

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1417/2008

ATAS/

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 8

du 22 juin 2009

En la cause

Monsieur B_____, domicilié à Plan-les-Ouates, CH,
représenté par CAP Compagnie d'assurance de Protection
juridique, Me Jean-Marie KIENER

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, sis rue
de Lyon 97, 1203 Genève

intimé

**Siégeant : Georges ZUFFEREY, Président suppléant; Maria GOMEZ et Luis ARIAS,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur B_____ (ci-après le recourant ou l'assuré), né en 1960, marié et père de deux enfants, a été victime d'un accident de moto en 1985, au cours duquel il s'est fracturé deux vertèbres dorsales et est resté immobilisé à l'Hôpital cantonal pendant cinq semaines.
2. En 1987, l'assuré a fondé sa propre entreprise de déménagement (X_____), spécialisée principalement dans le transport de pianos.
3. Un rapport médical du Dr L_____, médecin radiologue, daté du 15 juin 1998, fait état de « discopathies L4-L5, avec infiltration dégénérative de l'os spongieux du plateau inférieur de L4, compliquée d'une hernie discale sous-ligamentaire postérieure paramédiane gauche ne comprimant pas le sac dural et ne semblant pas entraîner de conflit radiculaire ; discopathies L5-S1 avec petite protusion discale postérieure non sténosante ».
4. Ce constat ressort également du rapport d'expertise médicale établi le 16 novembre 2004 par le Dr M_____, rhumatologue FMH, lequel y relate que son patient présente, depuis déjà plusieurs années, des épisodes de lombalgies aiguës nécessitant des arrêts de travail parfois de plusieurs mois.
5. Le rapport du Dr M_____ précité précise : « En septembre 2003, progressivement, sans facteur déclenchant identifié, il présente des lombalgies basses, ainsi que des douleurs de la fesse et de la face externe de la jambe gauche. Il se plaint alors aussi d'épisodes de fourmillements intenses irradiant diffusément dans le membre inférieur gauche jusqu'au bout des pieds. Ces douleurs sont ressenties le plus intensément lorsqu'il est en extension lombaire et l'obligent à se mettre en flexion pour les réduire ».
6. Compte tenu de la persistance de cette situation, la Dresse N_____, médecine interne FMH, a mis l'assuré en arrêt de travail à partir du 22 septembre 2003 à raison de 75 %. Ce médecin précise encore qu'il existe une nette aggravation par rapport à l'état de juin 1998.
7. Une importante hernie discale L4-L5 en conflit avec la racine L5 gauche est révélée par une IRM lombaire.
8. En novembre 2003, le Dr O_____, neurochirurgien, pose l'indication à une cure de hernie discale, laquelle est confirmée par les HUG. Il y a lieu de relever que, par crainte de cette intervention et de son éventuelle évolution, l'assuré a refusé ce traitement.
9. Suite à un traitement de physiothérapie, la capacité de travail de l'assuré a été réévaluée à 50 % en décembre 2003. Un essai de reprise à 100 % sera tenté, mais

sans succès, en raison du fait notamment d'épisodes de lâchages du membre inférieur gauche et de difficultés à ressentir la position dans laquelle il pose son pied alors qu'il transporte des charges lourdes.

