi ou à des conditions concrètes du marché du travail. Dans cette mesure, la critique selon laquelle la notion de marché du travail équilibré a été insidieusement renforcée par la pratique administrative et judiciaire pour devenir une considération largement fictive ne peut pas constituer un motif de modification de la jurisprudence (consid. 9.1).

[353] La déduction revêt une importance primordiale en tant qu'instrument de correction lors de la fixation d'un revenu d'invalidé aussi concret que possible. Le Tribunal fédéral est et a toujours été conscient du fait que l'ESS recense des revenus effectivement réalisés par des personnes le plus souvent non handicapées⁵⁰⁸. Selon le Tribunal fédéral, l'expertise BASS n'apporte donc rien de nouveau en ce qui concerne la constatation que l'ESS contient principalement des revenus de personnes en bonne santé (consid. 9.2.2).

[354] Quant à la critique relative à la pratique des tribunaux, notamment en matière d'abattement, jugée comme incohérente, notre Haute Cour rappelle que le taux de l'abattement indiqué dans le cas concret constitue une question d'appréciation et ne peut être corrigé en dernière instance qu'en cas d'excès positif ou négatif de son pouvoir d'appréciation ou en abusant de celui-ci. Ainsi, dans la mesure où la jurisprudence du Tribunal fédéral ne permet pas de déduire quelle déduction est appropriée pour quelles caractéristiques dans un cas concret, elle démontre simplement – mais toujours – si une certaine déduction constitue ou non une erreur de droit dans l'exercice du pouvoir d'appréciation (consid. 9.2.2).

[355] Les possibilités de déduction sur le salaire statistique et de parallélisation constituent des instruments de correction pour une prise en compte adaptée au cas individuel par rapport à une prise en compte standardisée. Le Tribunal fédéral conclut qu'il n'y a pas de motifs sérieux et objectifs pour modifier la jurisprudence relative au revenu d'invalidé déterminé sur la base de données statistiques (consid. 9.2.3).

[356] Selon notre Haute Cour, en l'état actuel des choses, on ne peut pas partir du principe que le fait de se baser sur les valeurs médianes corrigées des nouveaux tableaux (« Niveau de com-

⁵⁰⁷ Réponse du 6 décembre 2021 du Conseil fédéral à la question LOCHER BENGUEREL 21.8014.

⁵⁰⁸ ATF 139 V 592 consid. 7.4.

pétences 1 light » et « Niveau de compétences 1 light-moderate ») au lieu de la valeur médiane actuelle du tableau TA1_tirage_skill_level correspond à une meilleure compréhension du but de la loi, à une modification des circonstances de fait ou à l'évolution des conceptions juridiques (consid. 9.2.4).

[357] En résumé, les conditions d'une modification de la jurisprudence ne sont pas remplies. Selon le Tribunal fédéral, l'examen de tableaux plus différenciés pour déterminer notamment le revenu d'invalidé sur la base de valeurs statistiques constitue un pas dans la bonne direction. Il convient de saluer le fait que, comme le mentionne l'OFAS, les relevés et les analyses de l'expertise BASS du 8 janvier 2021, de l'avis de droit du 22 janvier 2021, des conclusions de l'avis de droit du 27 janvier 2021 ainsi que de la contribution de la Prof. em. RIEMER-KAFKA et du Dr. phil. SCHWEGLER publiée dans la RSAS doivent dans ce cadre être pris en considération (consid. 9.2.5).

[358] Le Tribunal fédéral ajoute qu'une modification de la jurisprudence n'est pas non plus opportune compte tenu de la révision de la LAI et du RAI entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Même si la situation juridique concernant la détermination du revenu d'invalidé des personnes atteintes dans leur santé peut ne pas être satisfaisante en tous points, il convient de constater que la critique fondamentale formulée dans l'avis de droit du 22 janvier 2021⁵⁰⁹ et dans les conclusions de l'avis de droit du 27 janvier 2021⁵¹⁰ est essentiellement dirigée contre certaines parties de la révision de l'AI (Développement continu de l'AI). Les enquêtes et analyses correspondantes seront intégrées – tout comme celles contenues dans la contribution de la Prof. em. RIEMER-KAFKA et du Dr. phil. SCHWEGLER – dans l'examen du développement de bases de calcul spécifiquement adaptées à l'assurance-invalidité qui doit être effectué dans le cadre du Développement continu de l'AI. Le cas ayant conduit à l'ATF 148 V 174 devant être tranché selon l'ancien droit, notre Haute Cour estime qu'il n'est pas indiqué de la modifier, notamment au vu de la durée d'application limitée par la révision entrée en vigueur entre-temps.

