

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht / Droit constitutionnel et administratif

1.19. Sozial- und Sozialversicherungsrecht / Droit social et droit des assurances sociales

(1) Invalidité : Quelle est la limite d'âge en matière d'obligation de changer d'emploi ?

Tribunal fédéral, II^{ème} Cour de droit social (ATF 9C_88/2013),
4 septembre 2013.



JEAN-MICHEL DUC
avocat à Lausanne

1. Préliminaire

Dans un jugement du 4 septembre 2013 (ATF 9C_88/2013), la II^{ème} Cour de droit social du Tribunal fédéral a refusé le droit à une rente d'invalidité à une assurée âgée de 59 ans au moment de la décision AI et atteinte dans sa santé, au motif que dans un emploi adapté elle pourrait obtenir un salaire supérieur à celui réalisé.

Cette jurisprudence stricte qui exige d'un assuré âgé invalide qu'il résilie son contrat de travail et se mette à la recherche hasardeuse d'un nouvel emploi adapté se heurte à la dureté des réalités humaine et économique.

Pour l'intéressé, la décision est ressentie comme très injuste, ce d'autant que tout laisse à penser qu'il ne retrouvera pas d'employeur. D'autre part, elle constitue une non-reconnaissance de son invalidité.

Sur le plan économique, il est douteux que cette décision permette globalement de réduire le dommage. En effet, faute de pouvoir trouver un nouvel employeur, l'assurée qui travaillait jusqu'alors à temps partiel et réalisait encore un certain salaire, devra requérir des prestations de l'assurance-chômage pour la totalité de sa perte de gain, voire de l'aide sociale. Cette décision n'est par ailleurs pas sans conséquences sur les droits aux prestations vieillesse de la prévoyance professionnelle.

2. Bref rappel des faits

2.1 Une vendeuse âgée de 57 ans souffrant d'importants problèmes de santé, en particulier d'une périarthrite et de lésions au niveau du rachis, a déposé une demande de prestations AI.

Selon un rapport médical requis par l'assurance perte de gain maladie, l'assurée aurait une capacité de travail de 50% comme vendeuse et de 100% dans une activité légère. Son employeur lui a alors proposé une activité de vendeuse à raison de 50%, ce qu'elle a accepté.

L'Office AI a refusé le droit à une rente d'invalidité. Il a estimé que l'assurée pouvait encore intéresser un autre

employeur, en particulier comme téléphoniste, si bien qu'il n'était pas possible de retenir le salaire à 50% de vendeuse comme revenu d'invalidité exigible.

2.2 Le Tribunal fédéral a rejeté le recours de l'assurée et confirmé le jugement cantonal et la décision AI.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral s'est fondé sur l'ATF 138 V 457, qui expose que la question de la mise en valeur de la capacité de travail, respectivement de la capacité résiduelle de travail, en cas d'âge avancé, s'examine au moment où l'exigibilité médicale d'une capacité de travail totale ou partielle est constatée.

En l'occurrence, en septembre 2008, soit lorsque le médecin a rédigé son rapport à l'attention de l'assureur perte de gain maladie, l'intéressée avait 57 ans et n'avait donc pas encore atteint l'âge (61 ans) à partir duquel la jurisprudence considère généralement qu'il n'existe plus de possibilité réaliste de mise en valeur de la capacité résiduelle de travail sur un marché du travail supposé équilibré.

2.3 Cette jurisprudence est critiquable à plusieurs titres. A notre avis, elle ne tient pas suffisamment compte des réalités économiques du marché de l'emploi. Contrairement à ce qu'exposent les juges, nous peinons à imaginer quel employeur consentirait à engager une personne de 59 ans (âge au moment de la décision AI qui refuse le droit à la rente et exige le changement d'emploi) gravement atteinte dans sa santé.

En réalité et dans ce contexte, l'Office AI aurait dû reconnaître l'impossibilité de mettre concrètement en valeur la capacité résiduelle de travail sur un marché équilibré du travail dans une autre profession. Dans ces circonstances, en ayant repris son activité de vendeuse auprès de son employeur, l'assurée a pleinement satisfait à son obligation qui lui incombait de réduire son dommage.

