

par email

sekretariat.iv@bsv.admin.ch

Rodersdorf, 23 août 2017

Procédures de consultation: Modification du règlement sur l'assurance-invalidité – l'invalidité pour les assurés exerçant une activité lucrative à temps partiel (methode mixte)

Monsieur le Conseiller fédéral,
Madame, Monsieur,

La Société suisse de droit de la responsabilité civile et des assurances (SDRCA) a l'avantage de prendre position sur la révision du règlement sur l'assurance-invalidité, mise en consultation le 17 mai 2017, en lien avec l'évaluation de l'invalidité des assurés travaillant à temps partiel (méthode mixte).

Après quelques remarques sur le principe de la révision (A), nous commenterons dans un premier temps, par souci de cohérence de la réflexion, la révision proposée pour l'art. 27^{bis} RAI (B), avant de nous prononcer sur la redéfinition des travaux habituels proposée par la révision de l'art. 27 RAI (C).

A. Sur le principe de la révision

La SDRCA salue, quant au principe, l'intervention du Conseil fédéral et sa volonté de trouver une solution, par voie réglementaire, aux problèmes posés par la méthode utilisée pour évaluer l'invalidité des personnes travaillant à temps partiel.

Pour rappel, la présente révision s'inscrit dans les suites de l'arrêt rendu le 2 février 2016 par la Cour européenne des droits de l'Homme dans une affaire Di Trizio contre la Suisse. Au terme de cette affaire, la Suisse avait été condamnée pour violation des art. 8 et 14 CEDH, en raison de l'utilisation de la méthode mixte dans le contexte particulier de la fixation du droit à une rente AI d'une femme qui, devenue mère de jumeaux en cours d'instruction de son dossier,

avait déclaré qu'après la naissance de ses enfants, elle n'aurait, sans l'invalidité, plus travaillé qu'à temps partiel. Cette déclaration avait conduit à l'octroi d'une rente partielle pour la période antérieure à la naissance de ses enfants, et à la suppression de cette rente après cet événement, en raison de l'application de la méthode mixte à compter de ce moment-là¹. Cette solution a été jugée discriminatoire par les juges strasbourgeois, d'autant plus qu'il ressortait des statistiques à disposition que la méthode mixte était appliquée aux femmes dans 98 % des cas².

A la suite de cet arrêt, l'OFAS a précisé, dans une lettre-circulaire³, que jusqu'à l'adoption d'une réglementation générale et abstraite, la méthode mixte restait applicable, sauf dans les situations correspondant en tous points à l'état de fait ayant donné lieu à l'arrêt strasbourgeois, à savoir les cas dans lesquels une personne⁴ bénéficie d'une rente de l'assurance-invalidité avant la naissance de ses enfants. Dans un tel cas, il n'est désormais plus possible de réviser le droit de la personne assurée simplement parce qu'elle a accueilli un enfant dans son foyer, respectivement de changer, pour les mêmes raisons, le mode d'évaluation de son invalidité en cours d'instruction de son dossier. Le Tribunal fédéral a confirmé cette réglementation transitoire dans plusieurs jurisprudences ultérieures⁵, en particulier dans le nouvel arrêt⁶ rendu au sujet de Mme Di Trizio après que celle-ci a demandé la révision de l'arrêt précédent⁷, désavoué par les juges strasbourgeois.

L'affaire Di Trizio contre la Suisse a réactualisé les critiques émises à l'encontre de la méthode mixte, d'ores et déjà connues du Conseil fédéral, et a rendu indispensable une intervention politique afin d'éviter qu'une méthode mixte conforme à la CEDH ne soit élaborée qu'au

