RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2038/2003 **ATAS/201/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

1ère Chambre

du 17 mars 2005

En la cause

Monsieur P_____, mais comparant par Maître Pierre GABUS, en l'Etude duquel il élit domicile

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE intimé
sis rue de Lyon 97à Genève

Siégeant : Monsieur Henri NANCHEN, Juge suppléant,
Mesdames Karine STECK et Juliana BALDE, Juges

EN FAIT

1. P_____, né en 1953, cuisinier de formation, a été employé du restaurant « LA BIGUINE » à Genève à partir du mois de juin 1994. Il percevait un salaire mensuel brut de 4'500 fr.

2. Une année plus tard, P_____ a repris cet établissement en qualité d'indépendant.

3. A la fin de l'année 1998, P_____ a fermé une partie du restaurant et réduit les horaires d'ouverture en raison d'importants maux de dos.

4. A partir du 15 janvier 1999, P_____ s'est trouvé en incapacité de travailler à 50% et a touché des indemnités perte de gain de la GENEVOISE ASSURANCES.

5. Selon le rapport du 17 septembre 1999 du Dr Paul DESJACQUES, neurologue, à l'attention du Dr Stéphane B_____, médecin traitant de P_____, l'examen neurologique de ce dernier s'était révélé normal.

6. A teneur du rapport du 20 décembre 1999 du Dr Claude A_____, rhumatologue, à l'attention du médecin conseil de la GENEVOISE ASSURANCES, le patient souffrait de rachialgies chroniques d'allure commune. L'expert estimait que l'incapacité de l'assuré devait progressivement être réduite à 25% pendant un mois et que par la suite une reprise de l'activité à 100% devrait être envisagée.

7. En date du 27 janvier 2000, P_____ a déposé une demande de prestations auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : OCAI).

8. Selon le rapport médical du 7 février 2000 du Dr Stéphane B_____ à l'attention de l'OCAI, le patient était toujours en incapacité de travailler à 50%.

   Le diagnostic suivant était posé : hernie discale L5-S1 postéro-latérale gauche partiellement et par moments compressive en présence d'un syndrome cervico-dorso-lombaire sur troubles statiques et dégénératifs évolutifs ; cervicarthrose de C3 à C6 avec cervico-brachialgie sensitive droite avec radiculite sensitive C5 et C6 à droite ; spondylose dorsale modérée ; inégalité des MI ; polyarthrose ; status après M. Scheuermann dorsal modéré.

9. Selon le questionnaire pour l'employeur rempli le 7 février 2000 par l'assuré et retourné à l'OCAI, celui-ci a déclaré percevoir un salaire mensuel brut de 2'500 fr. depuis le 1er juin 1994 et a affirmé que, sans atteinte à la santé, son salaire se serait élevé à 4'500 fr.

10. A la demande de l'OCAI, une enquête économique pour les indépendants a été réalisée.

    Dans son rapport du 28 février 2001, Q_____, collaboratrice de l'OCAI, a estimé que la comparaison des revenus de l'assuré n'était pas adéquate pour calculer son degré d'invalidité. En effet, il n'y avait pas assez d'exercices comptables dans une situation saine et l'aide apportée par les membres de la famille, qui n'étaient pas rémunérés, était un paramètre difficile à chiffrer. Au vu de cela, Q_____ proposait de procéder à l'évaluation des champs d'activités en fonction des conséquences, du point de vue du gain, de la diminution de la rentabilité de l'assuré sur le plan professionnel.

11. Selon le rapport médical intermédiaire du 3 août 2001 du Dr B_____ à l'attention de l'OCAI, l'état du patient n'avait pas évolué et son incapacité de travail était toujours de 50%.

12. Par la suite, l'assuré a subi un nouvel examen neurologique.

    Selon le rapport du 30 août 2001 rédigé par le Dr C_____, neurologue, P_____ présentait une cervico-brachialgie droite sans déficit sensitivo-moteur, dans un contexte de cervicarthrose prédominant en C5-C6 avec protusion discale ostéophytaire, uncarthrose rétrécissant les trous de conjugaison en C4-C5, C5-C6 droite et C6-C7 et probable conflit à la hauteur de la racine C5 dans son trajet foraminal droit.

13. Le rapport médical intermédiaire du 9 avril 2002 du Dr B_____ à l'attention de l'OCAI n'a fait état d'aucune amélioration de l'état de santé du patient.

