

# **GE\_GERICHTE ATAS/678/2024 vom 4. September 2024**

GE Cour de justice, 2024-09-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_678\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_678_2024)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/678/2024 du 4 septembre 2024

IT: GE\_GERICHTE ATAS/678/2024 del 4 settembre 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI - RS 831.20). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

Le litige porte sur le droit de la recourante à une rente entière d'invalidité du 1er janvier au 31 décembre 2020 et à une rente de 65% (recte : à un trois quarts de rente) dès le 1er janvier 2021, sans limitation de délai, étant rappelé que l'intimé a octroyé à la recourante une rente entière du 1er janvier 2018 au 31 décembre 2019.

### **E. 3**

Le 1er janvier 2022, les modifications de la LAI du 19 juin 2020 (développement continu de l'AI ; RO 2021 705) ainsi que celles du 3 novembre 2021 du règlement

A/1495/2023 - 7/17 - sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RAI – RS 831.201 ; RO 2021 706) sont entrées en vigueur. En l'absence de disposition transitoire spéciale, ce sont les principes généraux de droit intertemporel qui prévalent, à savoir l'application du droit en vigueur lorsque les faits déterminants se sont produits (ATF 144 V 210 consid. 4.3.1 et la référence). Lors de l'examen d'une demande d'octroi de rente d'invalidité, est déterminant le moment de la naissance du droit éventuel à la rente. Si cette date est antérieure au 1er janvier 2022, la situation demeure régie par les anciennes dispositions légales et réglementaires en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021. Si elle est postérieure au 31 décembre 2021, le nouveau droit s'applique (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_60/2023 du 20 juillet 2023 consid. 2.2. et les références). Dans les cas de révision selon l'art. 17 LPGA, conformément aux principes généraux du droit intertemporel (ATF 144 V 210 consid. 4.3.1), il convient d'évaluer, selon la situation juridique en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021, si une modification déterminante est intervenue jusqu'à cette date. Si tel est le cas, les dispositions de la LAI et celles du RAI dans leur version valable jusqu'au 31 décembre 2021 sont applicables. Si la modification déterminante est intervenue après cette date, les dispositions de la LAI et du RAI dans leur version en vigueur à partir du 1er janvier 2022 sont applicables. La date pertinente de la modification est déterminée par l'art. 88a RAI (arrêts du Tribunal fédéral 8C\_55/2023 du 11 juillet 2023 consid. 2.2 ; 8C\_644/2022 du 8 février 2023 consid. 2.2.3). La réglementation légale concernant la révision et le réexamen de décisions ou de décisions sur opposition entrées en force (art. 53 LPGA) n'a pas été modifiée dans le cadre du développement de l'assurance-invalidité susmentionné, raison

pour laquelle aucune question de droit intertemporel ne se pose à cet égard (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_644/2022 du 8 février 2023 consid. 2.2.2). Si un droit à la rente a pris naissance jusqu'au 31 décembre 2021, un éventuel passage au nouveau système de rentes linéaire s'effectue, selon l'âge du bénéficiaire de rente, conformément aux let. b et c des dispositions transitoires de la LAI relatives à la modification du 19 juin 2020. Selon la let. b al. 1, les bénéficiaires de rente dont le droit à la rente a pris naissance avant l'entrée en vigueur de cette modification et qui, à l'entrée en vigueur de la modification, ont certes 30 ans révolus, mais pas encore 55 ans, conservent la quotité de la rente tant que leur taux d'invalidité ne subit pas de modification au sens de l'art. 17 al. 1 LPGA (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_499/2022 du 29 juin 2023 consid. 4.1). En l'occurrence, la décision querellée a été rendue postérieurement au 1er janvier 2022, mais le droit de la recourante à une rente d'invalidité est né le 1er août 2016 et les modifications des circonstances sont survenues avant cette date, conformément à l'art. 88a RAI (prise en compte de changements de revenus, la

A/1495/2023 - 8/17 - dernière fois pour l'année 2021). Par conséquent, les dispositions applicables seront citées dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021.

