

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3961/2006

ATAS/671/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 13 juin 2007

En la cause

Monsieur B _____, domicilié , CHENE-BOUGERIES,
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître
LOCCIOLA Maurizio

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE, sis rue
de Lyon 97, GENEVE

intimé

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Florence BRUTSCH et Bertrand REICH, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur B_____ (ci-après: l'assuré), ressortissant suisse, est né le 1949. Marié, il est également père d'un fils, né le 22 décembre 1984.
2. Avant de s'installer en 1979 en Suisse, l'assuré a poursuivi l'école primaire, sans autre formation complémentaire, au Portugal.
3. Depuis 1989, il a exercé l'activité de concierge au sein de l'entreprise " " (ci-après: X_____) à raison de quatre heures par jour. En 2000, son salaire annuel s'élevait à 45'600.- fr. (soit 3'968.- fr mensuels).
4. Depuis 1990, l'assuré effectuait en parallèle un travail au sein de l'entreprise " B_____ " (ci-après: Y_____) dont le but est d'effectuer tous travaux de nettoyage et d'hygiène, de désinsectisation et de dératisation, de rénovation et de réparation dans le domaine du bâtiment ainsi que ponçage et imprégnation de parquets. Il en était l'associé unique et directeur.
5. En date du 21 juin 2002, l'assuré a été victime d'un accident sur son lieu de travail. Ses blessures à l'épaule droite et au coude ont entraîné une incapacité de travail totale.
6. Le 27 juin 2002, en sa qualité de directeur de l'entreprise Y_____, l'assuré a annoncé l'accident à la SUVA qui a, dans un premier temps, pris en charge le cas.
7. Du rapport intermédiaire LAA du 9 juillet 2002 du Dr A_____, généraliste et médecin traitant de l'assuré, il ressort un diagnostic de rupture du long chef du biceps droit et une lésion partielle du tendon bicipital au coude.
8. Dans le rapport intermédiaire LAA du 12 août 2002, la Dresse C_____, chirurgienne orthopédique, a retenu une rupture distale musculo-tendineuse du biceps brachial droit. Elle préconisait un traitement conservateur et prévoyait une reprise du travail à la mi-septembre.
9. Selon un nouveau rapport du 11 février 2003, la Dresse B_____ a diagnostiqué une fracture longitudinale du tendon du long chef du biceps de l'épaule droit; un conflit antéro-supérieur de l'épaule droit avec rupture partielle de la surface acromiale du sus-épineux; un status après rupture distale musculo-tendineuse du biceps brachial droit.
10. Le 9 mai 2003, l'assuré a été examiné par le médecin d'arrondissement de la SUVA, le Dr D_____, chirurgien orthopédiste. Confirmant les diagnostics susmentionnés, il a estimé la capacité de travail entière dans une profession de direction. En revanche, dans une profession demandant des travaux de force, l'incapacité de travail a été jugée totale.