9. Conclusion

[359] Certains diront : « *Les faits sont têtus. Il est plus facile de s'arranger avec les statistiques*⁵¹¹. »

[360] L'abstraction, c'est-à-dire la disparition des circonstances concrètes du cas particulier, est certes inhérente à toute application de valeurs statistiques⁵¹². Toutefois, les récentes études effectuées tant sur le plan juridique que scientifique arrivent à des conclusions similaires : le niveau de compétences 1 des tableaux TA1_tirage_skill_level et T1_tirage_skill_level comprend des activités non exigibles (physiquement astreignantes) augmentant le revenu médian.

[361] Nous évoquions en 2018 que DIDIER FROIDEVAUX avait émis une série de recommandations ou pistes de réflexion sur les alternatives possibles en matière d'utilisation et d'interprétation des valeurs statistiques offertes par l'ESS⁵¹³. Avec la proposition de la Professeure GABRIELA RIEMER-

⁵⁰⁹ « Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung ».

⁵¹⁰ « Fakten oder Fiktion? Die Frage des fairen Zugangs zu Invalidenleistungen. Schlussfolgerungen aus dem Rechtsgutachten « Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung » ».

⁵¹¹ Citation attribuée à MARK TWAIN.

⁵¹² ATF 142 V 178 consid. 2.5.7.

⁵¹³ IONTA (nbp 3), ch. 289 et la référence à DIDIER FROIDEVAUX, La mesure du revenu d'invalidité : une construction subjective basée sur des statistiques [ESS]? in Validen- und Invalideneinkommen, 2013, p. 78 ss.

KAFKA et de son groupe de travail, dont faisait partie DIDIER FROIDEVAUX⁵¹⁴, nous avons désormais une option – statistiquement fiable – reposant toujours sur l'ESS.

[362] Dans le cadre du Développement continu de l'AI, le Conseil fédéral a décidé de maintenir le statu quo et de s'en tenir à la pratique actuelle. Contrairement à ce que pouvait craindre le Conseil fédéral le 3 novembre 2021⁵¹⁵ (avant la publication de l'article paru dans la Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle⁵¹⁶), la méthodologie appliquée dans la solution proposée par la Professeure GABRIELA RIEMER-KAFKA ne semble pas être contraire à la notion de marché du travail équilibré et des exigences légales.

[363] Comme le mentionnait le Tribunal fédéral en 1973, s'agissant de l'art. 26 al. 1 RAI, « [l]es règles émises par l'administration doivent être conformes au droit, mais elles doivent également être exactes. Tel est le cas de celles qui ont été publiées par l'OFAS à propos des salaires moyens. Pour que les règles puissent être reconnues comme déterminantes, il suffit qu'elles s'avèrent généralement applicables sans difficulté. Des inégalités peuvent certes apparaître, mais dans des cas relativement rares ; il faut les accepter sans que cela doive entraîner la remise en question d'un système raisonnable. Sont réservés toutefois les cas où l'application de cette règle uniforme conduirait à des solutions insupportables, incompatibles avec l'ordre juridique⁵¹⁷. » Certaines dispositions découlant du Développement continu de l'AI pourraient-elles être concernées par une telle réflexion ?

[364] Nous sommes désormais à la croisée des chemins. L'évaluation du revenu d'invalide n'est plus seulement d'ordre juridique mais également politique. Comme le rappelait le Conseil fédéral, si de nouveaux tableaux doivent être créés, ils devraient être analysés et développés en tenant compte du cadre légal, des retombées financières et des conséquences sur les autres assurances sociales⁵¹⁸. Cette préoccupation des conséquences financières a également été évoquée par l'OFAS, lors de la prise de position sur le recours ayant fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 mars 2022⁵¹⁹. La question des coûts semble centrale et être un frein au développement de tableaux arrivant à des revenus médians autres que ceux ressortant du niveau de compétences 1 du TA1_tirage_skill_level. Le désendettement de l'assurance-invalidité demeure une préoccupation⁵²⁰.