14. Dans une note du 10 juillet 2002, le Dr D_____ du SMR LEMAN a jugé qu'une expertise rhumatologique était indispensable afin de se prononcer sur la capacité de travail de l'assuré dans son activité professionnelle et établir ses limitations fonctionnelles ainsi que sa capacité de travail dans une activité adaptée.

15. A partir du 1er octobre 2002, José P_____ a remis son établissement en raison de son état de santé.

16. A teneur du rapport d'expertise du 19 novembre 2002 du Dr E_____, rhumatologue, à l'attention de l'OCAI, le diagnostic suivant était posé :

    - cervico-dorso-lombalgies chroniques et invalidantes, sans déficit neurologique ;

    - lombalgies chroniques dans le cadre de troubles statiques et dégénératifs importants, antélisthésis du premier degré de L3 sur L4 sur arthrose

interapophysaire postérieure, protusion discale L4-L5 et L5-S1 sans atteinte radiculaire ;

- cervicobrachialgies droites, non déficitaires, de topographie indéterminée. Radiologiquement, canal étroit en C5-C6, importante spondylodiscarthrose étagée, protusion discale C3-C4 et C4-C5, rétrolisthésis de C4, ostéophytose postérieure appuyant sur le fourreau dural de C4 à C7. Possible compression radiculaire C5 droite dans son trajet foraminal.

L'expert a estimé la capacité de travail de l'assuré dans un travail sédentaire et ménageant le rachis exigible à environ 60%.

17. Selon le rapport d'examen du 8 janvier 2003 du SMR LEMAN, la capacité de travail de l'assuré dans son activité habituelle est ainsi estimée à 50% et dans une activité adaptée à 60%.

18. A teneur des observations complémentaires du 27 mai 2003 de la collaboratrice de l'OCAI, il est proposé, compte tenu des résultats minimes dégagés par l'établissement de l'assuré, de se baser sur la statistique des résultats comptables des entreprises des arts et métiers 2001 concernant la rubrique « hôtels et restaurants ». Cette collaboratrice a retenu un revenu moyen dans la branche de 41'200 fr., correspondant à un chiffre d'affaires se situant entre 200'000 fr. et 500'000 fr. Elle a relevé que cette méthode était favorable à l'assuré puisque celui-ci n'avait jamais démontré qu'il était capable de retirer un tel revenu de son établissement.

19. Au vu des conclusions de cette enquête, la division de réadaptation professionnelle, dans un rapport du 28 mai 2003, a retenu un degré d'invalidité de 36.6%. Ce résultat a été obtenu en comparant les revenus annuels bruts de l'assuré avec et sans invalidité. Le revenu avec invalidité s'élevait à 26'564 fr., ce qui correspondait à un salaire d'une personne effectuant des tâches simples et répétitives dans l'industrie manufacturière à un taux d'activité de 60% moins une pondération de 25% afin de tenir compte des limitations de l'assuré. Le revenu sans invalidité réactualisé pour l'année 2003 s'élevait à 41'900 fr.

20. Par décision du 3 juin 2003, l'OCAI a refusé la demande de prestations de l'assuré, le taux d'invalidité de 36.6% étant insuffisant pour ouvrir le droit à une rente.

21. Par courrier du 11 juin 2003, P_____, par l'intermédiaire de son conseil, a formé opposition contre cette décision.

22. Il a complété cette opposition par pli du 3 juillet 2003.

L'opposant a contesté en premier lieu le revenu sans invalidité retenu par l'OCAI, soit 41'900 fr. par an, et a exposé réaliser avant l'atteinte à sa santé un revenu

annuel de 58'500 fr. En second lieu, il a contesté le revenu avec invalidité considéré par l'OCAI, soit 26'564 fr., dans une activité adaptée. L'assuré a exposé que cette appréciation n'était pas conforme aux rapports des médecins qui s'accordaient à estimer qu'il présentait une capacité résiduelle de 50% dans son activité de cuisinier, et ceci sans nécessité de réadaptation professionnelle. Dès lors, l'opposant a retenu un revenu annuel maximum de 41'223 fr. selon les chiffres des salaires correspondants dans la branche de la restauration et de l'hôtellerie, moins une pondération de 25%, soit un revenu d'invalide de 15'458 fr. En comparant ces revenus, P_____ est arrivé à un degré d'invalidité de 73.5%, ouvrant le droit à une rente entière d'invalidité.