11. Le 1^{er} septembre 2003, l'assuré a déposé une demande de prestations à l'OFFICE CANTONAL DE L'AI (ci-après: l'OCAI) précisant qu'il avait été victime d'une chute.
12. Le rapport du 23 septembre 2003 du Dr A_____ à l'intention de l'OCAI, confirme les diagnostics retenus auparavant. Selon ce médecin, ni l'activité de nettoyeur exercée jusque-là ni toute autre activité n'était exigible. S'agissant des capacités professionnelles, il a précisé les limitations suivantes: position stationnaire, position à genoux, inclinaison du buste, position accroupie, utilisation des deux bras, port de charges, se baisser, mouvements des membres ou du dos occasionnels ou répétitifs, travail en hauteur. En définitive, il a estimé sa capacité de travail à 25%, ce qui, à son avis, correspondait à la part de travail administrative de son activité.
13. Dans le questionnaire d'employeur rempli le 7 octobre 2003 par le X_____, l'employeur de l'assuré a confirmé les données économiques déjà communiquées par l'assuré à l'OCAI.
14. Le questionnaire rempli le 8 octobre 2003 par l'assuré lui-même (en sa qualité de directeur et d'associé de Y_____) indiquait les activités de nettoyeur, de ponceur et de concierge poursuivies avant l'accident. Il a mentionné 44 heures de travail hebdomadaires moyennant un salaire mensuel de 5'000.- fr. Il a également indiqué que, suite à l'évènement, son activité se limitait aux tâches administratives, dont notamment les entretiens, avec les clients, collaborateurs ou autres interlocuteurs de l'entreprise.
15. Le 2 décembre 2003, l'assuré, alors âgé de 54 ans, a de nouveau été examiné par le médecin d'arrondissement, le Dr D_____. Ce médecin a admis que l'ensemble des symptômes douloureux avait certainement un retentissement sur sa capacité de travail comme nettoyeur sans toutefois la chiffrer.
16. Par décision du 16 décembre 2003, la SUVA a mis fin à ses prestations à la fin décembre de la même année.
17. Sur demande de l'OCAI, l'assuré lui a communiqué tous ses décomptes personnels de salaires versés par Y_____ et X_____. Il ressort desdits décomptes que Y_____ avait versé à l'assuré un salaire mensuel et moyen brut de 4'350.- fr (2000); 4'987.50 fr (2001); 5'000.- fr (2002); 5'000.- fr (2003). Quant à l'X_____, cette organisation lui a versé 3'800 fr (2000); 3'875 fr (2001); 3'875.- fr (2002); 3'935.- fr (2003).
18. Par courrier du 17 mars 2004, la SUVA a informé l'assuré qu'elle était intervenue à tort, dès lors que l'accident du 21 juin 2006 s'était produit dans l'exercice de son activité au sein de son entreprise et non dans son activité de concierge auprès de

l'X_____. Il appartenait à l'assureur-accidents de cette organisation de prendre en charge le cas.

19. Suite à un échange de courrier entre les deux assureurs accidents, l'assureur-accidents de l'X_____ a finalement pris en charge le cas. En conséquence, il a confié une expertise au Dr E_____, chirurgien orthopédique. Dans son rapport du 11 juillet 2004, l'expert a confirmé les diagnostics posés jusque-là par ses confrères. Quant à l'incapacité de travail, il l'a estimée totale dans ses anciennes activités lourdes de ponceur et de nettoyeur (ponçage de parquet, pose de parquets, transport d'objets particulièrement lourds). En revanche, dans une activité légère, sa capacité de travail était entière.
20. Mandaté également par l'assureur-accidents, le Dr F_____, rhumatologue et interniste, a mené une expertise médicale et a rendu son rapport le 13 septembre 2004. D'un point de vue rhumatologique, il a jugé que la capacité de travail de l'assuré s'élevait à 50% dans son activité professionnelle de concierge antérieure. Cette capacité était en revanche entière dans une activité adaptée.
21. Le rapport intermédiaire du Dr A_____ du 5 octobre 2004 adressé à l'OCAI a résumé les différents diagnostics ayant une répercussion sur la capacité de travail: lombalgies, syndrome vertical cérébral, importante limitation fonctionnelle de l'épaule droite, douleur résiduelle du scrotum et troubles de l'érection. Il a mentionné une incapacité de travail médicalement attestée de 100% du 21 juin 2002 au 31 août 2002; de 50% du 1^{er} septembre 2002 au 25 septembre 2002; de 100% du 26 septembre 2002 au 31 octobre 2004. L'état de santé de l'assuré était stationnaire. Pour ce médecin, la capacité de travail ne pouvait plus être améliorée par des mesures médicales et des mesures professionnelles n'étaient pas indiquées.
22. Par courrier du 30 novembre 2004 adressé au conseil de l'assuré, le Dr G_____, chirurgien orthopédique, a également retenu les diagnostics mentionnés ci-avant. Toutefois, selon ce spécialiste, l'assuré conservait une capacité de travail résiduelle de 50% depuis le 1^{er} janvier 2004 dans son activité de concierge, mais entière dans une activité adaptée tenant compte des limitations fonctionnelles.
23. Le rapport d'examen du Service médical régional de la Suisse Romande (ci-après: SMR) du 4 novembre 2005, signé par le Dr H_____ a repris les diagnostics posés par les Drs E_____ et I_____. En matière de capacité de travail, il a retenu une incapacité de travail de 100% du 10 juin au 31 décembre 2003. En revanche, dès le 1^{er} janvier 2004, l'assuré avait conservé une capacité de travail de 50% dans ses anciennes activités, alors que sa capacité de travail était entière dans une activité adaptée.
24. L'instruction au plan économique menée par l'OCAI comportait principalement une enquête pour activité professionnelle indépendante, se fondant sur le statut de