En définitive. Il nous apparaît excessif et dommageable d'exiger de l'assurée qu'elle résilie son contrat de travail à l'âge de 59 ans et se mette à la recherche hasardeuse d'un nouvel emploi adapté, alors qu'elle est gravement atteinte dans sa santé. Selon une haute vraisemblance, ses recherches seraient restées vaines ; elle aurait dû alors faire appel aux prestations de l'assurance-chômage à 100% alors qu'elle travaillait à 50%, puis à l'aide sociale.

3. Obligation de changer d'employeur

3.1. Etat de la jurisprudence

Selon la jurisprudence (ATF du 15 avril 2010 – 9C_609/2009), dans le domaine de l'assurance-invalidité, on applique de manière générale le principe selon lequel un invalide doit, avant de requérir des prestations, entreprendre de son propre chef tout ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour atténuer le mieux possible les consé-

quences de son invalidité ; c'est pourquoi un assuré n'a pas droit à une rente lorsqu'il serait en mesure, au besoin en changeant de profession, d'obtenir un revenu excluant une invalidité ouvrant le droit à une rente. La réadaptation par soi-même est un aspect de l'obligation de diminuer le dommage et prime aussi bien le droit à une rente que celui à des mesures de réadaptation. 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 concret (ATF 113 V 22). Par circonstances subjectives, il faut entendre en premier lieu l'importance de la capacité résiduelle de travail ainsi que les facteurs personnels tels que l'âge, la situation professionnelle concrète ou encore l'attachement au lieu de domicile. Parmi les circonstances objectives doivent notamment être prises en compte l'existence d'un marché du travail équilibré et la durée prévisible des rapports de travail (ATF du 5 avril 2006 I 750/04).

Ainsi doit-on pouvoir exiger de celui qui requiert des prestations qu'il prenne toutes les mesures qu'un homme raisonnable prendrait dans la même situation s'il ne pouvait attendre aucune indemnisation de tiers. Parmi les exigences qui peuvent être posées à un assuré 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 de façon définitive. Cela étant, plus la mise à contribution de l'assureur 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 nouvelle. Conformément au principe de la proportionnalité, il convient en revanche de faire preuve de prudence dans l'invocation de l'obligation de réduire le dommage lorsqu'il s'agit d'allouer ou d'adapter certaines mesures d'ordre professionnel afin de tenir compte de circonstances nouvelles relevant de l'exercice par l'assuré de ses droits fondamentaux. Demeurent réservés les cas où les dispositions prises par l'assuré doivent être considérées, au regard des circonstances concrètes, comme étant tout simplement déraisonnables ou abusives.

Dans un arrêt du 15 novembre 2012 (ATF 8C_771/2011), le Tribunal fédéral a posé que, lorsque l'activité exercée après la survenance de l'atteinte à la santé ne mettait pas pleinement en valeur la capacité de travail résiduelle de l'assuré, ce dernier pouvait être tenu de quitter son poste

de travail, voire de mettre fin à son activité indépendante au profit d'une activité plus lucrative (RCC 1983 p. 246), ou encore d'accepter un emploi le contraignant à changer de domicile, en vertu de son obligation de réduire le dommage résultant de l'invalidité (ATF 113 V 22).

L'effort à consentir par l'assuré est d'autant plus important que la diminution du dommage escompté est substantielle, l'ensemble des circonstances devant être pris en considération, conformément au principe de proportionnalité, applicable de manière générale en droit des assurances sociales (ATF 122 V 377).

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 – ce qui revient à l'assurance-chômage – 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'œuvre (VSI 1998, page 293).

3.2. Critique de la jurisprudence

3.2.1 Cette approche purement sectorielle ne prend pas suffisamment en compte les conséquences de telle ou telle décision sur le droit aux prestations des autres assurances sociales. Si elle permet de limiter le droit aux prestations de l'assurance sociale concernée au motif de l'obligation de réduire le dommage, en l'occurrence de l'assurance-invalidité, elle nécessite l'intervention de plusieurs autres assurances ou institutions pour contrebalancer les conséquences de cette décision, soit par exemple l'assurance-chômage ou l'aide sociale, qui interviendront pour couvrir la perte de gain ou assurer le minimum vital. De plus, il faut prendre en compte les conséquences de cette décision sur le droit aux prestations des autres assurances sociales et privées comme la prévoyance professionnelle ou les assurances-vie. Pris globalement, soit toutes les assurances confondues, il est fort probable que la perte économique soit supérieure à celle qui existerait sans cette décision, et sans prendre en considération le dommage direct pour l'assuré.