#### **E. 4.1**

Pour la période allant du 1er janvier au 31 décembre 2020, et dès le 1er janvier 2021, la recourante reproche à l'intimé d'avoir pris en compte au titre de revenu sans invalidité CHF 80'541.-, en se bornant à indexer le salaire qu'elle avait reçu de B \_\_\_\_\_. Elle estime que le revenu sans invalidité devait être fixé à CHF 97'500.-, en tenant compte du fait qu'il aurait nécessairement été réadapté en fonction de l'expérience acquise au fil des ans, étant donné qu'elle avait 32 ans lorsqu'elle avait dû interrompre son activité à plein temps pour des raisons de santé. Elle se prévaut du salaire qu'elle avait gagné pour son activité pour la C \_\_\_\_\_ et du salaire de son mari, qui a la même formation qu'elle. Selon l'intimé, il est notoire que l'évolution des salaires était particulièrement stagnante, ce qui était confirmé par les statistiques fédérales qui recensaient une évolution même nominale inférieure à 1% depuis plus de dix ans (site internet cité page 3 de la réponse). Ainsi les estimations produites par la recourante étaient mal fondées sur ce point. C'était ainsi à juste titre que l'intimé avait actualisé le revenu réel de la recourante avant l'atteinte à la santé incapacitante avec l'évolution statistique des salaires. En ce qui concernait la C \_\_\_\_\_, P \_\_\_\_\_, en nom propre, indiquait que la recourante avait un taux horaire (recte : journalier) de CHF 635.- correspondant à un salaire (recte : taux) annuel de CHF 149'860.-. La légitimité de celle-ci à se prononcer sur la question était entièrement contestée, les pouvoirs de représentation de la C \_\_\_\_\_ ayant été radiés en 2019 (selon la publication du 22 juillet 2019 au registre du commerce, qui indiquait que celle-ci ne travaillait plus pour la société depuis avril 2019). Par ailleurs, cette estimation était parfaitement irréaliste. Selon le contrat de travail de la recourante avec D \_\_\_\_\_ du 17 octobre 2016, son employeur de l'époque, qui louait ses services à la société susmentionnée, le salaire-horaire de la recourante correspondait à CHF 45.- de l'heure, avec un supplément de 3.2% et 8.33% (total 50.3/h) ce qui correspondait à un revenu annuel à plein temps de CHF 96'576.- (50.3 x 40 heures x 48 semaines).

#### **E. 4.2**

Pour fixer le revenu sans invalidité, il faut établir ce que l'assuré aurait – au degré de la vraisemblance prépondérante – réellement pu obtenir au moment déterminant s'il n'était pas