10. S'exprimant sur la capacité de travail de l'assuré, dès la fin 2003, le Dr M_____, dans son rapport du 16 novembre 2004, relève : « Le patient ne peut plus et ne pourra très probablement plus effectuer de transports de pianos. Il peut par contre assister ses employés dans le transport d'objets plus légers, jusqu'à une charge maximale de 15 kg, voire 25 kg, de manière non régulière. Je pense que la capacité de travail a peu de chances de pouvoir être augmentée dans l'emploi actuel, dans la mesure où son activité professionnelle consiste essentiellement à porter des charges lourdes. Les tâches administratives n'occupent qu'une partie minoritaire de son activité. ».
11. Au sujet de l'amélioration envisageable, le Dr M_____ précise encore : « Je trouve qu'il est déjà étonnant qu'il puisse porter des charges de 25 kg et participer aux déménagements. Un traitement médical est peu susceptible de modifier l'état et la capacité du patient dans sa profession actuelle ». Déjà en novembre 2004, le Dr M_____ conclut au fait que l'assuré dispose d'une capacité de travail de 50 % dans son emploi de déménageur.
12. L'assuré a bénéficié d'une prise en charge de la ZURICH ASSURANCES, sous forme d'indemnités journalières, pour incapacité de travail.
13. L'assuré a présenté, le 23 novembre 2004, une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité.
14. Interpellée par l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : OCAI), la Dresse N_____ a précisé, le 10 décembre 2004 : « Il persiste actuellement des paresthésies importantes avec troubles de la sensibilité et troubles moteur sous forme de lâchage du membre inférieur gauche. Il n'existe actuellement pas de traitement médical spécifique, si ce n'est une restriction du port des charges de plus de 20-25 kg. »
15. La situation de santé de l'assuré s'étant progressivement péjorée, la Dresse N_____ a établi un certificat d'arrêt de travail à raison de 80 % dès le 1^{er} septembre 2006.
16. Afin de définir le degré d'invalidité, l'OCAI a mis en place une enquête pour activité professionnelle indépendante. Il ressort du rapport du 21 novembre 2006 que le revenu hypothétique sans invalidité de l'assuré qui est basé sur le chiffre d'affaires de l'entreprise et le revenu moyen de ce dernier pour les années 2000 à 2001, plus l'indexation selon l'évolution des salaires nominaux par rapport à 2000, aboutit à un revenu, pour l'année 2004, s'élevant à 20'199 fr. L'OCAI précise encore qu'il ressort que l'assuré se contentait d'un revenu modeste quand il était en

bonne santé. Il vivait grâce à son revenu et celui de son épouse. L'OCAI remarquait qu'il n'y avait pas une progression du chiffre d'affaires qui serait susceptible de prouver l'essor de son entreprise.

17. Par l'intermédiaire de son conseil, l'assuré relève qu'il était spécialisé dans le déménagement de pianos et que dès les années 1997-1998, il s'est vu contraint de renoncer au transport régulier de pianos pour les privés et au transport de coffres-forts. Son chiffre d'affaires a, dès lors, connu une chute de près de 60 %, accompagnée d'une perte de nombreux clients et nouveaux contrats. L'assuré a progressivement dû faire appel à des sous-traitants afin d'honorer certains contrats, ce qui n'a pas manqué d'avoir un impact sur le revenu dégagé de son chiffre d'affaires. Pour conclure sur ce point, l'assuré estime qu'il aurait été convenable de déterminer le revenu sans invalidité sur la base des revenus réalisés avant 1995.
18. L'assuré, qui est particulièrement volontaire, a toujours fourni de grands efforts pour maintenir son entreprise.
19. Sur la base de l'enquête économique, un rapport de réadaptation professionnelle a conclu, le 19 février 2007, à une absence d'invalidité dans le cas d'espèce.
20. Un projet de décision rejetant la demande de prestations a été notifié, par l'OCAI, le 10 avril 2007 à l'assuré.
21. L'assuré a contesté, en date du 15 mai 2007, ce projet de décision en produisant notamment un rapport établi par la Dresse N_____ qui confirmait l'incapacité de travail à raison de 80% dans l'activité habituelle de son patient.
22. Dans un rapport du 24 mai 2007, Monsieur C_____, physiothérapeute, précise : « Il ne peut plus porter de charges lourdes, qui aggravent sa symptomatologie d'hernie discale lombaire. Il ne peut pas rester statique à son bureau de manière prolongée car son problème thoracique impose une activité dynamique et un mouvement de cette région. »
23. Ces constatations sont confirmées par la Dresse N_____ dans un rapport du 31 mai 2005. Elle indique : « De son propre chef, le patient a essayé, dans sa propre entreprise, de faire essentiellement du travail administratif et de laisser à d'autres le port des charges très lourdes, c'est alors qu'est apparu le problème dorsal. En effet, après une à deux heures de travail de bureau, des douleurs dorsales apparaissent avec un blocage important à ce niveau, confirmé par le physiothérapeute qui le prend en charge régulièrement. ». Une confirmation de cette situation est établie par la Dresse N_____, en date du 4 avril 2008.
24. Le 10 mars 2008, l'OCAI a notifié une décision de refus en se basant notamment sur une enquête économique.

