

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3729/2008

ATAS/902/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 8

du 9 juillet 2009

En la cause

Monsieur N_____, domicilié à Collonge-Bellerive,
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître BROTO
Diane

recourant

contre

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

intimé

Siégeant : Thierry STICHER, Président; Monique STOLLER FÜLLEMANN et Teresa SOARES, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur N_____ (ci-après : le recourant) a déposé une demande de prestations AI pour adultes auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : OCAI) le 28 juillet 2006. Il indiquait être indépendant dans le domaine de la ferblanterie. Sa demande était motivée par des problèmes de santé au niveau des deux genoux.

1. Il ressort des comptes 2000 à 2008 de l'entreprise du recourant notamment les éléments suivants :

	<u>Chiffre</u> <u>d'affaire (1) :</u>	<u>Bénéfice</u> <u>brut :</u>	<u>Bénéfice</u> <u>net :</u>	<u>Salaire</u> <u>recourant :</u>	<u>Salaire de</u> <u>son fils</u> <u>(2) :</u>
2000 :	1'057'027 fr.	396'784 fr.	198'197 fr.		
2001 :	1'121'133 fr.	358'391 fr.	128'942 fr.		
2002 :	1'156'434 fr.	410'428 fr.	132'908 fr.		
2003 :	1'053'204 fr.	342'171 fr.	62'884 fr.		
2004 :	1'550'307 fr.	537'973 fr.	20'815 fr.	104'000 fr.	65'000 fr.
2005 :	2'386'479 fr.	516'619 fr.	- 74'309 fr.	104'000 fr.	67'600 fr.
2006 :	2'637'660 fr.	329'842 fr.	59'109 fr.	104'000 fr.	70'000 fr.
2007 :	2'284'007 fr.	256'446 fr.	47'649 fr.	78'000 fr.	78'000 fr.
2008 :	2'679'405 fr.	349'640 fr.	134'615 fr.	46'800 fr.	84'500 fr.

(1) les postes « produits des travaux » et « variation des travaux en cours » ont été cumulés. (2) applicable dès l'année 2004, année de l'association du recourant avec son fils.

3. Selon l'avis du 28 juin 2004 du Dr A_____, cardiologue FMH, le recourant souffrait d'une maladie coronarienne diffuse et avait fait des infarctus inférieurs en 1991 et 2001. Il avait subi de nombreuses angioplasties, la dernière en juin 2001. La fonction ventriculaire gauche était préservée et le recourant ne présentait pas d'angor, mais il était limité dans ses efforts.

4. Il ressort du dossier médical fourni par l'assureur perte de gain en cas de maladie que le recourant a été opéré le 10 août 2004 pour la pose d'une prothèse du genou gauche. Il a par la suite dû être à nouveau opéré le 3 mars 2006 pour le changement

de la prothèse en raison d'une infection. Selon l'avis du 24 juillet 2006 du Dr B_____, chirurgien orthopédiste FMH, l'évolution était favorable, mais la récupération n'était alors pas complète. Il subsistait des douleurs et un épanchement résiduel. Une importante amyotrophie résiduelle et les épanchements limitant la mobilité justifiaient le maintien de l'arrêt de travail. Le Dr B_____ mentionnait encore le fait que le recourant était diabétique et des douleurs du genou droit.

5. Selon l'avis du 11 septembre 2006 du Dr C_____, chirurgien FMH, le recourant souffrait de douleurs polyarticulaires dont une arthrose L4-L5, d'arthrose du genou droit et d'un status post prothèse du genou gauche. L'état de santé du recourant s'aggravait et une intervention sur le genou droit était programmée par le Dr B_____. Cette intervention était susceptible d'améliorer la capacité de travail.

S'agissant des limitations fonctionnelles, le recourant ne pouvait plus aller sur les toits et sa mobilité était réduite. Les positions assise et debout devaient être alternées. Les positions à genoux, en inclinaison du buste ou accroupies n'étaient pas exigibles. Le périmètre de marche était limité à 300 m, tandis que le port de charge était limité à 5 kg.

