RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1867/2022 **ATAS/938/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 26 octobre 2022

8ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié _____, GENÈVE recourant

contre

OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITÉ DU CANTON DE GENÈVE, sis rue des Gares 12, GENÈVE intimé

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente suppléante ; Michael RUDERMANN et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né le _____ 1958, est avocat indépendant.

2. En août 2012, il a déposé une première demande de prestations de l'assurance-invalidité en raison d'une atteinte psychique et d'une douleur atypique de la mâchoire, ayant provoqué une incapacité de travail de 100% du 27 janvier au 28 mars 2012, puis de 80% dès cette date. Du 29 novembre au 23 décembre 2012, il a été hospitalisé en raison d'un burn-out.

3. L'assuré a été indemnisé par son assurance perte de gain durant son incapacité de travail.

4. En janvier et février 2014, il a fait l'objet d'une expertise multidisciplinaire par les docteurs B_____, spécialiste en médecine interne, C_____, neurologue, et D_____, psychiatre-psychothérapeute. Dans leur rapport du 30 mai 2014, les experts ont retenu les diagnostics sans répercussion sur la capacité de travail de douleurs faciales non expliquées, majoration de symptômes pour raisons psychologiques, troubles mentaux et du comportement liés à l'utilisation d'opiacés sous substitution de méthadone, d'alcool, actuellement abstinent, et de cocaïne, actuellement abstinent. La capacité de travail était entière.

5. Par décision du 3 septembre 2014, l'office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OAI) a refusé à l'assuré toute prestation.

6. En janvier 2020, l'assuré a déposé une seconde demande de prestations de l'assurance-invalidité.

7. Dans son rapport du 5 octobre 2020, la doctoresse E_____ du Centre multidisciplinaire de la douleur aux Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG), a attesté notamment que l'intensité de la douleur faciale était très variable avec des jours où elle était tolérable. Entre 2011 et 2013, les douleurs avaient même totalement disparu pendant une semaine. Depuis octobre 2019, elles avaient augmenté en intensité et perturbaient la vie professionnelle, si bien que l'assuré devait annuler des rendez-vous. Depuis septembre 2019, elles étaient accompagnées de paresthésies aux pieds. L'assuré avait repris sa vie professionnelle qu'il devait toutefois moduler en fonction des douleurs.

8. Dans son rapport du 11 avril 2020, le docteur F_____ a attesté que l'assuré avait été en incapacité de travail du 1er janvier au 31 mai 2018 et du 3 décembre 2018 au 3 février 2019 à 100%, puis dès le 2 mars 2020 à 50%. Il y avait eu une période d'amélioration de l'état de santé entre août 2018 et août 2019 avec une augmentation de la capacité de travail et l'exercice de sa profession d'avocat à un rythme plus soutenu, mais jamais à 100% selon l'assuré. Celui-ci souffrait depuis 2011 de douleurs maxillaires irradiant dans l'hémicrâne, pour lesquelles il avait consulté entre 2011 et 2014 vingt-deux médecins, notamment des neurologues, dentistes, chirurgiens maxillo-faciaux et spécialistes en oto-rhino-laryngologie. Par

la suite, ses douleurs avaient disparu, mais avaient récidivé en octobre 2018 et s'étaient encore aggravées en septembre 2019. Actuellement, il y avait une amélioration des douleurs au prix d'une polymédication lourde. Les diagnostics étaient une algie faciale idiopathique depuis 2011, une polyneuropathie et un syndrome cérébelleux statique sur origine toxique depuis janvier 2019, une lombalgie chronique sur spondylothésis L5-L1 avec un status postarthrodèse L4-L5-S1 pratiquée le 9 avril 2018, un trouble émotionnellement labile type impulsif depuis mars 2010, des troubles mentaux et troubles du comportement liés à l'utilisation d'alcool, utilisation continue, de cocaïne, d'opiacés, abstinent sous substitution, et un épisode dépressif moyen avec syndrome somatique depuis janvier 2012.