[365] Selon le texte de l'art. 25 al. 3, 1^e phrase, RAI, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2022, « [s]i les revenus déterminants sont fixés sur la base de valeurs statistiques, les valeurs médianes de l'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) de l'Office fédéral de la statistique font foi. » Sauf mécompréhension de notre part des tableaux « Niveau de compétences 1 light » et « Niveau de compétences 1 light-moderate », ces tableaux utilisent les données statistiques issues de l'ESS 2018. Le texte réglementaire ne dispose pas que seules les tables TA1 et T1 de l'ESS font foi. Enfin, les tableaux « Niveau de compétences 1 light » et « Niveau de compétences 1 light-moderate » concernent l'ensemble de la Suisse et non pas de grandes régions par exemple.

⁵¹⁴ RIEMER-KAFKA et al. (nbp 111), p. 23 ; RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER (nbp 492), à la mention sous « * ».

⁵¹⁵ Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), p. 6.

⁵¹⁶ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER (nbp 492), p. 287 ss.

⁵¹⁷ RCC 1973 p. 538 consid. 2.

⁵¹⁸ Rapport explicatif (après la procédure de consultation) (nbp 433), p. 6.

⁵¹⁹ ATF 148 V 174 consid. 9.2.4.

⁵²⁰ Cf. par exemple la réponse du Conseil fédéral du 2 septembre 2020 à l'interpellation KUPRECHT 20.3504 « Désendettement de l'AI. Comment rembourser les milliards dus à l'AVS ? ».

[366] La 2^e phrase de cette disposition réglementaire précise que « *[d'autres valeurs statistiques peuvent être utilisées, pour autant que le revenu en question ne soit pas représenté dans l'ESS.]* » Bien que l'utilisation d'un tableau spécifique de l'ESS ne soit pas inscrite dans la loi ou le règlement, les assurés pourraient plaider que les valeurs statistiques des tableaux « Niveau de compétences 1 light » et « Niveau de compétences 1 light-moderate » représentent mieux le revenu d'invalide d'une personne atteinte dans sa santé, ayant une capacité de travail exigible uniquement dans des activités légères ou légères à moyennement lourdes.

[367] Dans le domaine des autres assurances sociales concernées par l'évaluation de l'invalidité, seul l'art. 16 LPGA définit les revenus à comparer. Il devrait être plus aisé de recourir aux tableaux « Niveau de compétences 1 light » et « Niveau de compétences 1 light-moderate », si leurs données sont considérées comme statistiquement fiables.

[368] S'agissant de la remarque du Conseil fédéral, reprise par le Tribunal fédéral⁵²¹, selon laquelle les nouveaux tableaux proposés par GABRIELA RIEMER-KAFKA/URBAN SCHWEGLER se concentrent sur les personnes souffrant d'une limitation physique et ne tiennent pas compte des personnes atteintes de troubles psychiques⁵²², nous pouvons la comprendre. La notion d'invalidité, au sein d'un même domaine, doit rester identique, quelle que soit l'atteinte à la santé. Dans le cas contraire, nous risquerions de stigmatiser voire discriminer certaines personnes assurées selon qu'elles sont atteintes d'un trouble somatique ou d'un trouble psychique ou mental. Cela étant, des troubles psychiques excluent-ils l'utilisation des tableaux « Niveau de compétences 1 light » et « Niveau de compétences 1 light-moderate » ? Nous serions tentés de répondre par la négative.

[369] Un autre argument plaçant en faveur de la proposition de GABRIELA RIEMER-KAFKA/URBAN SCHWEGLER est l'accès facilité aux mesures d'ordre professionnel. En effet, le seuil minimum fixé par la jurisprudence pour ouvrir le droit à une mesure de reclassement est une diminution de la capacité de gain de 20% environ⁵²³. Même s'il s'agit d'une « simple valeur indicative », la nécessité et l'étendue de ces mesures dépendent de la perte de gain à laquelle on peut s'attendre en raison des atteintes à la santé⁵²⁴.