La capacité de travail était nulle et une reprise à 25 % serait possible dès que le Dr B_____ le permettrait.

6. Dans un avis du 13 septembre 2006, la Dresse D_____, spécialiste FMH en médecine interne, expliquait qu'en raison de l'arthrose du genou droit et suite à l'arthroplastie du genou gauche, le recourant ne pouvait pas monter des escaliers, ou des échelles, monter sur les toits, s'agenouiller ou porter de lourdes charges, de sorte qu'il était dans l'impossibilité de poursuivre son métier de ferblantier couvreur. Suite à une intervention au niveau du genou droit une reprise partielle de travail à 25 % pouvait être envisagée, mais uniquement dans le cadre de tâches administratives. Les limitations fonctionnelles signalées étaient comparables à celles mentionnées par le Dr C_____.
7. Le 18 septembre 2006, le Dr B_____ confirma qu'en raison d'une gonarthrose droite sévère constatée sur radiographie, la pose d'une prothèse totale du genou droit était à envisager. La prothèse du genou gauche était en place, mais avec des douleurs résiduelles. La capacité de travail du recourant était nulle depuis l'opération du 3 mars 2006.

Il y avait des limitations fonctionnelles des deux genoux. La position assise pouvait être maintenue quatre heures par jour et la position debout une à deux heures par jour. Les positions à genoux ou accroupie n'étaient pas exigibles. Le périmètre de marche était limité à 100 mètres et le port de charge limité à 10 kg.

L'environnement froid était à éviter. Compte tenu de ses limitations, la capacité de travail raisonnablement exigible était évaluée à 50 % dès 2007.

8. Par la suite, dans un avis du 4 mai 2007, le Dr B_____ indiqua que le recourant boitait et avait des douleurs des deux genoux. Sa capacité de travail dans l'activité habituelle était nulle. Une activité adaptée pourrait être exercée à 60 %. La pose d'une prothèse totale du genou droit n'était pas programmée actuellement, mais le serait probablement l'année suivante.
9. Dans un avis du 12 juillet 2007 signé par le Dr E_____, le Service médical régional AI pour la suisse romande (ci-après : SMR) confirma que le travail antérieur de ferblantier-couvreur n'était plus exigible. Dans une activité sédentaire et légère compatible avec les limitations fonctionnelles ostéoarticulaires, métaboliques et cardiaques, la capacité de travail était de 60 % depuis le mois de juin 2006. L'assuré souffrait, outre de ses problèmes de genoux, d'un diabète de type II, d'un status après deux infarctus, et d'une arthrose lombaire.
10. Selon le rapport d'enquête pour activité professionnelle indépendante de l'OCAI du 24 juillet 2008, le recourant était associé à son fils depuis le mois de mars 2004. Les salaires du recourant et de son fils ont été mentionnés plus haut (cf. chiffre 2) et les bénéfices étaient partagés en parts égales.

Lorsque le fils avait commencé, une activité dans le domaine sanitaire avait été développée, ce qui expliquait l'accroissement du chiffre d'affaires depuis 2004.

Le salaire du fils du recourant tenait compte de ce que, selon le recourant, il devait encore faire ses preuves, était trop jeune pour toucher un salaire conséquent et n'avait pas encore sa propre clientèle.

Avant l'atteinte à la santé du recourant, l'entreprise employait quatre ouvriers à plein temps (41 heures par semaine) et une secrétaire, à raison de deux heures par semaine. Depuis lors, deux ouvriers supplémentaires et une secrétaire à mi-temps avaient été engagés pour faire face à l'augmentation du chiffre d'affaires. En sus, un ouvrier avait été engagé en raison de l'incapacité de travail du recourant.

Le recourant consacrait plus de temps à la partie administrative de son travail, mais continuait à être présent sur les chantiers afin de diriger et conseiller les ouvriers.