25. Par pli recommandé du 23 avril 2008, Monsieur B _____ a fait recours à l'encontre de cette décision en concluant principalement à l'octroi d'une demi-rente d'invalidité pour une durée indéterminée, dès le mois de septembre 2004.
26. Entendu en audience de comparution personnelle des parties le 9 octobre 2008, le recourant a tout d'abord persisté dans les conclusions de son recours et pour sa part, l'OCAI a persisté dans les conclusions du rejet dudit recours. Le recourant précise notamment qu'après avoir passé un CFC de radioélectricien, il n'a jamais exercé dans cette profession. En revanche, il a tout d'abord travaillé en qualité de déménageur de pianos auprès de la maison Y _____, avant de fonder, en 1985, sa propre entreprise.
27. A cette occasion, le recourant relève qu'en raison de sa hernie discale, qui a pour effet de paralyser sa jambe, il ne sent parfois plus où il pose le pied, ce qui occasionne des chutes. Le recourant se rend régulièrement chez le physiothérapeute en raison d'un tassement de vertèbres dont l'origine remonte à l'accident de moto de 1985.
28. En ce qui concerne la réadaptation du recourant à d'autres activités, ou l'aide au placement, l'OCAI n'a rien envisagé à cet effet. Au sujet du tassement de vertèbres, l'OCAI a défini le taux de 50 % de capacité dans l'activité habituelle et de 100 % dans une activité adaptée. En conclusion, des mesures d'aide au placement sont envisagées favorablement par l'OCAI.
29. Entendue en audience d'enquêtes, la Dresse N _____ confirme ses constatations et conclut : « Si Monsieur a une activité comme mentionné ci-dessus (pas de port de charges lourdes, fréquents changements de position), il pourrait travailler au maximum à 50, voire 60 %. Le taux d'activité possible dépend du travail proposé. En mai 2008, avec ce genre de problèmes, il en était à 50 % ».
30. Entendu en audience d'enquêtes, Monsieur C _____, physiothérapeute, relève « Les problèmes rachidiens ont pour origine à mon sens un accident de moto qui a engendré un tassement des vertèbres et des problèmes lombaires ». Au sujet de la capacité de travail de Monsieur B _____, Monsieur C _____ précise « je pense que son activité telle qu'il la pratique intégralement c'est-à-dire en portant des charges importantes limite sa capacité de travail en raison des douleurs subies. En revanche, je pense qu'une activité adaptée c'est-à-dire en portant des charges plus légères, constitue un avantage dans la mesure où il y a une mobilité permanente. »
31. Considérant, comme le fait le recourant, que l'incapacité de travail a débuté en 1995 et que les années de référence du revenu, soit les années 1993 et 1994, la perte serait de l'ordre de 43 %. En effet, les comptes de l'entreprise du recourant présentent, sous la rubrique « clients » l'évolution suivante :

-
- 1993 : 112'749.10 fr.
 - 1994 : 120'104.15 fr.
 - 1995 : 74.984.70 fr.
 - 1996 : 74'637.45 fr.
 - 1997 : 68'242.70 fr.