invalide (ATF 139 V 28 consid. 3.3.2 et 135 V 297 consid. 5.1). Ce revenu doit être évalué de manière aussi concrète que possible si bien qu'il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé, en tenant compte de l'évolution des circonstances au moment de la naissance du droit à la rente et des modifications susceptibles d'influencer ce droit survenues jusqu'au moment où la décision est rendue (ATF 129 V 222 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_869/2017 du 4 mai A/1495/2023 - 9/17 - 2018 consid. 2.2). Les exceptions doivent être établies avec une vraisemblance prépondérante (ATF 134 V 322 consid. 4.1 p. 325 s. avec référence). On ne peut se baser sur des valeurs empiriques et moyennes qu'en tenant compte des facteurs personnels et professionnels pertinents pour la rémunération dans le cas d'espèce (arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 97/00 du 29 août 2002 consid. 1.2 ; ULRICH MEYER, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG*, 2e éd. 2010, p. 302 et PETER OMLIN, *Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung*, 1995, p. 180). Pour la détermination du revenu sans invalidité, il faut également tenir compte des chances réelles d'avancement compromises par l'invalidité en posant la présomption que l'assuré aurait continué d'exercer son activité sans la survenance de l'invalidité. Dans tous les cas, il faut établir au degré de vraisemblance prépondérante ce qu'il aurait réellement pu obtenir s'il n'était pas invalide. Les chances d'avancement doivent être hautement vraisemblables (arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 590/02 du 20 juin 2003 consid. 3.2.3). De simples déclarations d'intention de l'assuré ne suffisent pas (arrêts du Tribunal fédéral 9C\_486/2011 du 12 octobre 2011 consid. 4.1 ; 9C\_523/2008 du 25 mai 2009 consid. 2.2). L'assuré doit apporter la preuve qu'il aurait réalisé un revenu plus élevé s'il n'était pas devenu invalide, par exemple, en établissant que l'employeur avait laissé entrevoir une perspective d'avancement ou qu'il avait donné des assurances en ce sens (arrêt U 22/97 du 23 juin 1999 consid. 5c). L'intention de progresser sur le plan professionnel pouvait également s'être manifestée par des étapes concrètes, telles que la fréquentation de cours, le début d'études ou la passation d'examen (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_550/2009 du 12 novembre 2009 consid. 4.1). De même, il fallait tenir compte d'une augmentation du salaire réel grâce à un développement des capacités professionnelles individuelles (lié en particulier un complément de formation) ou en raison d'une circonstance personnelle comme une promotion à une fonction supérieure ou un changement de profession si ces circonstances apparaissent dûment établies (arrêts du Tribunal fédéral 8C\_290/2013 du 11 mars 2014 ; 8C\_304/2013 du 11 mars 2014 consid. 6.1). Pour les jeunes assurés, il fallait éviter de poser des exigences de preuve trop strictes lorsqu'il débutait leur carrière professionnelle au moment de la survenance de l'invalidité en raison de la difficulté à apporter la preuve d'une évolution hypothétique du revenu sans invalidité (arrêt du Tribunal fédéral I 400/07 du 2 mai 2007 consid. 4). Cela étant, les indices d'une évolution professionnelle doivent en principe exister, même chez les jeunes assurés, sous forme d'éléments concrets dès la survenance de l'atteinte à la santé. Rien d'autre ne peut être déduit de l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 55/02 du 9 avril 2003, reproduit en partie dans SZS 2004 p. 67. Il n'y a pas lieu d'exiger une preuve stricte d'une formation continue suivie après l'atteinte à la santé, mais par contre certains éléments concrets au moment de l'atteinte à la santé, afin de pouvoir supposer une fin de formation ultérieure et un revenu correspondant. Il n'y a donc pas lieu de s'écarter du principe selon lequel des indices concrets d'une

A/1495/2023 - 10/17 - évolution professionnelle sont exigés pour les jeunes assurés (SVR 2010 UV n° 13 p. 51 consid. 4.2).

### **E. 4.3**

En l'espèce, l'intimé a pris en compte, pour calculer le revenu sans invalidité de la recourante en 2020 et en 2021, le dernier salaire obtenu à 100% de B\_\_\_\_\_, qui s'élevait à CHF 92'560.- en 2011 selon le compte individuel de la recourante, indexé à 2020 (CHF 98'958.-) et 2021 (CHF 99'562.-). L'intimé a admis, dans sa réponse, que la recourante avait un statut d'active, précisant que pour la période du 1er août 2016 au 31 décembre 2017, la recourante avait droit à une rente entière d'invalidité sur le taux d'invalidité de 72.89%, selon l'évaluation du 15 décembre 2022 (salaire à 100% de CHF 100'676.-, soit le salaire de CHF 80'541.- touché à 80% auprès de B\_\_\_\_\_ extrapolé à 100%). Il est justifié de retenir ce dernier salaire obtenu par la recourante en 2012 à 80%, extrapolé à 100%, car il est plus élevé que celui qu'elle gagnait en travaillant à 100% en 2011. En conséquence, il faut retenir pour déterminer le taux d'invalidité de la recourante le revenu sans invalidité de CHF 100'676.- en 2016 indexé à 2020, soit CHF 103'463.30, puis à 2021, soit CHF 104'095.-. Les pièces produites par la recourante n'établissent pas d'éléments concrets existant au moment de l'atteinte à la santé permettant de retenir un revenu plus élevé que celui qu'elle touchait en dernier lieu à 80% pour B\_\_\_\_\_. Son engagement pour cette société a duré moins de trois ans et il n'a pas été rendu vraisemblable que son employeur lui aurait laissé entrevoir une perspective d'avancement ou lui aurait donné des assurances à ce sujet. L'attestation établie par le CEO de B\_\_\_\_\_ en août 2022, selon laquelle il estimait après l'étude du dossier de la recourante (CV, expérience et salaires en vigueur dans la société) que son salaire annuel pour une activité à 100% en qualité de PR Manager aurait été, en 2022, d'au moins CHF 110'000.-, hors commissions, si elle avait pu poursuivre ses activités, ne permet pas d'en juger autrement, faute d'éléments concrets sur les perspectives professionnelles de la recourante existants au moment de son atteinte à la santé. L'appréciation du responsable RH de B\_\_\_\_\_ du 21 février 2024, selon laquelle en 2016, le PR Manager en poste avait un salaire de CHF 91'500.- et qu'au vu de l'ancienneté de la recourante ainsi que de l'inflation entre 2012 et 2016, il extrapolait un salaire de CHF 95'900.- à 100%, est moins favorable à la recourante et non probant, car cette appréciation se fonde sur le salaire du PR Manager en poste en 2016 et non sur les perspectives concrètes d'avancement de la recourante. Le fait que l'époux de la recourante, qui a la même formation qu'elle, percevait en 2019 un salaire mensuel de CHF 11'263.- ne suffit pas en juger autrement à teneur de la jurisprudence précitée.