[370] Dans l'assurance-accidents, la prise en charge des prestations pour soins et remboursement de frais une fois l'état de santé stabilisé dépend de l'octroi d'une rente, au sens de l'art. 21 LAA. En effet, un assuré présentant un degré d'invalidité donnant droit à une rente est traité différemment d'une personne assurée dont le taux d'invalidité ne donne pas droit à une rente car, dans la situation de cette dernière, le cas est certes clos, mais aucun traitement médical ne lui est plus accordé par la suite, même dans les exceptions listées à l'art. 21 LAA⁵²⁵.

[371] Selon le Conseiller fédéral ALAIN BERSET, ce sujet va maintenant être approfondi, avec les commissions, pour regarder comment faire pour améliorer la situation là où c'est nécessaire. Il est nécessaire d'avoir un recul de deux ans sous le régime du nouveau système pour voir quelles sont les données que l'on peut accumuler et pour pouvoir ensuite faire des propositions de révision. Avec les données pour les années 2022 et 2023, il sera possible d'avoir une image complète avec

⁵²¹ ATF 148 V 174 consid. 9.2.4.

⁵²² Réponse du 6 décembre 2021 du Conseil fédéral à la question STUDER 21.8019.

⁵²³ ATF 139 V 399 consid. 5.3; 130 V 488 consid. 4.2; 124 V 108 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 9C_500/2020 du 1^{er} mars 2021 consid. 2.

⁵²⁴ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 749, p. 265.

⁵²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_551/2021 du 23 mars 2022 consid. 2.3 et 3.1.2; cf. également VOLKER PRIBNOW/SARAH EICHENBERGER, in UVG Kommentar, 2018, n. 16 s. ad art. 21 UVG.

le nouveau droit et quand même essayer de tirer quelques enseignements de l'application de ces tables selon l'ancien droit⁵²⁶.

[372] Enfin, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique (CSSS-N) a décidé à l'unanimité de déposer la motion « Mo. CSSS-N. Utiliser des barèmes de salaires correspondant à l'invalidité dans le calcul du taux d'invalidité » (22.3377), qui demande de modifier la base de calcul utilisée pour déterminer le taux d'invalidité de sorte qu'elle tienne compte des possibilités de revenu réelles des personnes atteintes dans leur santé, d'ici au 31 décembre 2023⁵²⁷. Dans son intervention du 1^{er} juin 2022, le Conseiller fédéral ALAIN BERSET a précisé que les travaux fondamentaux et les approfondissements nécessaires sont déjà en cours, notamment avec la collaboration active de la personne qui a développé ces barèmes salariaux. Il a également rappelé qu'il y aura des conséquences financières, estimées à environ 100 millions de francs pour les nouvelles rentes et l'augmentation de l'effectif des rentiers, et ce rien que pour l'assurance-invalidité⁵²⁸. La motion 22.3377 a été adoptée par le Conseil national⁵²⁹.

[373] Concernant l'abattement, la situation actuelle est insatisfaisante à plus d'un titre. Rarement une révision de l'assurance-invalidité, voire d'une assurance sociale, a laissé un tel sentiment d'inachevé.

[374] Primo, dans le but d'appliquer le droit de manière uniforme, il faut rechercher dans la pratique, au prix d'efforts considérables, les cas les plus similaires possibles⁵³⁰. La présente contribution n'a pas pour objectif d'être exhaustive. Les nuances entre deux cas a priori similaires sont difficiles à appréhender, même pour le praticien le plus aguerri. La contestation d'un taux d'abattement, même bien argumentée, s'avère difficile.

[375] Secundo, selon notre conception du Développement continu de l'AI, la nouvelle manière de déterminer le revenu d'invalidé inscrite dans la RAI n'est pas applicable *mutatis mutandis* à l'assurance-accidents ou l'assurance militaire.

[376] Tertio, la parallélisation n'est pas identique selon le domaine de sécurité sociale concerné.