32. Sur quoi, la cause a été gardée à juger

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA)
3. Il convient de déterminer le droit du recourant à des prestations de l'assurance invalidité. Est notamment litigieux en l'espèce, la détermination du taux d'invalidité, en considération du calcul du revenu avec ou sans invalidité et des années de référence pour ledit calcul.
4. Selon l'art. 28 al. 1 LAI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003, l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 66 2/3 % au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50 % au moins, ou à un quart de rente s'il est invalide à 40 % au moins. L'entrée en vigueur de la 4ème révision de la LAI a modifié la teneur de l'art. 28 al. 1 LAI relatif à l'échelonnement des rentes selon le taux d'invalidité. Alors qu'une rente entière était accordée auparavant à un assuré dès que le degré d'invalidité atteignait 66 2/3 %, cette disposition prévoit désormais d'octroyer un trois-quarts de rente à un assuré présentant un degré d'invalidité d'au moins 60 % et une rente entière à celui dont le taux est égal ou supérieur à 70 %, les conditions relatives à l'octroi d'un quart ou d'une demi-rente demeurant inchangées. En revanche, les principes développés jusqu'alors par la jurisprudence en matière d'évaluation de l'invalidité conservent leur validité, que ce soit sous l'empire de la LPGA ou de la 4ème révision de la LAI (ATF 130 V 348 consid. 3.4; ATFA non

publiés du 17 mai 2005, I 7/05, consid. 2, du 6 septembre 2004, I 249/04, consid. 4).

5. Est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique ou mentale et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (art. 7 al. 1^{er} LPGA).
6. Selon la jurisprudence, la notion d'invalidité, au sens du droit des assurances sociales, est une notion économique et non médicale ; ce sont les conséquences économiques objectives de l'incapacité fonctionnelle qu'il importe d'évaluer (ATF 110 V 275 consid. 4a)
7. Chez les assurés actifs, le degré d'invalidité doit être évalué sur la base d'une comparaison des revenus. Pour cela, 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. La comparaison des revenus s'effectue, en règle ordinaire, en chiffrant aussi exactement que possible les montants de ces deux revenus et en les confrontant l'un avec l'autre, la différence permettant de calculer le taux d'invalidité (méthode générale de comparaison des revenus; ATF 130 V 348 consid. 3.4, 128 V 30 consid. 1, 104 V 136 consid. 2a et 2b; jusqu'au 31 décembre 2002: art. 28 al. 2 LAI; du 1er janvier au 31 décembre 2003: art. 1 al. 1 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA; depuis le 1er janvier 2004: art. 28 al. 2 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA). Pour procéder à la comparaison des revenus, il convient de se placer au moment de la naissance du droit à la rente; les revenus avec et sans invalidité doivent être déterminés par rapport à un même moment et les modifications de ces revenus susceptibles d'influencer le droit à la rente, survenues jusqu'au moment où la décision est rendue, doivent être prises en compte (ATF 129 V 223 consid. 4.1, 128 V 174).
8. Le revenu d'invalide doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé, il y a lieu de se référer aux données statistiques, telles qu'elles résultent des enquêtes sur la structure des salaires de l'Office fédéral de la statistique (ATF 126 V 76 consid. 3b/aa et bb). 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) et résulte d'une évaluation dans les limites du pouvoir d'appréciation. Une déduction globale maximum de 25 % sur le salaire statistique permet de tenir compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative (cf. ATF 126 V 78 consid. 5).