l'assuré qui figurait au registre du commerce. Dans leur rapport du 12 juillet 2005, les enquêteurs se sont basés sur les taux d'activité et limitations fonctionnelles retenus par les Drs E_____ et I_____. Ils ont ainsi estimé l'incapacité de travail de 0% dans les 50% d'activité de direction que composait son activité d'entrepreneur; en revanche, dans l'autre moitié de son activité d'entrepreneur, comportant des tâches physiques, l'incapacité de travail était de 50%. Il en résultait une incapacité de travail pondérée de 25%. Ils ont ensuite constaté que l'assuré avait, de sa propre initiative, parfaitement adapté son poste de travail en abandonnant toutes ses anciennes activités physiques pour se consacrer exclusivement aux travaux de direction. Du personnel de remplacement avait été engagé pour exécuter ses anciennes activités physiques. De ce fait, il s'était réadapté au sein de sa société Y_____ de façon à être à même d'utiliser au mieux ses capacités. Au surplus, grâce à un contrat conclu en 2003 avec Z_____ SA, le chiffre d'affaires ainsi que le bénéfice avaient très sensiblement augmenté entre 2003 et 2005. Ils ont en déduit qu'en l'espèce, le taux d'invalidité était nul car l'assuré présentait un revenu bien plus important après la survenance de ses problèmes de santé. De la comparaison des revenus avant invalidité (basé sur la moyenne des bouclements des comptes entre 1999 et 2001, soit 30'692.- fr) avec le revenu raisonnablement exigible (basé sur la moyenne des bouclement des comptes entre 2003 et 2004, soit 162'641.- fr) ;), il n'en résultait aucune perte de gain. Bien au contraire, force était de constater qu'il percevait aujourd'hui un revenu cinq fois plus élevé en raison des mesures d'auto-réadaptation prises au sein de son entreprise.

25. L'entreprise Y_____ SARL a été transformée en société anonyme conformément au projet de transformation du 20.03.2006 et bilan au 31.12.2005.
26. Par projet de décision du 24 juillet 2006, l'OCAI a admis que les atteintes à la santé (cervico-lombalgies chroniques associés à une péri-atrophie de hanche bilatérale, de troubles dégénératifs rachidiens modérés et des discopathies pluri étagées d'une tendinopathie de la coiffe des rotateurs, d'un conflit sous-acromial, d'une omarthrose débutante droite et d'un status après rupture traumatique du long chef du biceps et du biceps brachial droit) avaient entraîné une incapacité de travail totale du 19 juin 2002, puis de 50% à partir du 1^{er} janvier 2004. En revanche, dans une activité adaptée, soit un travail léger épargnant les mouvements répétitifs du membre supérieur droit principalement au-dessus de l'horizontale et les mouvements répétitifs impliquant la nuque, la capacité de travail restait entière. L'office a constaté que l'assuré avait, de sa propre initiative, adapté son poste de travail en tenant compte de ses limitations fonctionnelles. Il avait abandonné les activités physiques pour se consacrer exclusivement aux travaux de direction et a engagé du personnel de remplacement ou supplémentaire. Il s'était de ce fait parfaitement réadapté au sein de la société en procédant aux changements possibles. Se fondant sur les conclusions du rapport d'enquête pour activité professionnelle indépendante, l'office a comparé les revenus avant et après invalidité sur la base de

la moyenne des bouclements des comptes. Il en a tiré la conclusion qu'il n'en résultait aucune perte de gain, bien au contraire. Dès lors, aucune mesure de réadaptation ni aucune prestation en espèces était nécessaire.