Le taux d'invalidité était calculé selon la méthode ordinaire de comparaison des revenus. Sans invalidité, le revenu moyen selon les comptes 2002 à 2004 était pris en compte, soit un montant de 103'401 fr. Le revenu d'invalidité était calculé de la même manière, mais en fonction des seuls comptes 2006, soit un montant de 133'555 fr. Il en résultait un taux d'invalidité nul.

Pour l'année 2007, le revenu d'invalidé était fixé à 101'825 fr. selon la même méthode. Il en résultait un taux d'invalidité de 2%.

11. Se fondant sur l'avis du SMR du 12 juillet 2007 et le rapport d'enquête du 24 juillet 2008, l'OCAI adressa au recourant un projet de décision le 29 juillet 2008. La demande de ce dernier était rejetée.
12. Le recourant forma opposition contre ce projet de décision le 15 août 2008. Il expliquait notamment que son activité de ferblanterie était déficitaire depuis l'année 2003, année de sa chute ayant entraîné la pose de sa première prothèse du genou gauche. La pose d'une prothèse du genou droit était prévue pour le 2 décembre 2008.
13. Par décision du 19 septembre 2008, l'OCAI maintint son projet de décision, relevant de manière complémentaire qu'il n'existait qu'une seule société avec deux associés et non pas deux sociétés distinctes dont l'une serait bénéficiaire et l'autre déficitaire.
14. Par acte remis le 17 octobre au Tribunal cantonal des assurances sociales, le recourant conteste cette décision, concluant principalement à son annulation et au renvoi du dossier à l'OCAI dans le sens de l'octroi d'une rente à 50 %, ceci après audition de ses médecins.

Son recours est appuyé par un rapport d'audit du 1^{er} octobre 2008 de X_____ SA, fiduciaire spécialisée dans la branche du second œuvre. Selon ce rapport, le revenu imposable avait baissé en 2005 et 2006, par rapport aux années 2001 à 2004 et il y avait une grande disparité dans les résultats annuels en raison des ennuis de santé du recourant. Le revenu imposable avait diminué de moitié environ en 2003 par rapport aux années 2001 et 2002, en raison d'une hospitalisation en 2003.

La marge contributive (bénéfice net) avait baissé, dès 2003, pour tomber à 13% en 2005, alors que la moyenne suisse de la branche était de 23 %.

La branche ferblanterie assumée par le recourant n'évoluait pas correctement. La situation de santé du recourant avait justifié l'engagement de personnel supplémentaire et le salaire du recourant n'était pas fixé en fonction du travail de ce dernier, mais de ses obligations financières. Il en résultait qu'il coûtait à l'entreprise et que l'engagement particulièrement fort de son fils compensait l'absence du recourant, afin que le résultat ne soit pas pire.

15. Dans sa détermination du 3 décembre 2008, l'OCAI conclut au rejet du recours et à la confirmation de sa décision du 19 septembre 2008, à laquelle il était renvoyé. Selon le rapport d'enquête pour activité professionnelle indépendante, le recourant avait réussi à se réorganiser de manière à ne pas subir de préjudice trop important.

Le personnel engagé ne l'avait pas été en raison de l'invalidité du recourant, mais pour faire face à une augmentation du chiffre d'affaire. Pour le surplus, les salaires ne seraient pas fixés en fonction de la répartition du temps de travail entre le recourant et son fils, puisqu'en 2004, à répartition de temps de travail égale, le recourant avait perçu un salaire de 104'000 fr. et son fils avait perçu un salaire de 65'000 fr.

16. Par écriture complémentaire du 9 mars 2009, le recourant fit valoir que l'OCAI aurait dû faire usage de la méthode dite extraordinaire de comparaison de revenus, celle-ci étant adéquate pour les indépendants, en lieu et place de la méthode générale de comparaison.
17. Par écriture du 8 avril 2009, l'OCAI indiqua avoir fait usage à juste titre de la méthode générale de comparaison des revenus. La méthode extraordinaire ne devait être utilisée qu'à titre subsidiaire, lorsque la méthode générale n'était pas praticable. Bien que le recourant exerce une activité indépendante, le dossier contenait toutes les données permettant d'établir de manière fiable les deux revenus hypothétiques.
18. La cause fut gardée à juger le 29 juin 2009.