[377] Pour les seules suites d'un accident, la situation d'une personne assurée ayant un revenu sans invalidité inférieur aux données statistiques de la branche mais au moins équivalant à la CCT applicable et ayant une capacité de travail exigible de plus de 50% en tenant compte de limitations fonctionnelles importantes sera évaluée de manière totalement différente dans un cas dit « commun pur ». Ainsi, le taux d'invalidité sera (très) différent, selon que l'évaluation a été faite par l'assurance-invalidité ou l'assurance-accidents. Il s'agit pourtant de la même personne assurée et des mêmes séquelles découlant du même accident.

[378] Au vu de ce résultat, nous nous posons la question de savoir s'il y a eu concertation entre l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), dont dépend l'assurance-invalidité⁵³¹, et l'Office

⁵²⁶ Interpellation GERMANN HANNES 21.4522 « 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? », séance du 17 mars 2022, Conseil des Etats.

⁵²⁷ Séance du Conseil des Etats du 26 septembre 2022 relatif à la motion 22.3377, repoussant le délai – initialement fixé au 30 juin 2023 – au 31 décembre 2023.

⁵²⁸ BO 2022 N 866.

⁵²⁹ 170 pour, 0 contre, 1 abstention.

⁵³⁰ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER (nbp 76), n. 692 s., p. 238.

⁵³¹ Art. 64a LAI.

fédéral de la santé publique (OFSP), dont dépend l'assurance-accidents⁵³², ou, à l'instar de la conception du système d'APG Covid-19, s'il y a eu un échange d'informations complexe et un dialogue perfectible entre les deux offices⁵³³. Pourtant, les deux offices dépendent du même département fédéral (DFI). L'OFSP n'a pas non plus jugé pertinent de se déterminer sur le recours ayant fait l'objet de l'ATF 148 V 174 – ne se considérant pas impliqué – au grand étonnement du Tribunal fédéral (consid. 9.2.3).

[379] Ce manque de coordination entre les diverses assurances sociales est d'autant plus étrange lorsque nous relisons le Message du Conseil fédéral du 22 juin 2005 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5e révision de l'AI) concernant l'adaptation de la notion d'invalidité (art. 7 et 8 LPGA) : « [...] une restriction de la notion d'invalidité qui ne serait applicable qu'aux rentes de l'AI et non à celles des autres assurances sociales n'est pas souhaitable. D'une part, rien ne justifierait matériellement par exemple le fait d'évaluer plus sévèrement l'invalidité d'une personne atteinte d'une infirmité congénitale que celle d'une personne qui est victime d'un accident. D'autre part, il en résulterait de nouveaux problèmes de coordination entre les prestations des différents assureurs, ce qu'il faut éviter à tout prix. [...] Etant donné que la notion d'invalidité est définie de manière uniforme pour toutes les assurances sociales dans la LPGA, sa restriction doit avoir lieu dans cette loi même. [...] »⁵³⁴ » Il aurait été de bon ton de s'inspirer, pour le Développement continu de l'AI, de ces réflexions.

[380] Jusqu'à présent, il arrive régulièrement que ces deux domaines évaluent différemment un cas concret. Les invalidités survenues postérieurement au 31 décembre 2021 auront possiblement des résultats avec des différences importantes, augmentant l'incompréhension mais aussi la méfiance des assurés à l'encontre des assurances sociales. Bien que, pour l'assurance-invalidité, les accidents représentent la partie congrue des rentes octroyées par l'AI (6% tant en 2020⁵³⁵ qu'en 2021⁵³⁶), il est important de revoir rapidement la situation et d'harmoniser l'évaluation de l'invalidité. Il est désormais urgent que les deux offices fédéraux se concertent et harmonisent la détermination tant du revenu sans invalidité que celui d'invalidé, afin d'éviter des incohérences et une complexification d'une matière qui l'est déjà assez.

[381] Une poursuite des réflexions s'impose afin de rétablir la confiance du public dans un système enlisé dans le contrôle de ses coûts et qui semble parfois perdre de vue sa vocation première de protection des personnes assurées⁵³⁷.