De notre point de vue, exiger d'un invalide âgé qu'il mette fin à son contrat de travail sans avoir un autre emploi ne prend pas véritablement en compte les conséquences dommageables d'une telle exigence sur les plans humain et économique. Atteint dans sa santé, l'assuré devra alors se résoudre à quitter le lien qui le rattache encore avec le monde du travail pour errer dans une recherche hasardeuse d'un emploi adapté. Économiquement, si cette décision conduira au refus du droit à une rente de l'assurance-invalidité pour les quelques années restantes avant l'âge de la retraite, elle fait fi du de la perte d'emploi et de la perte de gain. Par ailleurs, cette décision révèle un manque de coor-

dination avec les autres assurances sociales, en particulier avec l'assurance-chômage et l'assurance LPP.

3.2.2 En ce qui concerne la coordination entre l'assurance-invalidité et l'assurance-chômage, cette absence de coordination se fait sentir durement pour les assurés au regard des distinctions qu'il y a lieu de faire entre capacité de travail et aptitude au placement. La jurisprudence a précisé à l'ATF du 9 février 2011 (8C_245/2010) que l'assurance-invalidité et l'assurance-chômage ne sont pas des branches d'assurances complémentaires dans le sens qu'un assuré privé de capacité de gain pourrait dans tous les cas invoquer soit l'invalidité, soit le chômage. Celui qui n'a pas droit à une rente d'invalidité malgré une atteinte importante à la santé n'est pas nécessairement apte au placement du point de vue de l'assurance-chômage (ATF 109 V 25). Le droit à des prestations de chacune de ces branches d'assurance dépend de conditions spécifiques. Ainsi, l'assurance-invalidité se fonde sur la notion de capacité de travail, tandis que celle d'aptitude au placement est déterminante en ce qui concerne l'assurance-chômage. Bien que l'aptitude au placement suppose notamment la capacité de travail (cf. l'art. 15 al. 3 LACI), les notions d'aptitude au placement et de capacité de travail ne se recouvrent toutefois pas. Ainsi, les organes de l'assurance-invalidité ne doivent pas, lorsqu'ils examinent l'incapacité de travail, tenir compte de facteurs étrangers à l'invalidité comme une formation scolaire insuffisante ou un manque de connaissances linguistiques (cf. ATF 130 V 352). Dans l'assurance-chômage, en revanche, certains éléments étrangers à l'invalidité doivent être pris en considération pour pouvoir définir ce qu'est un travail convenable au sens de l'art. 16 al. 2 let. c LACI. Etant donné que des facteurs étrangers à l'invalidité n'entrent pas en ligne de compte, l'assurance-invalidité pose des exigences moins strictes que l'assurance-chômage en ce qui concerne le travail convenable. C'est pourquoi ces deux branches des assurances sociales examinent les conditions de la capacité de travail et de l'aptitude au placement selon leurs critères spécifiques, de sorte que pour une même atteinte à la santé donnée, il peut arriver que l'assurance-invalidité constate une capacité de travail entière, tandis que l'assurance-chômage nie l'aptitude au placement.

3.2.3 La jurisprudence a encore précisé que la notion théorique et abstraite du marché du travail a pour fonction de délimiter le domaine des prestations de l'assurance-invalidité de celui de l'assurance-chômage (ATF du 3 mars 2006 – C 282/05 ; ATF du 16 juillet 2003 – I 758/02). A cet égard, il faut néanmoins considérer que la question de l'aptitude au placement selon l'art. 16 al. 2 LACI peut limiter le marché du travail équilibré en ce qui concerne l'assurance-chômage, alors que les éléments qui sont à l'origine de cette limitation ne doivent pas être pris en considération par

l'assurance-invalidité. Demeurent réservés les cas où les possibilités de réintégrer le marché du travail apparaissent irréalistes et, partant, impossibles ou inexigibles.