23. Par décision sur opposition du 19 septembre 2003, l'OCAI a maintenu sa décision du 3 juin 2003.

L'OCAI a expliqué s'être basé sur la statistique des résultats comptables des entreprises des arts et métiers 2001 concernant la rubrique « hôtels et restaurants » afin de déterminer le revenu sans invalidité de l'assuré, étant donné les faibles bénéfices nets dégagés par l'entreprise de l'assuré au regard des pièces comptables versées au dossier. L'OCAI a relevé que le revenu retenu était largement favorable à l'assuré si l'on considérait les faibles montants des bénéfices nets dégagés par l'entreprise durant les années précédant l'atteinte à la santé. En deuxième lieu, l'OCAI a exposé qu'il n'y avait aucune raison de retenir une capacité résiduelle de 50% dans l'activité antérieure de cuisinier dans la mesure où, dans un poste adapté, l'assuré pouvait dégager une capacité de travail supérieure.

24. Par courrier recommandé du 22 octobre 2003, P_____ a formé recours contre cette décision sur opposition auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales (ci-après : TCAS).

Il a conclu à l'annulation de la décision querellée et à l'octroi d'une rente entière d'invalidité. Il a exposé en substance les mêmes arguments que ceux développés dans son opposition.

Le recourant a estimé que le revenu annuel qu'il aurait pu réaliser sans atteinte à sa santé était d'environ 60'000 fr. pour l'exercice 1999/2000, sans toutefois fournir de pièces prouvant ses allégations. En second lieu, il a persisté à contester l'évaluation de son revenu hypothétique d'invalide opéré par l'OCAI en expliquant avoir une formation de cuisinier-restaurateur et n'avoir bénéficié d'aucune mesure de reclassement professionnel. En conséquence, il a exposé ne pas être en mesure d'exercer une autre profession. Il convenait donc selon le recourant de retenir une capacité résiduelle de travail de 50% dans son activité de cuisinier. Il a ainsi chiffré le revenu annuel déterminant dans ce secteur à 41'223 fr. Pour le surplus, P_____ a estimé choquant que l'OCAI admette

un revenu d'invalide, sans réadaptation professionnelle, plus élevé que celui qu'il pourrait obtenir sans atteinte à sa santé. Le degré d'invalidité estimé par le recourant s'élevait à 74.1%.

25. La cause a été enregistrée auprès du TCAS sous la référence A/2038/2003.

26. Dans son préavis du 25 novembre 2003, l'OCAI a proposé le rejet du recours en renvoyant à ses arguments développés dans sa décision sur opposition du 19 septembre 2003.

27. Par courrier du 11 décembre 2003, P_____ a maintenu ses conclusions.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

2. Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, et ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

   Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 226).

3. Le Tribunal cantonal des assurances sociales, qui statue en instance unique, dans la composition prévue par l'art. 162 LOJ, adoptée le 13 février 2004, est dès lors compétent pour trancher du présent litige.

4. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS-AI. Elle est applicable au cas d'espèce, la décision litigieuse datant du 3 juin 2003.

5. Toutefois, les dispositions de la novelle du 21 mars 2003 modifiant la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI), entrée en vigueur le 1er janvier 2004, ne sont pas applicables (ATF 127 V 467, consid. 1) en l'espèce, dès lors que le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les

modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse. Sont ainsi seules applicables les règles en vigueur à cette date.

6. Interjeté dans les forme et délai légaux, le recours est recevable à la forme (art. 56, 60 et 61 LPGA).

7. En l'espèce, le litige porte sur le droit éventuel du recourant à une rente d'invalidité.

8. Selon l'art. 8 al. 1 LPGA, est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée. L'art. 16 LPGA stipule que 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.

9. Selon la jurisprudence, pour évaluer le revenu hypothétique d'un indépendant, il faut déterminer quel aurait été le développement probable de son entreprise s'il n'était pas devenu invalide (RCC 1963, p. 457). Il convient de tenir compte dans ce domaine de ses aptitudes professionnelles et personnelles, du genre d'activité ainsi que de la structure économique et de la marche de l'entreprise avant la survenance de l'invalidité (RCC 1962, p. 125 et RCC 1961, p. 465).