9. Dans son rapport du 2 septembre 2021, le Dr F_____ a indiqué que l'état de santé de l'assuré s'était aggravé depuis le 18 décembre 2020 à cause des douleurs faciales, entraînant une incapacité de travail totale. Il n'était que partiellement soulagé par les antalgiques et les effets secondaires des traitements entraînaient des effets neuropsychologiques.

10. Dans son avis médical du 21 octobre 2021, la doctoresse G_____ du service médical régional de l'assurance-invalidité pour la Suisse romande (ci-après : SMR) a admis une aggravation de l'état de santé de l'assuré dès le 2 mars 2020. Celui-ci présentait une incapacité de travail de 50% dès cette date dans son activité d'avocat. À partir du 8 (recte 18) décembre 2020, il était totalement incapable de travailler dans toute activité. En 2018, l'assuré avait par ailleurs présenté une incapacité de travail de six mois dans les suites de l'opération du rachis lombaire d'avril à octobre 2018.

11. Selon le rapport d'enquête pour activité professionnelle indépendante du 7 février 2022, l'assuré a indiqué que lors du dépôt de sa précédente demande, ses douleurs avaient brusquement disparu, mais étaient réapparues à nouveau dès 2017, en constante évolution. Depuis lors, il avait de moins en moins travaillé. À partir de 2018, il avait travaillé à 50%, même si son médecin l'avait mis à l'arrêt à ce taux dès mars 2020 seulement. Le chiffre d'affaires de 2020 avait été plus élevé en raison du partage du bénéfice des affaires partagées avec ses associés et/ou sous-traitées par ses confrères, étant précisé qu'en début 2020, l'assuré avait transféré son étude à son domicile. Il continuait d'exercer une activité professionnelle en 2021 à 25 - 30%. Les années 2014 à 2016 pouvaient être considérées comme normales, selon l'assuré. Toutefois, selon l'enquêtrice, il avait bénéficié d'indemnités journalières en 2014 et 2015. Le bénéfice net en 2021 était de CHF 24'798.-, montant que l'enquêtrice a pris en compte en tant que revenu d'invalide. Pour le revenu sans invalidité, l'enquêtrice s'est référée à la moyenne des années 2016 et 2017, de CHF 50'214.-, étant donné que les années 2014 et 2015 pouvaient être influencées par les périodes d'incapacité de travail ressortant de la comptabilité. Actualisé à 2020, le revenu de valide s'établissait à CHF 51'308.-. Partant, la perte de gain était de 52% par rapport au bénéfice net de 2021.

12. Le 10 février 2022, l'OAI a informé l'assuré qu'il avait l'intention de lui octroyer une demi-rente dès le 1er mars 2021.

13. Par décision du 6 mai 2022, l'OAI a confirmé son projet de décision.

14. Par acte du 7 juin 2022, l'assuré a interjeté recours contre cette décision en concluant à son annulation et à l'octroi d'une rente entière dès mars 2021. Il a contesté le calcul du revenu sans atteinte à la santé. Il était notamment erroné de se référer à l'année 2017 pour l'établissement de ce revenu, dès lors que les atteintes à la base de son incapacité de travail avaient commencé en cette année, de sorte que son chiffre d'affaires ne correspondait pas à une entière capacité de travail. Il a par ailleurs expliqué qu'après avoir souffert de la même affection en 2012-2013, il avait repris son activité à presque 100% dès 2014 et que ses comptes montraient une évolution de son bénéfice en direction de la normale, celui-ci ayant passé de CHF 48'344.- en 2014 à CHF 55'184 en 2015, puis à CHF 64'046.- en 2016. Ce dernier montant devait ainsi être considéré comme revenu correspondant à une activité normale avec tournus de clients et cash-flow constants. Un avocat indépendant mettait plusieurs années pour revenir à un revenu normal, devant compenser les pertes de plusieurs années et retrouver un tournus de mandats normal, étant précisé que les notes d'honoraires étaient établies en fin de mandat. Subsidiairement, il convenait de se fonder sur la moyenne des revenus de 2011 à 2016 qui était seule représentative de ses revenus normaux sur les dix dernières années, soit de CHF 62'110.-. Il fallait également prendre une moyenne de ses revenus pour le calcul du gain d'invalide et non se fonder sur la seule année 2021, laquelle avait été exceptionnelle. Il était arbitraire de prendre une moyenne des revenus d'un côté et non de l'autre. À défaut, il aurait le droit de demander une révision de sa rente, s'il devait s'avérer que l'année 2022 était une plus mauvaise année. Par conséquent, il convenait de se fonder sur les années 2018 à 2021 qui étaient représentatives de son quotidien depuis le début de sa maladie.

