



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1759/2002-2-AI

ATAS/191/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du mardi 30 mars 2004

2^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur E_____, comparant par Me Suzette CHEVALIER en
l'étude duquel il élit domicile

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, Rue
de Lyon 97 à Genève

intimé

EN FAIT

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Karine STECK et Maya CRAMER, juges.

1. Monsieur E_____ (ci-après le recourant), né en février 1953, a exercé plusieurs activités pour finalement s'installer comme masseur indépendant, maître de sport et conseiller en nutrition. Après un accident de moto en juillet 1995, il a donné des cours de gym rééducative, de karaté, pratiqué du drainage lymphatique et effectué quelques travaux de conciergerie. Cependant, dès 1998, il s'est trouvé en incapacité de travail à 50%, et a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité sous forme de rente, en juin 1998.
2. Par décision du 2 septembre 1999, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) lui a notifié une décision de refus au motif qu'il ne présentait aucune diminution de sa capacité de gain.
3. Suite à son recours du 30 septembre 1999, l'ancienne commission de recours en matière AVS/AI a annulé cette décision par jugement du 21 août 2001 et renvoyé le dossier pour instruction complémentaire à l'OCAI.
4. Par décision du 6 septembre 2002, l'OCAI a rendu une nouvelle décision de refus de prestations, au motif que le taux de l'invalidité était de 15%. Dans la comparaison des revenus, l'OCAI a pris en considération le bilan de l'année 1993, année pour laquelle les meilleurs bénéfices du centre de remise en forme ont été obtenus. L'Office a ensuite réactualisé les prix pratiqués en 2001 pour obtenir un montant de recette théorique pour cette année, a réactualisé également les charges et obtenu un revenu hypothétique sans invalidité de 31'779 fr., ce qui comparé à un revenu provenant de l'activité raisonnablement exigible, soit l'activité exercée en 2002 à la clinique Vert-Pré à 50% comme aide-hospitalier, soit 27'120 fr., donne un taux d'invalidité de 15%.
5. Dans son recours du 9 octobre 2002, le recourant conteste la prise en considération de l'année 1993 comme base de calcul. Cette année a été en effet la seule qui se soit soldée de façon positive, sur les sept autres années. Il considère que de cette façon, son revenu hypothétique a été manifestement surestimé. Il conclut à ce qu'un calcul plus pondéré et plus réaliste soit effectué. Il s'étonne en outre que l'on retienne un taux d'invalidité de 15%, alors que son taux d'incapacité de travail est de 50%. Il conclut au renvoi de l'affaire à l'OCAI pour nouvelle instruction.
6. Dans son préavis du 17 décembre 2002, l'OCAI conclut au rejet du recours. Il indique avoir retenu comme capacité résiduelle de gain dans une activité adaptée un taux de 50%, ce qui est très favorable à l'assuré, compte tenu de l'indication du

Docteur A_____ et de l'appréciation du Docteur B_____. Il ressort en effet des documents au dossier que si le recourant ne peut plus exercer son travail antérieur de fitness, professeur de gym et masseur, il peut effectuer les traitements sollicitant peu le membre supérieur gauche, tel que les drainages lymphatiques ainsi que des conseils en diététique. Sur le plan économique, l'enquêtrice a effectué un bilan des revenus du recourant entre 1993 et 2000. Il en ressort qu'il n'a jamais eu de revenu stable, d'où d'importantes difficultés pour déterminer le revenu qu'aurait vraisemblablement pu obtenir le recourant sans invalidité. C'est pour trouver une solution adaptée et équitable que l'Office a décidé de se baser sur l'année 1993, façon de procéder qui est très favorable à l'assuré, puisqu'elle entraîne la prise en considération d'un revenu sans invalidité nettement plus élevé que dans le cas où une moyenne aurait été effectuée. Ainsi, le revenu sans invalidité a été calculé sur la base du revenu 1993 actualisé au chiffre 2001, et le revenu d'invalidité déterminé en fonction du contrat de travail du recourant, soit une activité exercée au sein d'une clinique à raison de 50%.

7. Dans sa réponse du 17 janvier 2003, le recourant complète son recours. Il conteste tout d'abord qu'il pourrait effectuer son activité actuelle à 100%, car il peut uniquement pratiquer des massages médicaux à un tarif inférieur que les massages du corps entier qu'il ne peut plus effectuer, et il a besoin de pauses entre deux drainages lymphatiques. Il considère que son revenu sans invalidité serait aujourd'hui de l'ordre de 138'960.- fr., montant calculé sur la base de 8 massages du corps entier par jour, plus des drainages lymphatiques, moins 30'000.- fr. de frais fixes. Il conteste également que l'on ait pas tenu compte du facteur de l'accroissement régulier de la clientèle d'un indépendant, en indexant purement et simplement les revenus 1993 pour en déduire les revenus de 2001. En résumé, il constate que la méthode d'évaluation générale par comparaison des revenus appliqués par l'OCAI n'est pas adaptée à la situation, et qu'il faut donc procéder à la méthode d'évaluation extraordinaire qui suppose préalablement une comparaison des champs d'activité. Or, le champ d'activité qui aurait été le sien sans invalidité, le plus porteur et le plus rémunérateur, aurait été celui des massages entiers du corps, et des massages pour grands sportifs. C'est précisément dans cette activité que son incapacité est totale. Si l'on compare ce que le recourant a encaissé en 2001, soit moins de 40'000.- fr. et ce qu'il aurait pu percevoir, de l'ordre de 138'000.- fr., la diminution de revenu est de plus de 100%. Certes, son activité de drainage lymphatique pourra se développer, mais pour l'instant, elle rapporte peu. Il conclut préalablement à ce que le dossier soit renvoyé à l'Office pour estimation du taux d'invalidité, principalement à ce que la décision soit annulée, le taux d'invalidité fixé à 100%, une rente entière octroyée ainsi que des dépens.