A/1495/2023 - 11/17 - Quant à l'attestation de P\_\_\_\_\_, elle ne rend pas non plus vraisemblable une perspective probable d'avancement de la recourante au sens de la jurisprudence, son évaluation du salaire qu'aurait pu toucher la recourante n'étant pas fondée sur sa connaissance de sa situation concrète auprès de B\_\_\_\_\_.

### **E. 5.1**

La recourante reproche également à l'intimé de ne pas avoir tenu compte de la partie variable de son salaire chez B\_\_\_\_\_ (bonus) en sus de son salaire pour fixer son revenu sans invalidité, laquelle lui était contractuellement due. Selon l'intimé, si le bonus faisait partie intégrante du salaire de la recourante au montant de 5%, il était peu compréhensible que l'employeur en ait fait une rémunération variable, qui dépendait en général d'une décision discrétionnaire de l'employeur selon l'exercice ou les performances des employés.

Dans le droit du travail, une telle rémunération pouvait être admise comme faisant partie de la rémunération de base à condition d'avoir été touchée pendant très longtemps par l'employé, de sorte à créer une expectative légitime de celui-ci. Tel n'était manifestement pas le cas de la recourante qui, selon les extraits de comptes disponibles, n'avait jamais touché la somme indiquée même avant de réduire son taux d'activité.

### **E. 5.2**

Selon l'art. 1 du règlement de base de la rémunération variable de B\_\_\_\_\_, en vigueur dès 2008, la rémunération variable équivaut à une rétribution spéciale au sens de l'art. 322d CO. Selon l'art. 2 du règlement, le droit à une rémunération variable est du domaine contractuel. Il est donc individuel (al. 1). Le droit à une rémunération variable contractuel peut être supprimé si un nouveau scope de responsabilité ne le justifie plus ou si la performance est notoirement insuffisante sur au moins deux exercices consécutifs. Cette mesure prendrait effet après communication écrite et dans le respect du délai de congé (al. 2). Le versement de la rémunération variable dans sa globalité n'est jamais garanti. En effet ce versement dépend très étroitement de l'atteinte totale ou partielle des objectifs fixés annuellement tant au niveau de la performance individuelle qu'au niveau des résultats de l'entreprise (al. 3). Une rémunération variable pro rata temporis est allouée aux bénéficiaires qui ont été engagés dans le courant d'un exercice pour la période postérieure à la période d'essai pour autant que toutes les conditions soient remplies selon les termes de l'al. 3 du présent article (al. 4). Au même titre, une absence de plus d'un mois entraînera un calcul du droit à la part variable au pro rata temporis du temps de présence (al. 5). Seul le bénéficiaire sous contrat le 1er janvier de l'année suivant l'exercice considéré a droit à une rémunération variable pour l'exercice considéré. Le