¹ Cf. arrêt *Di Trizio c. la Suisse* (Requête n° 7186/09). L'arrêt est définitif depuis le 4 juillet 2016, la Grande Chambre ayant rejeté la demande de la Suisse tendant à un nouvel examen de la cause. Il a été abondamment commenté par la doctrine. Cf. notamment PERRENOUD/BURGAT/MATTHEY L'affaire Di Trizio contre la Suisse : la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité et l'égalité de traitement, ou quand deux et deux ne font pas quatre..., PJA 9/2016, 1187 ss ; DUPONT ANNE-SYLVE, Arrêt Di Trizio c. Suisse : une appréciation, REAS 4/2016, 477 ss ; GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Der Entscheid « Di Trizio » : wirklich eine Rechtssache für den EGMR ?, REAS 4/2016, 480 ss ; MENGIS ANDREA, Assurances sociales : les leçons de l'arrêt « Di Trizio c. Suisse », Plaidoyer 6/34 (2016), 42 ss ; PÄRLI KURT, Gemischte Methode der Invaliditätsbemessung verstösst gegen die EMRK : Besprechung des EGMR-Urteils vom 2. Februar 2016, « Affaire di Trizio c. Suisse, Requête no. 7186/09 », RSAS 4/60 (2016), 390 ss.

² Cf. arrêt *Di Trizio c. la Suisse* (Requête n° 7186/09), N 88 à 90. Rapport du Conseil fédéral « Assurance-invalidité : évaluation du taux d'invalidité des personnes travaillant à temps partiel », du 1^{er} juillet 2015, 14. Cf. également OFAS, Rapport explicatif sur la modification du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI). Evaluation de l'invalidité pour les assurés exerçant une activité lucrative à temps partiel (méthode mixte), 4.

³ OFAS, Lettre-circulaire n° 355 du 31 octobre 2016 concernant l'application de la méthode mixte après l'arrêt de la CrEDH du 2 février 2016 (mise à jour le 26 mai 2017).

⁴ Bien que l'arrêt *Di Trizio c. la Suisse* concerne une femme, la solution doit à notre sens être la même dans le cas d'un homme bénéficiant d'une rente AI qui aurait réduit son taux d'activité après la naissance d'un enfant.

⁵ Cf. surtout TF, arrêt 9C_525/2016 du 15 mars 2017.

⁶ ATF 143 I 50.

⁷ TF, arrêt 9C_49/2008 du 28 juillet 2008.

compte-goutte, au gré de jurisprudences du Tribunal fédéral. La révision proposée va dans ce sens, et propose une solution claire et a priori cohérente.

B. La révision de l'art. 27^{bis} RAI (nouvelle méthode mixte)

L'une des principales critiques formulées par la doctrine à l'encontre de la méthode mixte telle qu'elle est encore pratiquée aujourd'hui est ce que l'on peut qualifier de « double pénalisation » en raison de l'exercice d'une activité à temps partiel. Selon la méthode appliquée jusqu'ici, on évalue en effet séparément l'invalidité pour la part active et pour la part ménagère, le taux total de l'invalidité résultant de l'addition des taux déterminés pour chacune d'entre elles. L'évaluation de l'invalidité pour la part active obéit aux règles habituelles de la comparaison, selon l'art. 16 LPGA, des revenus de valide et d'invalides. La pénalisation du travailleur à temps partiel découle, sur ce point, de ce que l'on considère au titre de revenu de valide le revenu effectivement réalisé sans l'atteinte à la santé, soit le revenu à temps partiel. Il lui est ainsi plus difficile d'établir une perte de gain – et donc une invalidité – qu'à l'assuré travaillant à temps plein. L'évaluation de l'invalidité pour la part ménagère s'opère, quant à elle, en comparant le taux d'occupation aux activités qualifiées de travaux habituels.

Le Conseil fédéral propose de corriger ce défaut en procédant désormais à l'évaluation de chacune des parts (active et ménagère) comme si elle était exercée à plein temps (en extrapolant le salaire, respectivement les heures consacrées au ménage), puis en pondérant les parts en fonction de leurs proportions respectives.

Cette manière de procéder présente l'avantage d'atténuer la pénalisation découlant de l'exercice d'une activité à temps partiel dans le cadre de l'évaluation de l'invalidité. Elle ne les efface en revanche pas totalement, dans la mesure où l'évaluation de l'incapacité dans l'exercice des travaux habituels reste principalement confiée à l'arbitraire de l'enquêteur ménager, de même que la prise en compte de l'aide que l'on peut attendre de la famille en application de l'obligation de diminuer le dommage, qui n'est pas codifiée et dont l'appréciation reste l'apanage de l'office AI. Il n'en demeure pas moins que la proposition de modification de l'art. 27^{bis} RAI représente assurément un progrès important pour une meilleure protection des assurés travaillant à temps partiel.