15. Dans sa réponse du 6 juillet 2022, l'intimé a conclu au rejet du recours. L'incapacité de travail déterminante ayant débuté en mars 2020, c'était à juste titre que les gains réalisés immédiatement avant l'atteinte à la santé ont été pris en compte. Les années 2014 et 2015 n'étaient pas représentatives de l'activité normale, dans la mesure où le recourant avait perçu des indemnités journalières durant celles-ci. Quant au revenu d'invalide, le recourant avait réalisé après son atteinte à la santé un bénéfice net de CHF 24'798.-, montant qui était ainsi déterminant.

16. Le 2 août 2022, le recourant a persisté dans ses conclusions.

17. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

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.

2. À teneur de l'art. 1 al. 1 LAI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité, à moins que la loi n'y déroge expressément.

3. Le 1er janvier 2022, sont entrées en vigueur les modifications de la LAI du 19 juin 2020 (développement continu de l'AI ; RO 2021 705).

En cas de changement de règles de droit, la législation applicable est, en principe, celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques, sous réserve de dispositions particulières du droit transitoire (ATF 136 V 24 consid. 4.3 et la référence).

En l'occurrence, le droit à la rente est né avant janvier 2022, de sorte que les dispositions légales applicables seront citées dans leur ancienne teneur.

4. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable.

5. L'objet du litige est la question de savoir si le recourant peut prétendre à une rente supérieure à une demi-rente, ce qui dépend du calcul de sa perte de gain dans son activité indépendante.

6. Est réputée invalidité, l'incapacité de gain totale ou partielle présumée permanente ou de longue durée, résultant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art. 8 al. 1 LPGA et 4 al. 1 LAI). Selon l'art. 7 LPGA, est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur le marché du travail équilibré qui entre en considération, si cette diminution résulte d'une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (al. 1). Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable (al. 2 en vigueur dès le 1er janvier 2008).

7. En vertu de l'art. 28 al. 2 LAI, l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins, à un trois quarts de rente s'il est invalide à 60% 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.

Pour évaluer le taux d'invalidité, 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 (art. 16 LPGA et art. 28a al. 1 LAI).

Il y a lieu de préciser que 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 273 consid. 4a). L'atteinte à la santé n'est donc pas à elle seule déterminante et ne sera prise en considération que dans la mesure où elle entraîne une incapacité de travail ayant des effets sur la capacité de gain de l'assuré (arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 654/00 du 9 avril 2001 consid. 1).

8. L'évaluation de l'invalidité de personnes qui exercent une activité lucrative est effectuée, dans la mesure du possible, selon la méthode générale de comparaison des revenus (arrêt du Tribunal fédéral 9C_812/2015 du 7 juillet 2016 consid. 4). Le calcul des revenus déterminants doit être effectué compte tenu de la situation existant à la date du début de la rente (ATF 129 V 222 et 128 V 174). L'extrait du CI est en principe déterminant pour calculer le revenu (arrêt du Tribunal fédéral 8C_530/2013 du 24 janvier 2014 consid. 5.1.2). Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer directement de manière fiable les revenus à comparer – éventuellement en raison de la situation économique – le taux d'invalidité sera déterminé selon la procédure extraordinaire d'évaluation (ATF 128 V 29). Cependant, celle-ci n'est guère applicable dans le domaine administratif (arrêt du Tribunal fédéral 8C_346/2012 du 24 août 2012 consid. 4.5)

9. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; ATF 126 V 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a).

10. En l'occurrence, il convient en principe d'appliquer la méthode de comparaison des revenus, le recourant exerçant une activité administrative.