8. Dans sa réplique du 4 février 2003, l'Office conclut au rejet du recours. La méthode extraordinaire d'évaluation ne doit être utilisée que lorsqu'il est impossible de déterminer les revenus à comparer de manière fiable. En outre, les chiffres avancés pour déterminer le revenu d'une personne valide sont farfelus, en particulier le fait de compter sur 8 massages du corps en entier par jour. Pour l'année 1993, le recourant lui-même indique 347 massages en tout et pour tout. Il avait en outre gardé une certaine variété dans les prestations offertes, et rien n'indique qu'il faudrait s'écarter de ces faits, tels qu'ils ressortent du dossier.
9. Sur quoi, l'affaire a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05) a été modifiée et a institué dès le 1er août 2003 un Tribunal cantonal des assurances sociales. Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS et d'AI ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique (cf. article 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.
2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA : RS 830.1) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine des assurances sociales. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état postérieur à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1, 121 V 836, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité). Le présent litige sera par conséquent examiné à la lumière des dispositions de la loi sur l'assurance-invalidité (ci-après LAI) et de son règlement (ci-après aRAI) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.
3. Interjeté dans les délais et forme légaux, le recours est recevable (art. 69 aLAI; RS 831.20 et 84 de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (ci-après aLAVS; RS 831.10) en vigueur au 31.12.02.

4. Aux termes de la loi l'invalidité est la diminution de la capacité de gain, présumée permanente ou de longue durée, qui résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale provenant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident. L'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération (art. 4 aLAI).

Les assurés invalides ou menacés d'une invalidité imminente ont droit aux mesures de réadaptation qui sont nécessaires et de nature à rétablir leur capacité de gain, à l'améliorer, à la sauvegarder ou à un favoriser l'usage (art. 8 al. 1 aLAI).

Par ailleurs, l'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40% au moins (1/4 de rente) à 50% au moins (1/2 rente) ou 66,2/3 au moins (rente entière) (art. 28 al. 1 aLAI).

Dans ce cas l'invalidité est évaluée en comparant le revenu du travail que l'invalide pourrait obtenir en exerçant l'activité que l'on peut raisonnablement attendre de lui, après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide (art. 28 al. 2 aLAI).

Pour les assurés exerçant une activité lucrative, le degré d'invalidité doit être déterminé sur la base d'une comparaison des revenus. Cette démarche se fait en comparant le revenu du travail que l'invalide pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui avec le revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide (art. 28, al. 2 aLAI).

Si l'on ne peut déterminer ou évaluer sûrement les deux revenus en cause, il faut, en s'inspirant de la méthode spécifique pour non actif prévu à l'article 27 du règlement de l'assurance-invalidité (aRAI), procéder à une comparaison des activités et évaluer le degré d'invalidité d'après l'incidence de l'incapacité de rendement amoindrie sur la situation économique concrète.

La différence fondamentale entre la procédure extraordinaire d'évaluation et la méthode générale réside dans le fait que l'invalidité n'est pas évaluée directement sur la base d'une comparaison des activités. On commence par déterminer, au moyen de cette comparaison, quel est l'empêchement provoqué par la maladie ou l'infirmité, après quoi, l'on apprécie séparément les effets de cet empêchement sur la capacité de gain (cf. ATF 104 V 136 ; ATFA du 30 avril 2001, cause I 547/00).

Cette méthode est souvent utilisée pour les indépendants, en particulier lorsque les recettes réalisées avant l'apparition de l'invalidité étaient sujettes à des

fluctuations considérables, par exemple pour des raisons conjoncturelles (cf. VSI 1998, page 121 et suivantes, notamment 124).

5. En l'espèce, c'est à tort que l'OCAI a appliqué la méthode générale de comparaison des revenus, alors que lui-même avait constaté de grandes différences entre les résultats des années 1993 à 2000, et qu'en outre, l'entreprise de fitness créée en 1992 a fait faillite en 1994. Cette méthode n'est manifestement pas applicable ici. Le recourant a donc raison sur ce point, quand bien même il est vraisemblable qu'en l'espèce le résultat lui est favorable, en tout cas, pour la fixation du revenu sans invalidité. Comme le relève cependant le recourant, il y a lieu de tenir compte également du changement imposé d'activité.

Il n'est pas possible au Tribunal de céans d'effectuer le calcul ici. L'OCAI devra reprendre l'instruction de cette affaire. Le Tribunal est d'avis cependant qu'il est justifié de tenir compte de l'ensemble des activités du recourant, et non pas uniquement des activités les plus rémunératrices. En outre, s'il est exact qu'il faut tenir compte d'une certaine évolution d'un cabinet au fil des ans, le nombre de massages allégués par le recourant semble hors de propos. L'OCAI pourra avantageusement se référer pour cela à la moyenne des massages et drainages lymphatiques effectués dans les cabinets de la place.

Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens, lesquels sont fixés en l'espèce à 1'500 fr.

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

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. En conséquence, annule la décision de l'OCAI et renvoie le dossier pour nouveau calcul au sens des considérants.
4. Condamne l'OCAI au paiement de dépens s'élevant à 1'500 fr.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement qu'elle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier :

Pierre Ries

La Présidente :

Isabelle Dubois

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