Du point de vue du Conseil fédéral, la modification proposée doit également permettre de mieux tenir compte des interactions entre les deux domaines d'activité. Dès lors que l'évaluation de l'invalidité se rapporte à un équivalent plein temps dans les deux cas, les conséquences des interactions seraient « automatiquement prises en compte ». Nous ne pensons pas que cela soit le cas. En effet, l'absence de prise en compte de la « double charge » représentée par l'exercice d'une activité lucrative et l'accomplissement de travaux habituels ne résulte à notre sens pas tant de l'emploi de la méthode mixte, que d'une évaluation stric-

tement médico-théorique de l'incapacité, tant professionnelle que ménagère. Ce mode d'évaluation exclut des facteurs à prendre en considération dans l'évaluation de l'invalidité toutes les limitations qui ne sont pas imputables à un diagnostic scientifiquement reconnu, en particulier le contexte bio-psycho-social dans lequel évolue la personne assurée. Dans ce sens, les deux Cours de droit social du Tribunal fédéral, réunies au sens de l'art. 23 al. 2 et 3 LTF, ont précisé que seules des situations exceptionnelles permettraient de tenir compte, dans l'évaluation globale de l'invalidité, des interactions entre les deux domaines d'activité. Les deux Cours semblent tenir pour condition préalable à toute prise en considération l'identité des charges représentées par l'activité professionnelle et l'activité ménagère. Ce n'est que lorsque les charges sont de nature identique, et partant plus lourdes à concilier, que l'on peut alors tenir compte de circonstances particulières, qui doivent être manifestes (« *offenkundig* ») et non évitables (« *unvermeidbar* »). Est citée en exemple la présence d'un conjoint malade ou d'un enfant handicapé. Ainsi, seule une surcharge « clairement objectivable » peut être prise en considération au titre des facteurs invalidants, examen qui intervient en amont de l'application de la méthode mixte, et ne devrait pas être modifié par la révision commentée.

Nous proposons que le rapport explicatif soit modifié dans ce sens.

C. La révision de l'art. 27 RAI (redéfinition des travaux habituels)

La méthode mixte est destinée à s'appliquer aux assurés qui travaillent à temps partiel et consacrent le reste de leur temps à des « travaux habituels ». Elle ne s'applique pas, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, aux assurés qui travaillent à temps partiel et consacrent le reste de leur temps à leurs loisirs ne sont pas assurés dans le cadre de l'assurance-invalidité pour cette deuxième partie de leur temps. Le taux de leur invalidité ne peut ainsi excéder le taux effectif de l'activité qu'ils auraient exercée sans l'atteinte à la santé⁸.

La révision de l'art. 27 RAI proposée par le Conseil fédéral tend à redéfinir la notion de « travaux habituels ». Sous l'empire de la réglementation actuelle, sont notamment des travaux habituels « l'activité usuelle dans le ménage, l'éducation des enfants ainsi que toute activité artistique ou d'utilité publique »⁹. Le nouvel art. 27 RAI veut les limiter aux « activités nécessaires dans le ménage » et aux « soins et [à] l'assistance apportés aux proches »¹⁰.

Les raisons de cette restriction tiennent à la volonté de limiter la couverture de l'assurance-invalidité aux activités comparables à une activité lucrative¹¹. Selon le rapport explicatif, le critère permettant de déterminer si une activité relève désormais des travaux habituels et celui

⁸ ATF 142 V 290.

⁹ L'art. 27 RAI définit encore les travaux habituels des religieux et religieuses, comme l'ensemble de l'activité à laquelle se consacre la communauté.

¹⁰ Art. 27 al. 1 P-RAI. L'art. 27 al. 2 P-RAI reprend la formulation de l'art. 27 RAI actuel concernant les travaux habituels des religieux et religieuses (cf. n. 9).

¹¹ Cf. Rapport explicatif RAI (n. 58), 9.

de savoir si cette activité peut être assurée par des tiers contre rémunération¹². Sont mentionnés à titre d'exemple les « activités nécessaires dans le ménage, par exemple la planification et l'organisation de la tenue du ménage, l'alimentation, y compris le nettoyage de la cuisine, l'entretien du logement, les achats et courses diverses, ainsi que la lessive et l'entretien des vêtements »¹³.