Il résulte du rapport d'enquête et des pièces du dossier que les bénéfices et chiffres d'affaires du recourant, sans les indemnités journalières de son assurance perte de gain entre 2014 et 2021, ainsi que ces charges étaient les suivants :

Année	Bénéfice	Chiffre d'affaires	Charges
2014	44'024.-	107'813	59'585.-
2015	43'184.-	105'552	57'569.-
2016	64'046.-	126'526.-	62'480.-
2017	36'381.-	94'000.-	57'619.-
2018	-10'056.-	55'892.-	65'948.-
2019	-10'881.-	33'004.-	41'958.-
2020	- 6'765.-	48'415.-	54'257.-
2021	24'798.-	83'468.-	58'670.-

L'intimé s'est fondé pour l'établissement du revenu sans invalidité sur les années 2016 et 2017. Il n'a pas pris en considération les années 2014 et 2015 au motif que le recourant avait perçu durant ces deux années encore des indemnités journalières.

Toutefois, le recourant indique à l'enquêtrice qu'en 2017 ses douleurs faciales ont repris, si bien qu'il a dû diminuer son activité professionnelle. Cela se reflète effectivement dans le chiffre d'affaires de 2017 qui a diminué de 43% par rapport à 2016. Il n'y a pas d'indices autres que la maladie comme cause de cette baisse importante. L'année 2017 n'est ainsi pas représentative pour une activité professionnelle exercée à 100%. Par ailleurs, comme le recourant était déjà partiellement incapable de travailler en 2014 et 2015, la moyenne des bénéfices entre 2014 et 2016 ne permet pas non plus d'établir le revenu de valide.

Cela étant, le revenu sans invalidité est difficile à établir en fonction d'une moyenne de plusieurs années d'exercice directement avant la diminution de la capacité de travail reconnue par l'intimé en 2020 seulement. En effet, le recourant était depuis 2005 apparemment régulièrement diminué dans sa capacité de travail. Il paraît ainsi indiqué de se fonder exceptionnellement sur la seule année 2016 avec un bénéfice de 64'046.-. Ce revenu semble être représentatif au degré de la vraisemblance prépondérante d'une activité d'avocat à 100%, voire plutôt inférieur, compte tenu du fait que pendant ses meilleures années, entre 1996 et 2004, la moyenne des bénéfices de l'étude du recourant était de CHF 76'093.-, selon l'extrait de son compte individuel, avant de chuter brusquement en 2005 et 2006 (CHF 14'100.- respectivement CHF 19'200.-), d'augmenter à une moyenne de CHF 48'700.- en 2007 et 2008, puis de chuter à nouveau à CHF 25'400.- en 2009 et à CHF 8'991.- en 2010 (hospitalisation pour sevrage en 2010 ; expertise CEMed p. 7), de remonter à CHF 58'100 en 2011, de diminuer drastiquement en 2012 (plusieurs périodes d'incapacité de travail) et 2013 (changement d'étude en 2013 ; expertise CEMed p. 11) et enfin de remonter à une moyenne de CHF 50'418.- entre 2014 et 2016.

Quant au revenu d'invalide, il n'y a que l'année 2021 comme année de comparaison après la reconnaissance de l'invalidité en 2020. Partant, une moyenne ne peut pas non plus être établie pour l'établissement de ce revenu, si bien qu'il y a lieu de prendre en compte le bénéfice de 2021 comme revenu avec invalidité.

Le revenu de 2016, actualisé à 2020 (2,1%), s'élève à CHF 65'326.92. Selon l'estimation trimestrielle de l'évolution des salaires nominaux pour 2021, les salaires ont baissé en 2021 de 0,2%, ce qui établirait le revenu sans invalidité à un montant encore plus bas. Comparé au revenu de 2021, de CHF 26'510.-, la perte de gain est de 59,41 %, arrondi à 59%, ce qui n'ouvre le droit qu'à une demi-rente (sur les règles d'arrondissement au pourcent supérieur ou inférieur cf. ATF 130 V 121 consid. 3.2).

11. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

12. Le recourant qui succombe sera condamné au paiement d'un émolument de CHF 200.- (art. 69 al.1bis LAI).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Met un émolument de CHF 200.- à la charge du recourant.
4. 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 - RS 173.110); 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	La présidente suppléante
Maryline GATTUSO	Maya CRAMER

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