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. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après : LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable en l'espèce.
3. Déposé au Tribunal cantonal des assurances sociales le 17 octobre 2008, le recours contre la décision de l'OCAI du 19 septembre 2008 intervient en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA). Les autres conditions prévues par les art. 56 et ss LPGA étant réalisées, le recours est recevable.
4. Le litige porte sur la détermination du taux d'invalidité du recourant, et de ce fait, sur son éventuel droit à une rente d'invalidité de l'AI.
5. 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). 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 qui entre en considération, si cette diminution résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (art. 7 LPGA). Pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé à celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigé de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré (art. 16 LPGA et 28 al. 2 LAI).

6. La comparaison des revenus s'effectue, en règle générale, 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. Dans la mesure où ces revenus ne peuvent être chiffrés exactement, ils doivent être estimés d'après les éléments connus dans le cas particulier, après quoi l'on compare entre elles les valeurs approximatives ainsi obtenues (méthode générale de comparaison des revenus ; ATF 128 V 30 consid. 1, 104 V 136 consid. 2a et 2b; cf. ATF 130 V 348 consid. 3.4).

Si les deux revenus hypothétiques provenant d'une activité lucrative ne peuvent être établis ou évalués de manière fiable, il convient alors de procéder, en utilisant par analogie la méthode spécifique appliquée aux personnes sans activité lucrative (art. 27 RAI), à une comparaison des activités pour évaluer le degré d'invalidité en fonction des conséquences, du point de vue du gain, de la diminution de la rentabilité des intéressés sur le plan professionnel. Il s'agit alors de la méthode d'évaluation dite extraordinaire.

La différence fondamentale entre la procédure extraordinaire d'évaluation et la méthode générale de comparaison des revenus réside dans le fait que dans la première hypothèse, le degré d'invalidité n'est pas évalué par une comparaison directe des revenus. Il s'agit au contraire de déterminer d'abord, sur la base de la comparaison des activités, l'empêchement imputable à l'affection puis d'apprécier séparément les effets de cet empêchement sur la capacité de gain (cf. ATF 106 V 136 ; ATF du 30.04.01 dans la 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 (pratique VSI 2/1998, p. 122ss ; RCC 1979, p. 228ss ; voir aussi ATAS n° 273/2006 du 21 mars 2006 et n° 191/2004 du 30.03.2004).

La méthode d'évaluation se détermine en fonction des circonstances existant au moment de la prise de décision (RCC 1989 p. 127 consid. 2b).

7. En ce qui concerne la preuve, 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 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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 322 consid. 5a).

En vertu du principe de la libre appréciation des preuves, le juge apprécie librement les preuves médicales qu'il a recueillies, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Le juge doit examiner objectivement tous les documents à disposition, quelle que soit la provenance, puis décider s'ils permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux.

En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et enfin que les conclusions de l'expert soient dûment motivées. Au demeurant, l'élément déterminant pour la valeur probante n'est ni l'origine du moyen de preuve ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 125 V 352 consid. 3a, 122 V 160 consid. 1c et les références).

Les médecins du SMR sont liés par un rapport de travail avec l'Office. Si ce fait n'enlève a priori aucunement la valeur probante de leur examen, il faut relever cependant qu'il ne s'agit pas de médecins indépendants, spécialistes reconnus, au sens de la jurisprudence susmentionnée, et donc que leur analyse ne vaut pas expertise (ATAS n° 132/2007 du 16 janvier 2007).

Quant au médecin traitant, le juge peut et doit tenir compte du fait que selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier (ATF 125 V 353, consid. 3b/cc et les références).