A/1495/2023 - 12/17 - bénéficiaire qui ne répond pas ce critère pour quelque cause que ce soit, perd pour l'exercice en cours son droit la rémunération variable et ceci dans sa globalité (al. 6). Une mesure de licenciement exclut tout droit à une rémunération variable dans sa globalité quelle que soit la date du prononcé et la date d'effet de ce licenciement (al. 7). Selon le ch. 5 du règlement, le bénéficiaire d'un versement au titre de la rémunération variable ne peut en aucun cas en déduire qu'il a un droit définitivement acquis à des versements futurs, même si une rémunération variable lui a été accordée pendant plusieurs années consécutives et ceci pour des montants identiques (al. 2). En effet, les conditions de versement sont revues annuellement selon les termes de l'art 2 al. 3 du présent règlement (al. 3). Dans un dernier paragraphe, le règlement précise qu'il fait partie intégrante du contrat de travail. Une gratification, aux termes de l'art 322d al. 1 CO, est une rétribution spéciale que l'employeur verse en sus du salaire, par exemple une fois par année. Elle se distingue du salaire, et en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire (ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 620 et la référence citée), en ceci qu'elle dépend, au moins partiellement, du bon vouloir de l'employeur. Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu, expressément ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative. Si un versement de ce genre est convenu, l'employeur est tenu d'y procéder mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 620 ; 129 III 276 consid. 2 p. 278). La gratification est accessoire par rapport au salaire et elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Par conséquent, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. Cela concerne les revenus les plus

considérables ; dans le cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé peut déjà présenter le caractère d'un salaire variable (ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 621 ; 129 III 276 consid. 2.1 p. 279). La régularité de la prestation en question permet de déterminer si elle s'est transformée en un élément du salaire, ou si elle constitue toujours une contrepartie accessoire à celui-ci, c'est-à-dire une gratification. Ainsi, une prestation très élevée par rapport au salaire conserve le caractère de gratification lorsqu'elle n'est versée qu'une seule fois. Dès lors que la gratification atteint régulièrement un montant plus élevé que le salaire, son caractère accessoire n'est pour ainsi dire plus préservé (ATF 129 III 276 consid. 2.1 p. 279 s.).

A/1495/2023 - 13/17 - Selon la jurisprudence en matière de bonus (notamment arrêts du Tribunal fédéral 4A\_78/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4.2 et 4.3 et les références citées ; 4A\_463/2017 du 4 mai 2018 consid. 3 ; 4A\_290/2017 du 12 mars 2018 consid. 4.1), il faut distinguer les trois cas suivants : (1) le salaire - variable -, (2) la gratification à laquelle l'employé a droit et (3) la gratification à laquelle il n'a pas droit. Ce n'est que lorsque l'employé n'a pas de droit à la gratification - cas n° 3 - que la question de la requalification du bonus en salaire, en vertu du principe de l'accessoriété lorsque les salaires sont modestes ou moyens et supérieurs, se pose, ce principe étant en revanche inapplicable pour les très hauts revenus. On se trouve dans le cas n° 1 lorsqu'un montant (même désigné comme bonus ou gratification) est déterminé ou objectivement déterminable, c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de l'employeur; il doit alors être considéré comme un élément du salaire (variable), que l'employeur est tenu de verser à l'employé (art. 322 s. CO ; ATF 141 III 407 consid. 4.1 ; 136 III 313 consid. 2 p. 317 ; 129 III 276 consid. 2 p. 278 ; 109 II 447 consid. 5c p. 448). En revanche, on se trouve en présence d'une gratification - dans les cas n° 2 et 3 - lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable (ATF 141 III 407 consid. 4.1 et 4.2 p. 407 s. ; 139 III 155 consid. 3.1 p. 157 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_485/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.1.2). Il y a un droit à la gratification - cas n° 2 - lorsque, par contrat, les parties sont tombées d'accord sur le principe du versement d'un bonus et n'en ont réservé que le montant; il s'agit d'une gratification que l'employeur est tenu de verser (Anspruch auf die Gratifikation), mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 136 III 313 consid. 2 p. 317 ; 131 III 615 consid. 5.2 p. 620 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_172/2012 du 22 août 2012 consid. 8.2). De même, lorsqu'au cours des rapports contractuels, un bonus a été versé régulièrement sans réserve de son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives, il est admis qu'en vertu du principe de la confiance, il est convenu par actes concluants (tacitement), que son montant soit toujours identique ou variable : il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit (ATF 129 III 276 consid. 2.1 ; 131 III 615 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_172/2012 précité consid. 8.2), l'employeur jouissant d'une certaine liberté dans la fixation de son montant au cas où les montants étaient variables. Il convient d'ajouter que, dans les deux situations, le travailleur n'a droit, aux termes de l'art. 322d al. 2 CO, à une part proportionnelle de la gratification en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui y donne lieu que s'il en a été convenu ainsi, ce qu'il lui incombe de prouver en vertu de l'art. 8 CC.