10. En l'espèce, l'OCAI a estimé que la situation professionnelle concrète de l'assuré ne permettait pas de déterminer un revenu hypothétique, étant donné les faibles bénéfices nets dégagés par l'établissement que ce dernier avait repris à son compte depuis peu. Cet office s'est dès lors basé sur la statistique des résultats comptables des entreprises des arts et métiers 2001 concernant la rubrique « hôtels et restaurants » et a retenu un revenu moyen dans la branche de 41'200 fr. en 2001, soit 41'900 fr. réactualisé pour l'année 2003.

    Toutefois, il est établi qu'avant son activité d'indépendant, le recourant touchait, en sa qualité d'employé du même restaurant, un salaire mensuel brut de 4'500 fr., soit un revenu annuel brut de 58'500 fr. en 1995.

    Il convient dès lors de se baser sur ce dernier revenu qui reflète la situation professionnelle concrète du recourant avant qu'il ne reprenne cet établissement à son compte et qu'il se trouve contraint de réduire son activité en raison de ses importants problèmes de santé. Il convient en effet de relever que si le recourant pouvait toucher en sa qualité de salarié un tel revenu, il l'aurait également perçu en sa qualité d'indépendant après plusieurs exercices, sans atteinte à la santé. En tous les cas, ce revenu présente sans nul doute de meilleures caractéristiques d'objectivité qu'un revenu hypothétique basé sur la statistique des résultats

comptables des entreprises des arts et métiers 2001 concernant la rubrique « hôtels et restaurants ».

Le revenu de 58'500 fr. réalisé en 1995 par le recourant en travaillant 40 heures par semaine correspond à un salaire de 61'278 fr. 55 pour 41.9 heures de travail par semaine. Ce dernier revenu doit être adapté à l'évolution des salaires selon l'indice suisse des prix à la consommation pour l'année 2000, année de naissance du droit à la rente. Il s'élève dès lors à 63'668 fr. 60 (61'278 fr. 55 + 3.9%).

11. S'agissant du revenu d'invalide, il doit être évalué, selon la jurisprudence, avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé, le revenu d'invalide peut être évalué sur la base des statistiques salariales (ATF 126 V 75). Dans ce cas, 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. On se réfère alors à la statistique des salaires bruts standardisés, en se fondant toujours sur la médiane ou valeur centrale (ATF 124 V 323 consid. 3b/bb ; VSI 1999 p. 182). 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 (ATF 126 V 75).

12. En l'espèce, l'OCAI a retenu un revenu de 26'564 fr., pour 41.9 heures de travail par semaine en 2000, ce qui équivaut à un salaire d'une personne effectuant des tâches simples et répétitives dans l'industrie manufacturière à un taux d'activité de 60% moins une pondération de 25% afin de tenir compte des limitations de l'assuré.

Le Tribunal de céans ne saurait s'écarter de cette évaluation qui correspond aux critères jurisprudentiels développés ci-dessus.

13. L'argument développé par le recourant selon lequel seul le taux de capacité résiduelle de travail de 50% dans une activité de cuisinier doit être considéré, ne saurait être approuvé, dans la mesure où, dans un poste adapté, le recourant peut dégager, selon les conclusions du rapport d'expertise du Dr E_____, une capacité de travail de 60%. Le fait que le recourant n'ait pas bénéficié de mesures de réadaptation professionnelle n'est pas pertinent non plus, puisque l'activité envisagée ci-dessus ne nécessite pas de formation professionnelle particulière.

14. Au vu de ce qui précède, le Tribunal de céans retiendra un degré d'invalidité de 58.27% ([63'668 fr. 60 - 26'564 fr.] x 100 : 26'564 fr.), taux qui donne droit à une demi-rente d'invalidité à compter du 15 janvier 2000.

15. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens à titre de participation à ses frais ainsi qu'à ceux de son mandataire, qui seront 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. Annule la décision de l'office intimé du 19 septembre 2003.

4. Met le recourant au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité à compter du 15 janvier 2000.

5. Condamne l'intimé à verser au recourant à titre de dépens la somme de 1'500 fr.

6. Dit que les parties 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 le recourant estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter la signature du recourant ou 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 au mémoire s'il s'agit de pièces en possession du recourant. Seront également jointes au mémoire la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :	Juge suppléant :
Marie-Louise QUELOZ	Henri NANCHEN

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