3.3 Dans certaines circonstances, notamment s'agissant d'assurés âgés invalides, exiger qu'ils renoncent à leur ancienne activité, c'est prendre le risque trop élevé qu'ils ne retrouvent pas de travail. Il s'en suit alors une augmentation du dommage pris globalement. En effet, alors qu'ils travaillaient à temps partiel et réalisaient un certain revenu, sans emploi, l'assurance-chômage devrait alors indemniser l'entier de la perte de gain. Ainsi, l'art. 16 al. 2 lettre i LACI prévoit dans le domaine de l'assurance-chômage que n'est pas réputé convenable et, par conséquent, est exclu de l'obligation d'être accepté, tout travail qui ne convient pas à l'âge, à la situation personnelle ou à l'état de santé de l'assuré. Il s'en suit que pour un même assuré, l'assurance-invalidité peut exiger une activité qui n'est pas convenable au sens de l'assurance-chômage (cf. ATF du 23 octobre 2009 – 8C_376/2009). Dans le cadre d'une meilleure coordination entre assurances sociales et une plus grande systématique, il serait souhaitable que, d'une manière générale, l'activité exigible abstraite en cas d'invalidité réponde aux mêmes critères que le travail convenable de l'assurance-chômage.

3.4 Exiger de l'assuré âgé qu'il abandonne son ancienne activité sans avoir de nouvel emploi est également dommageable sur le droit à la rente vieillesse LPP. En effet, même si l'assuré pourra prétendre aux prestations de l'assurance-chômage, la couverture de prévoyance obligatoire des personnes au chômage ne prévoit pas de cotisations finançant l'avoir de vieillesse (RS 837.174 Ordonnance sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs qui prévoit à l'art. 1 que seuls les risques de décès et d'invalidité sont couverts). Il s'en suit que durant la période de chômage, l'avoir vieillesse LPP ne sera pas alimenté (cf. art. 14 al. 1 LPP), alors que si l'assuré est au bénéfice d'une rente AI, la perte sur l'avoir de vieillesse LPP est compensée par la règle de l'art. 24 al. 3 LPP. En effet, selon cette disposition, l'avoir de vieillesse déterminant pour le calcul de la rente d'invalidité LPP dans l'assurance obligatoire comprend non seulement l'avoir de vieillesse acquis par l'assuré à la naissance du droit à la rente d'invalidité (lettre a), mais également la somme des bonifications de vieillesse afférentes aux années futures, jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite, sans les intérêts (lettre b).

4. Assurés âgés et obligation de réduire le dommage

4.1 Lorsqu'il s'agit d'examiner dans quelle mesure un assuré peut encore exploiter économiquement sa capacité de gain résiduelle sur le marché du travail entrant en considération pour lui (art. 16 LPGA), on ne saurait subordonner

la concrétisation des possibilités de travail et des perspectives de gain à des exigences excessives (ATF du 14 juillet 2007 – 9C_612/2007).

Concernant l'activité exigible des assurés d'âge avancé malgré l'atteinte à la santé, la jurisprudence a posé qu'il y a également lieu de se fonder sur le marché du travail, mais sans exigence excessive (ATF du 29 juillet 2008 – 9C_830/2007).

L'âge avancé, qui est un facteur étranger à l'invalidité, constitue un critère dont il faut tenir compte avec les autres données personnelles et professionnelles pour déterminer si un assuré ne peut plus exercer une activité lucrative sur le marché équilibré du travail. Dans un tel cas, l'assuré a droit à une rente entière d'invalidité (ATF du 21 août 2006 – I 831/05).