A/1495/2023 - 14/17 - Il n'y a pas de droit à la gratification - cas n° 3 - lorsque, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus; il s'agit alors d'une gratification facultative; le bonus n'est pas convenu et l'employé n'y a pas droit, sous réserve de l'exception découlant de la nature de la gratification (principe de l'accessoriété ; cf. supra consid. 5). De même, lorsque le bonus a été versé d'année en année avec la réserve de son caractère facultatif, il n'y a en principe pas d'accord tacite : il s'agit d'une gratification qui n'est pas due. Toutefois, il a été admis par exception que, en dépit de la réserve (sur le principe et sur le montant), un engagement tacite peut se déduire du paiement répété de la gratification pendant des décennies (jahrzehntelang), lorsque l'employeur n'a jamais fait usage de la réserve émise, alors même qu'il aurait eu des motifs de l'invoquer, tels qu'une mauvaise marche des affaires ou de mauvaises prestations de certains collaborateurs lorsqu'il l'a versée : il s'agit alors d'une gratification à laquelle l'employé a droit (ATF 129 III 276 consid. 2.3 p. 280 s.). Il en va de même lorsque la réserve du caractère facultatif n'est qu'une formule vide de sens (c'est-à-dire une clause de style sans portée) et qu'en vertu du principe de la confiance, il y a lieu d'admettre que l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé de verser un bonus (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_463/2017 consid. 3.1.3.2 ; 4A\_172/2012 consid. 8.2 déjà cités).

### **E. 5.3**

Selon le contrat de travail du 19 mai 2011, la recourante était mise au bénéfice d'une rémunération variable contractuelle, qui s'élèverait au maximum à 5% de son salaire annuel de base, soit au maximum de CHF 4'500.-. Il était renvoyé sur la question au règlement spécifique de la part variable. Dans la mesure où le règlement de la société relatif à la rémunération variable prévoit expressément à son art. 5 al. 2 que le bénéficiaire d'un versement au titre de la rémunération variable ne peut en aucun cas en déduire qu'il a un droit définitivement acquis à des versements futurs, même si une rémunération variable lui a été accordée pendant plusieurs années consécutives et ceci pour des montants identiques, la recourante ne peut se prévaloir d'un droit au bonus. Il n'apparaît pas non plus que la réserve du caractère facultatif n'est qu'une formule vide de sens, car B\_\_\_\_\_ n'a versé un bonus à la recourante qu'à deux reprises sur les quatre ans qu'ont duré les rapports de travail.

### **E. 5.4**

En conséquence, c'est à juste titre que l'intimé n'a pas tenu compte d'un bonus pour fixer le revenu sans invalidité de la recourante.

### **E. 6.1**

La recourante conteste encore le fait que l'intimé a fixé son taux d'invalidité en intégrant à son revenu avec invalidité en 2020 et 2021, sa part de bénéfice dans M\_\_\_\_\_ qu'elle n'a pas touchée, car le bénéfice de la société n'était pas

A/1495/2023 - 15/17 - redistribué aux associés selon le nombre de parts, mais restait à la société afin de pouvoir investir éventuellement dans des biens l'année suivante.

### **E. 6.2**

Selon la jurisprudence relative à la délimitation entre salaire et dividende, il n'y a lieu de déroger à la répartition choisie par la société que s'il existe une disproportion manifeste entre la prestation de travail et le salaire, respectivement entre le capital propre engagé dans l'entreprise et le dividende. La conversion d'un dividende en salaire déterminant a été