A ces tâches ménagères qualifiées de « traditionnelles » s'ajoutent « les soins et l'assistance aux proches », activités possédant « une pertinence économique »¹⁴. Cette précision doit être saluée, dans la mesure où la réglementation transitoire mise en place après l'arrêt Di Trizio pouvait laisser craindre que seule l'éducation d'enfants mineurs n'entre en considération¹⁵. La solution adoptée est conforme, sur ce point, à la reconnaissance croissante du travail des proches aidants. Le cercle des proches reconnus dans ce contexte est défini dans le rapport explicatif. Il s'agit en premier lieu de la personne avec laquelle la personne assurée est mariée, est liée par un partenariat enregistré ou mène de fait une vie de couple. Il s'agit ensuite également de toutes les personnes auxquelles la personne assurée, son conjoint ou son partenaire de vie est apparentée en ligne directe. Cette définition est cohérente, d'un point de vue systémique, puisqu'elle se recoupe avec le cercle des personnes dont il est légalement exclu qu'elles puissent être salariée par l'assuré au bénéfice d'une contribution d'assistance au sens des art. 42^{quater} ss LAI¹⁶.

La nouvelle définition proposée par le Conseil fédéral doit cependant être mise en lien avec la jurisprudence du Tribunal fédéral au sujet des personnes travaillant à temps partiel sans se consacrer à des travaux habituels¹⁷. Selon cette jurisprudence, ces assurés sont exclus de la couverture de l'assurance-invalidité pour la part « oisive » de leur temps. La restriction de la définition des travaux habituels augmente la part des assurés potentiellement concernés par cette jurisprudence, dont la couverture sociale est diminuée.

Il faut en outre mettre en lien la redéfinition des travaux habituels avec le nouvel art. 27^{bis} al. 4 RAI, selon lequel la part « ménagère » doit nécessairement correspondre à la différence entre le pourcentage de la part active, et un 100 %. Dans la jurisprudence dont il est question au paragraphe précédent, le Tribunal fédéral a commenté les choix de vie de l'assurée, et émis un jugement de valeur selon lequel cette personne ne pouvait pas prétendre avoir besoin de 40 % de son temps (elle travaillait à 60 %) pour tenir son ménage. Il a donc « enclassé » cette assurée dans la catégorie des personnes dont la couverture sociale devait être limitée.

Cela pose problème, pour deux raisons aux moins :

¹² Cf. Rapport explicatif RAI (n. 58), 9.

¹³ Cf. Rapport explicatif RAI (n. 58), 9.

¹⁴ Cf. Rapport explicatif RAI (n. 58), 9.

¹⁵ Cf. Lettre-circulaire n° 355 (n. 59), 2.

¹⁶ Cf. art. 42^{quinquies} LAI.

¹⁷ ATF 142 V 290.

- Premièrement, cela signifie qu'un assuré travaillant à temps partiel ne peut pas réellement être sûr de sa couverture sociale, qui est à géométrie variable selon que l'administration, respectivement le juge, estime que le temps consacré aux travaux habituels est justifié ou non. C'est un vecteur d'insécurité juridique.
- Deuxièmement, cela signifie que le temps consacré aux activités ménagères ne sera jamais considéré lorsque l'assuré divise son temps en trois, entre une activité lucrative, des travaux habituels et des loisirs. On devra donc s'attendre à ce qu'une femme au foyer, ayant consacré son temps, dans un premier temps à son travail et à sa famille, voie soudain son droit aux prestations révisé parce que, ses enfants ayant grandi, elle s'octroie une journée par semaine pour vaquer à des activités de loisir. Un tel procédé ne serait assurément pas conforme aux art. 8 et 14 CEDH, selon la même logique que celle qui a procédé à l'adoption de l'arrêt Di Trizio contre la Suisse.

A cet égard, il faut rappeler, d'une part, que dans le système du calcul des rentes de l'assurance-invalidité, il est déjà tenu compte de ce que les travailleurs à temps partiels gagnent moins (et cotisent moins), puisqu'ils touchent, en conséquence, des rentes moins élevées. La jurisprudence du Tribunal fédéral, dont l'application s'étendra si la redéfinition des travaux habituels proposée dans le cadre de la présente révision est adoptée, conduit à une double pénalisation des travailleurs à temps partiels (hommes et femmes).