[382] S'agissant des tableaux de l'ESS actuellement disponibles, la table T17 concerne les secteurs privé et public (Confédération, cantons, districts, communes, corporations); ces statistiques n'entrent donc pas en considération pour le revenu d'invalidé lorsque la personne assurée n'a pas accès au secteur public⁵³⁸. Il serait d'une grande utilité pratique, dans certaines situations (revenu

⁵³² Art. 104 OLAA.

⁵³³ Allocation pour perte de gain Covid-19 pour indépendants, Rapport succinct de la Commission de gestion du Conseil national du 18 février 2022, FF 2022 515, p. 5.

⁵³⁴ FF 2005 4283 s.

⁵³⁵ Statistique de l'AI 2020, Rapport annuel publié par l'OFAS le 27 mai 2021.

⁵³⁶ Statistique de l'AI 2021, Rapport annuel publié par l'OFAS le 1^{er} juin 2022.

⁵³⁷ Formule empruntée à ANNE-SYLVE DUPONT/ALINE DURUZ, Les expertises dans les assurances sociales, en particulier dans l'assurance-invalidité, in *L'expertise médicale*, 2021, p. 146.

⁵³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 773/04 du 6 février 2006 consid. 5.2; RAMA 2000 n° U 405 p. 400 consid. 3b; cf. également arrêts du Tribunal fédéral 8C_212/2018 du 13 juin 2018 consid. 4.4.2; 9C_72/2017 du 19 juillet 2017 consid. 4.2.3.

d'invalidé après réadaptation p. ex.), d'avoir des données par groupes de professions uniquement pour le secteur privé.

[383] Concernant l'art. 28 al. 4 OLAA, nous nous posons la question de savoir si cette disposition a encore sa raison d'être depuis l'introduction de la réduction de la rente d'invalidité à l'âge AVS (art. 20 al. 2^{ter} LAA), l'application cumulée de ces deux articles ressemblant plutôt à une « double peine ».

[384] Enfin, comme le rapportait Inclusion Handicap, le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU (Comité CDPH) est préoccupé par la ségrégation des personnes handicapées sur le marché du travail « protégé ». Tant que les employeurs ne créeront guère de postes adaptés et que les offres de soutien feront défaut, il ne sera pas possible de créer un marché du travail inclusif. *« L'accès au marché du travail reste une difficulté constante pour les personnes handicapées. Il est extrêmement regrettable que les employeurs ne fassent pas confiance aux personnes handicapées et qu'ils ne nous offrent pas la possibilité de démontrer nos compétences »* explique VERENA KUONEN, co-présidente d'Inclusion Handicap. Le comité demande à la Suisse de prendre des mesures pour augmenter l'emploi des personnes handicapées sur le marché du travail ouvert. Sont nécessaires des objectifs contraignants et des offres de soutien pour les employeurs et les personnes concernées⁵³⁹.

[385] Comme l'a encore confirmé le Tribunal fédéral le 9 mars 2022, la détermination du revenu d'invalidé doit se fonder en premier lieu sur la situation professionnelle et lucrative dans laquelle se trouve concrètement la personne assurée⁵⁴⁰. En offrant plus de postes de travail aux personnes atteintes dans leur santé ou, plus simplement, en réduisant les réticences à engager une telle main-d'œuvre, le recours aux données de l'ESS serait moins problématique et les personnes assurées seraient estimées à leur juste valeur.

DAVID IONTA, Titulaire du CAS en droit de la responsabilité civile et des assurances ainsi que des brevets fédéraux en assurances privées et en assurances sociales. David Ionta travaille depuis plus de 30 ans dans le monde des assurances privées et sociales. Il est également créateur et administrateur du site internet « <https://assurances-sociales.info> ».

L'auteur remercie ici Mme Gaëlle Barman Ionta, titulaire du brevet d'avocat, pour sa relecture attentive ainsi que pour ses précieuses suggestions.

⁵³⁹ Communiqué de presse d'Inclusion Handicap du 31 mars 2022, « Convention relative aux droits des personnes handicapées : Le Comité de l'ONU donne une mauvaise note à la Suisse ».

⁵⁴⁰ ATF 148 V 174 consid. 6.2 et 9.2.1.