admise dans un cas où un salaire exagérément bas s'ajoutait un dividende exagérément élevé en comparaison avec le capital propre engagé dans l'entreprise (ATF 141 V 634 consid. 2 et 3). Dans l'arrêt cité par l'intimé (8C\_346/2012 du 24 août 2012 consid. 4.3), le Tribunal fédéral a retenu, s'agissant d'un recourant qui était l'unique actionnaire d'une société, qu'il la contrôlait économiquement et que bien qu'il ait été en partie également employé par celle-ci, il n'était pas contraire au droit fédéral de se fonder sur la moyenne de plusieurs revenus annuels comme pour un indépendant pour déterminer ses revenus et fixer son taux d'invalidité. Dans l'arrêt 8C\_898/2010 du 13 avril 2011, également cité par l'intimé, le Tribunal fédéral a jugé qu'on ne pouvait pas se baser sur une comparaison des revenus des trois dernières années, comme c'était le cas pour les travailleurs indépendants, s'agissant du directeur d'une société dont il n'était pas associé. Selon le ch. 3319 de la Circulaire sur l'invalidité et les rentes dans l'assurance- invalidité (CIRAI), dans son état au 1er juillet 2022, pour savoir si une personne exerce une activité lucrative à titre d'indépendant ou de salarié, il ne faut pas se fonder sur la nature juridique de la relation contractuelle entre les parties. C'est la position économique qui est déterminante, autrement dit la réponse à la question de savoir si l'assuré exerce une influence décisive sur la politique commerciale et l'évolution des affaires de l'entreprise. Pour y répondre, il faut tenir compte de sa participation financière, de la composition de la direction de la société et d'autres critères comparables (arrêts du Tribunal fédéral 8C\_228/2021 du 6 octobre 2021 et 9C\_453/2014 du 17 février 2015). Les dirigeants d'une société anonyme ou d'une Sàrl doivent, en principe, être considérés comme des salariés. Toutefois, si une personne dirigeant une telle société dispose d'une influence déterminante sur celle-ci (par ex. parce qu'elle est la seule à avoir le droit de signature), il est justifié d'évaluer le taux d'invalidité par la méthode utilisée pour les indépendants (par ex. en tenant compte de la moyenne des revenus de plusieurs années ou par une comparaison pondérée des champs d'activité, arrêt du Tribunal fédéral 8C\_898/2010). On considère notamment qu'un assuré employé par une société anonyme possède un statut d'indépendant s'il dispose d'une influence déterminante sur l'entreprise en sa qualité d'actionnaire unique. Comme, de par cette position, il a en outre une influence déterminante sur la répartition des revenus entre salaire et bénéfice, on ne devrait pas dans un tel cas se fonder uniquement sur les extraits du compte

A/1495/2023 - 16/17 - individuel pour déterminer le taux d'invalidité (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_346/2012 du 24 août 2012).

### **E. 6.3**

Au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est à tort que l'intimé a pris en compte la part de bénéfice M\_\_\_\_\_ revenant à la recourante, indépendamment du fait qu'elle ne l'a pas touchée, car elle ne peut être considérée comme ayant une position économique déterminante dans cette société, puisqu'elle n'en est pas l'unique actionnaire, ni l'actionnaire majoritaire, n'en détenant que 95 parts sur 200. De plus, son salaire n'était pas exagérément bas en rapport avec un dividende exagérément élevé, ce d'autant moins qu'elle n'a pas touché de dividende pour les deux années en cause.

### **E. 7**

Le taux d'invalidité calculé avec les revenus avec et sans invalidité retenus est de 74.88% en 2020 (CHF 103'463.30 - CHF 25'984.- x 100 / CHF 103'463.30) et de 55.1% en 2021 (CHF 104'095.- CHF 46'658.- x 100 / CHF 104'095.-), ce qui ouvre à la recourante le droit à une rente entière d'invalidité dès le 1er janvier 2020 et à une demi-rente dès le 1er janvier

2021. Dans la mesure où la recourante avait 40 ans au 1er janvier 2022, la quotité éventuelle de sa rente fixée avant 2022 subsiste tant que son taux d'invalidité ne subit pas de modification au sens de l'art. 17 al. 1 LPGA, selon les let. b et c des dispositions transitoires de la LAI relatives à la modification du 19 juin 2020.

#### **E. 8**

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis partiellement et la décision du 28 mars 2023 réformée dans le sens que la recourante a droit à une rente entière d'invalidité du 1er août 2016 au 31 décembre 2017, comme admis par l'intimé et du 1er janvier au 31 décembre 2020 et à une demi-rente dès le 1er janvier 2021. La décision est pour le surplus confirmée en tant qu'elle octroyait à la recourante une rente entière du 1er janvier 2018 au 31 décembre 2019. La recourante obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de CHF 3'000.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]). Au vu du sort du recours, il y a lieu de condamner l'intimé au paiement d'un émolument de CHF 200.- (art. 69 al. 1bis LAI).

A/1495/2023 - 17/17 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.