Il faut rappeler ensuite que l'art. 111 de la Constitution fédérale impose à la Confédération de prendre des mesures afin d'assurer, notamment, une prévoyance suffisante en cas d'invalidité. Comme la prévoyance vieillesse et survivants, la prévoyance en cas d'invalidité doit s'appuyer sur « les trois piliers que sont l'assurance (...) invalidité fédérale, la prévoyance professionnelle et la prévoyance individuelle »¹⁸. L'assurance-invalidité représente le premier pilier du système de prévoyance en cas d'invalidité. En tant que tel, elle se doit obligatoire¹⁹ et universelle²⁰. Ses rentes doivent ainsi couvrir les besoins vitaux de l'ensemble de la population de manière appropriée²¹. On peut ainsi légitimement se poser la question de la conformité de l'exclusion partielle de la couverture d'assurance, telle que mise en place par le Tribunal fédéral, à la volonté du Constituant. Cette interrogation s'étendra aussi à la redéfinition des travaux habituels proposée par le Conseil fédéral, dans la mesure où elle entraînera une application accrue de cette jurisprudence.

Finalement, la révision dont il est ici question ne traite pas des personnes sans activité lucrative, également affiliées à l'assurance-invalidité et a priori éligibles à une rente d'invalidité. Selon l'art. 28a al. 2 LAI, leur invalidité doit être évaluée en fonction de leur incapacité à ac-

¹⁸ Art. 111 al. 1, 2^{ème} phrase Cst.

¹⁹ Art. 111 al. 2 let. a Cst.

²⁰ GREBER PIERRE-YVES/KAHIL-WOLFF BETTINA/FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE/MOLO ROMOLO, Droit Suisse de la sécurité sociale, vol. I, Berne 2010, 141 N 3.

²¹ Art. 111 al. 2 let. b Cst.

complir leurs travaux habituels. Si l'on en croit l'intitulé du nouvel art. 27 RAI, les travaux habituels ne seront, dans leur cas, pas définis de la même manière que pour les personnes travaillant à temps partiel. Le règlement ne précise en revanche pas comment la notion de travaux habituels doit être définie dans leur cas. En l'absence de définition, le risque existe que l'administration, respectivement les juges, appliquent par analogie le nouvel art. 27 RAI à l'évaluation de l'invalidité des personnes sans activité lucrative, et déterminent ainsi que ces personnes ne sont pas couvertes par l'assurance-invalidité dans la mesure où 100 % de leur temps n'est pas consacré au ménage et à l'éducation des enfants, respectivement aux soins apportés aux proches. Une telle solution serait contraire à l'art. 111 Cst.

La volonté de limiter la couverture d'assurance aux tâches ayant une valeur économique, comparable à une activité lucrative, procède d'une confusion opérée de longue date entre le champ d'application personne de l'assurance-invalidité et la méthode d'évaluation de l'invalidité. La solution proposée et les explications fournies dans le rapport explicatif accentuent encore cette confusion.

En conséquence, nous sommes d'avis que si la redéfinition des travaux habituels proposée par le Conseil fédéral est en soi compréhensible, elle doit au minimum être accompagnée des deux mesures suivantes :

- **La fixation, par voie réglementaire, de l'évaluation de l'invalidité des personnes travaillant à temps partiel et ne consacrant pas l'entier de leur temps « libre » à des travaux ménagers, en tenant compte de ce qui a été dit ci-dessus au sujet de la possible contradiction entre la solution jurisprudentielle actuelle et l'art. 111 Cst. ;**
- **La définition, par voie réglementaire, des travaux habituels pour les personnes sans activité lucrative, toujours en gardant à l'esprit la vocation universelle de l'assurance-invalidité.**

En vous remerciant pour l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre respectueuse considération.



Anne-Sylvie Dupont
Professeure aux Facultés de droit
de Neuchâtel et Genève
Vice-présidente de la SDRCA



Stephan Fuhrer
Prof. Dr. iur.

Président de la SDRCA