8. Selon la jurisprudence (DTA 2001 p. 169), le juge cantonal qui estime que les faits ne sont pas suffisamment élucidés a en principe le choix entre deux solutions: soit renvoyer la cause à l'administration pour complément d'instruction, soit procéder lui-même à une telle instruction complémentaire. Un renvoi à l'administration,

lorsqu'il a pour but d'établir l'état de fait, ne viole ni le principe de simplicité et de rapidité de la procédure, ni le principe inquisitoire. Il en va cependant autrement quand un renvoi constitue en soi un déni de justice (par exemple, lorsque, en raison des circonstances, seule une expertise judiciaire ou une autre mesure probatoire judiciaire serait propre à établir l'état de fait), ou si un renvoi apparaît disproportionné dans le cas particulier (RAMA 1993 n° U 170 p. 136, 1989 n° K 809 p. 206). A l'inverse, le renvoi à l'administration apparaît en général justifié si celle-ci a constaté les faits de façon sommaire, dans l'idée que le tribunal les éclaircirait comme il convient en cas de recours (voir RAMA 1986 n° K 665 p. 87)

9. En l'espèce, le Tribunal ne saurait partager l'avis de l'OCAI selon lequel les revenus hypothétiques avec et sans invalidité auraient été établis de manière suffisamment fiable.

En effet, le recourant a subi la pose d'une prothèse totale du genou gauche en août 2004 et son remplacement suite à une infection en mars 2006. Il souffre également du genou droit depuis à tout le moins l'été 2006 (cf avis du Dr B_____ du 24 juillet 2006) et ses médecins, de même que le SMR s'accordent sur le fait que l'activité habituelle n'est plus exigible, le recourant ne pouvant plus monter sur les toits.

Or, précisément durant l'année 2004, soit peu avant la survenance de ses problèmes de santé, le recourant s'est associé à son fils. Depuis lors, l'entreprise du recourant a grandi avec la création d'un nouveau domaine d'activité (sanitaire), une augmentation notable du chiffre d'affaire et l'engagement de nouveaux employés (ouvriers et poste administratif). Il ressort de surcroît du rapport d'audit de X_____ SA du 1^{er} octobre 2008 que ce sont les efforts du fils du recourant qui permettaient à l'entreprise de ne pas aller plus mal.

Dans ces conditions, il n'est pas possible de déterminer à quelle cause (développement de l'entreprise ou invalidité du recourant) attribuer l'augmentation du chiffre d'affaire, l'engagement de la main d'œuvre (que ce soit les sous-traitants ou les employés), ainsi que la fluctuation non négligeable du résultat de l'entreprise.

Par ailleurs, compte tenu des liens familiaux unissant le recourant à son fils et associé dans l'entreprise, il n'est pas établi que le salaire versé au recourant soit représentatif du travail effectué. Le rapport d'audit de X_____ SA du 1^{er} octobre 2008 et les propos du recourant rapportés dans le rapport d'enquête pour activité professionnelle indépendante de l'OCAI du 24 juillet 2008 tendent plutôt à démontrer l'inverse.

Compte tenu par ailleurs de la variation importante du bénéfice net de l'entreprise, c'est à bon droit que le recourant réclame l'application de la méthode dite extraordinaire de comparaison des revenus.

10. Les éléments au dossier n'étant pas suffisant pour appliquer ladite méthode, le dossier sera renvoyé à l'OCAI pour instruction complémentaire.

Il s'agira de procéder à une nouvelle enquête économique, afin de déterminer les différentes activités exercées avec et sans invalidité, de même que l'empêchement et le revenu correspondant à chacune des ces activités, ceci de manière à fixer le taux d'invalidité du recourant.

11. Le recours sera ainsi partiellement admis.
12. Le recourant obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de 1'500 fr. lui est octroyée, à titre de dépens.
13. Un émolument de 500 fr. est mis à charge de l'intimé, qui succombe (art. 69 al. 1bis LAI)

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision du 19 septembre 2008.
4. Renvoie le dossier à l'OCAI dans le sens des considérants.
5. Condamne l'intimé à verser au recourant une indemnité de 1'500 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

Thierry STICHER

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