4.2 S'agissant d'évaluer l'invalidité d'un assuré qui se trouve proche de l'âge donnant droit à la rente de vieillesse, il faut procéder à une analyse globale de la situation et se demander si, de manière réaliste, cet assuré est (ou était) en mesure de retrouver un emploi sur un marché équilibré du travail. Indépendamment de l'examen de la condition de l'obligation de réduire le dommage (ATF 123 V 233), cela revient à déterminer, dans le cas concret qui est soumis à l'administration ou au juge, si un employeur potentiel consentirait objectivement à engager l'assuré, compte tenu des éléments suivants :

- de son âge,
- des activités qui restent exigibles de sa part en raison d'affections physiques ou psychiques,
- de la durée prévisible des rapports de travail,
- du temps nécessaire pour dispenser un minimum de formation pour un emploi d'emblée limité dans le temps,
- de l'adaptation éventuelle du poste de travail,
- de l'absence d'expérience et
- des contributions patronales élevées à la prévoyance professionnelle en raison de son âge (cf. ATF du 14 juillet 2007 – 9C_612/2008).

A l'ATF du 4 septembre 2013 (9C_88/2013), notre Haute Cour a confirmé sa jurisprudence selon laquelle ce n'est généralement qu'à partir de 61 ans qu'il n'existe plus de possibilité réaliste de mise en valeur de la capacité résiduelle de travail sur un marché du travail supposé équilibré (ATF du 28 mai 2009 [9C_918/2008], ATF du 19 mars 2009 [9C_437/2008] et ATF du 27 mai 2005 [I 819/04]).

4.3 Toutefois, conformément à l'ATF du 27 novembre 2008 (8C_116/2008) et de manière générale, il y a lieu de retenir le gain d'invalidité réalisé pour estimer l'invalidité lorsque cumulativement :

- les rapports de travail sont stables ;
- la capacité de travail correspond à ce qui est exigible ;

- le revenu réalisé est convenable en rapport avec le travail effectué et n'est pas un salaire social.

Appliqué au cas d'espèce, il faut constater que l'assurée avait 59 ans au moment de la décision de l'Office AI et qu'elle travaillait depuis 16 ans comme vendeuse. Dans ce contexte personnel et professionnel, il paraît difficile d'exiger qu'elle abandonne son activité pour se lancer dans une recherche hasardeuse d'un emploi adapté à ses limitations fonctionnelles. Il apparaît regrettable que n'aient pas été pris en considération les longs rapports de travail stables, le fait que la capacité de travail exercée à raison de 50% correspondait au maximum de ce qui était exigible comme vendeuse, et le fait que le revenu réalisé était convenable en rapport avec le travail effectué.

5. Conclusions

En guise de conclusion, cette dernière jurisprudence laisse au justiciable un goût amer d'injustice. Comment est-ce possible d'exiger de l'assurée invalide qu'elle renonce à l'âge de 59 ans à sa profession de vendeuse sans avoir une autre place de travail ?

Le rôle principal de l'assurance-invalidité consiste à éliminer ou à atténuer au mieux les effets préjudiciables d'une atteinte à la santé sur la capacité de gain de la personne assurée en privilégiant au premier plan l'objectif de réinsertion dans la vie professionnelle active ou dans le secteur d'activité initial, et au second plan le versement de prestations en espèces (Message relatif à la 5^{ème} révision de l'AI, FF 2005 4223 n. 1.1.1.2). L'examen d'un éventuel droit à des prestations de l'assurance-invalidité doit par conséquent procéder d'une démarche investigatrice au centre de laquelle figure avant tout la valorisation économique des aptitudes résiduelles – fonctionnelles et/ou intellectuelles – de la personne assurée. Les mesures qui peuvent être exigées d'un assuré doivent être aptes à atténuer les conséquences de l'atteinte à la santé (ATF du 7 octobre 2009 – 9C_236/2009), et non à augmenter le dommage en le privant de tout revenu.

Et pourtant, un Comité national de pilotage CII a été décidé par le Conseil fédéral en 2010. Il prévoit : « *La collaboration au niveau individuel ne vise pas à mettre l'accent sur chacun des différents systèmes de sécurité, mais sur l'individu concerné. L'objectif est de lui permettre d'intégrer rapidement et durablement le monde professionnel, indépendamment de la situation initiale. Dans les cas où cet objectif n'est pas réaliste, il convient d'examiner et d'encourager d'autres objectifs visant à promouvoir ou à maintenir l'intégration sociale des personnes concernées* ». Au titre de principe, il est prévu que : « *Prévenir les effets portes tournantes et éviter le risque de désintégration sont des impératifs* ». Assurément cet impératif a échappé à l'Office AI.