-
9. Le revenu de la personne valide se détermine en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce qu'elle aurait effectivement pu réaliser au moment déterminant si elle était en bonne santé (ATF 129 V 224 consid. 4.3.1 et la référence). Il 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.
10. Le Tribunal fédéral a encore précisé que selon l'art. 4 al. 2 LAI, l'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération. Ce moment doit être déterminé objectivement, d'après l'état de santé; des facteurs externes fortuits n'ont pas d'importance. Il ne dépend en particulier ni de la date à laquelle une demande a été présentée, ni de celle à partir de laquelle une prestation a été requise, et ne coïncide pas non plus nécessairement avec le moment où l'assuré apprend, pour la première fois, que l'atteinte à sa santé peut ouvrir droit à des prestations d'assurance (ATF 126 V 9 consid. 2b, 160 consid. 3a, 118 V 82 consid. 3a et les références).
11. S'agissant du droit à une rente, la survenance de l'invalidité se situe au moment où celui-ci prend naissance, conformément à l'art. 29 al. 1 LAI, soit dès que l'assuré présente une incapacité de gain durable de 40 pour cent au moins ou dès qu'il a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40 pour cent au moins pendant une année sans interruption notable, mais au plus tôt le 1^{er} jour du mois qui suit le dix-huitième anniversaire de l'assuré (art. 29 al. 2 LAI; ATF 126 V 9 consid. 2b et les références).
12. Si l'on considère, comme le fait le recourant, que l'incapacité de travail a débuté en 1995 et que l'on ne prenne pas en considération les allocations de logement comme le mentionne l'OCAI, en prenant comme référence les années 1993 et 1994, le revenu moyen se calcule ainsi :
- Revenu 1993 35'161 fr.
 - Revenu 1994 31'970 fr.
 - Moyenne des deux années 33'566 fr.
 - Indexation selon l'évolution des salaires nominaux + 6,4%
 - Revenu moyen : 33'566.-- X 6,4% 35'714 fr.
 - $35'714 -- - 20'919 -- : 35'714 \times 100 = 43,44 \%$
13. Considérant le fait que le recourant a subi une perte de son chiffre d'affaires de l'ordre de 40% depuis 1995, le Tribunal de céans retiendra qu'il y a lieu de prendre l'année 1995 comme date de survenance de l'invalidité qui, selon la jurisprudence mentionnée ci-dessus, ne dépend en particulier ni de la date à laquelle une demande

a été présentée, ni de celle à partir de laquelle une prestation a été requise, et ne coïncide pas non plus nécessairement avec le moment où l'assuré apprend, pour la première fois, que l'atteinte à sa santé peut ouvrir droit à des prestations d'assurance.

14. Sur cette base, le Tribunal retiendra un taux d'invalidité de 43,44% et conclura au fait que le recourant a droit à un quart de rente.
15. La question de la réadaptation professionnelle se pose encore, soit en particulier l'octroi d'une mesure de reclassement ou d'une aide au placement.
16. Selon l'art. 17 al. 1 LAI, l'assuré a droit au reclassement dans une nouvelle profession si son invalidité rend cette mesure nécessaire et que sa capacité de gain peut ainsi, selon toute vraisemblance, être maintenue ou améliorée. Le droit au reclassement suppose que l'assuré soit invalide ou menacé d'une invalidité imminente (art. 8 al. 1 première phrase LAI). Est réputé invalide au sens de l'art. 17 LAI celui qui n'est pas suffisamment réadapté, l'activité lucrative exercée jusque-là n'étant plus raisonnablement exigible ou ne l'étant plus que partiellement en raison de la forme et de la gravité de l'atteinte à la santé. Le seuil minimum fixé par la jurisprudence pour ouvrir droit à une mesure de reclassement est une diminution de la capacité de gain de 20 % environ (ATF 124 V 110 consid. 2b et les références).

En l'espèce, l'OCAI n'a pas examiné la question de la réadaptation de l'assuré et, compte tenu de la motivation de ce dernier, il lui appartiendra dès lors de solliciter cette mesure auprès de l'OCAI.

17. Subsidiairement, il y a lieu de relever que des mesures d'aide au placement ont également été envisagées lors de l'audience de comparution personnelle. La motivation du recourant étant démontrée, une telle mesure devrait être ordonnée.

Le Tribunal de céans attire l'attention de l'assuré sur le fait que l'OCAI s'est déclaré ouvert à lui accorder notamment une aide au placement sur demande motivée de sa part. Il lui appartiendra de solliciter subsidiairement cette mesure auprès de l'OCAI

18. Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis. Le recourant qui obtient gain de cause a droit à des dépens qui seront fixés, en l'espèce, à 1'000 fr.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision de l'OCAI du 10 mars 2008.
4. Dit que le recourant a droit à un quart de rente d'invalidité dès le 1^{er} septembre 2004 et renvoie la cause à l'OCAI pour une nouvelle décision dans le sens des considérants.
5. Condamne l'intimé à verser au recourant la somme de 1'000 fr. à titre de dépens.
6. Met un émolument de 500 fr. à la charge de l'intimé.
7. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

Le Président suppléant

Florence SCHMUTZ

Georges ZUFFEREY

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le