27. Par décision formelle du 25 septembre 2006, l'OCAI a confirmé la teneur de son projet de décision.
28. Par acte du 27 octobre 2006, l'assuré interjette recours contre cette décision. Il conclut au versement d'une rente complète d'invalidité. Il fait valoir que la méthode de comparaison de revenus utilisée par l'OCAI n'est pas adaptée à son cas. Au lieu d'appliquer la méthode spécifique d'évaluation d'invalidité, l'office aurait dû appliquer la méthode extraordinaire d'évaluation. A ce propos, il cite la jurisprudence selon laquelle la première méthode est inapplicable lorsque l'on peut exclure au degré de vraisemblance prépondérante, que les résultats de l'exploitation ont été influencés par des facteurs étrangers à l'invalidité, ce qui était le cas en l'espèce. En effet, l'augmentation extraordinaire du bénéfice était due à un contrat conclu avec l'entreprise Z_____, dont le terme était d'ailleurs prévu en fin d'année. De surcroît, indépendamment de ce contrat, il était manifeste que l'entreprise était fortement tributaire de la conjoncture de par sa taille et son domaine d'activité soumis à une forte concurrence. L'office ne pouvait se fonder sur une simple comparaison des moyennes des bouclements de comptes de l'entreprise en question. En outre, son ancienne activité de concierge avait été complètement omise de la comparaison des revenus. Selon les indications de l'intimé en ce qui concerne sa situation avant l'atteinte à la santé, le temps d'activité dans son entreprise était réparti de la façon suivante: 80 % de travail manuel, 20 % de travail administratif. Dans le cadre de son activité de concierge: 20 heures de travail manuel. Dans l'ensemble il avait ainsi exercé 86% de travaux manuels et 19% de travail administratif. Il indique qu'après son handicap, il n'exerce plus que 20 heures de travail. Il en a conclu que le revenu après invalidité représentait 20% du revenu avant invalidité, de sorte que le degré d'invalidité s'élevait à 80 % ce que lui ouvrait le droit à une rente complète.
29. Par réponse du 27 novembre 2006, l'OCAI a indiqué que les motifs le conduisant à proposer le rejet du recours ressortaient déjà de la décision attaquée, voire de l'enquête menée par ses services.
30. Par courrier du 1^{er} décembre 2006, cette réponse a été communiquée au recourant qui a renoncé à dupliquer.
31. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales statuant conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 LOJ en instance unique, sur les contestations prévues à l'art. 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 sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI).

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

2. Selon l'art. 60 al. 1 LPGA, le délai de recours est de 30 jours. La décision sur opposition du 25 septembre 2006 a été notifiée le 27 septembre 2006 au recourant (cf. art. 38 al. 1 LPGA). Le recours du 27 octobre 2006 a par conséquent été formé en temps utile. Interjeté également dans la forme prévue par la loi, le recours est recevable, en vertu des art. 56 et ss LPGA.
3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant des modifications législatives notamment dans le droit de l'assurance-invalidité. Du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits et le juge des assurances sociales se fonde en principe, pour apprécier une cause, sur l'état de fait réalisé à la date déterminante de la décision litigieuse, soit en l'espèce, le 25 septembre 2006 (ATF 129 V 4 consid. 1.2, 356 consid. 1, et les arrêts cités).

Ces principes de droit intertemporel commandent ainsi l'examen du bien-fondé de la décision litigieuse à la lumière des anciennes dispositions de la LAI pour la période s'étendant jusqu'au 31 décembre 2002, et au regard des nouvelles dispositions de la LPGA pour la période postérieure (voir ATF 130 V 445). Cela reste toutefois sans incidence sur le sort de cette procédure car les normes de la LPGA sur l'invalidité (art. 8) et l'évaluation du taux de l'invalidité (art. 16) correspondent aux notions précédentes dans l'assurance-invalidité telles que développées jusque-là par la jurisprudence (ATF 130 V 343). On ajoutera que les modifications de la LAI du 21 mars 2003 (4^{ème} révision de la LAI), entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2004, sont applicables au présent litige au regard des critères rappelés ci-avant.

De manière générale, en ce qui concerne la procédure et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b; 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

En particulier, la loi fédérale du 16 décembre 2005 modifiant la loi fédérale sur l'assurance-invalidité est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006 (RO 2006 2003), apportant des modifications qui concernent notamment la procédure conduite devant le Tribunal cantonal des assurances (art. 52, 58 et 61 let. a LPGA). Le présent cas est dès lors soumis au nouveau droit, du moment que le recours de droit administratif a été formé après le 1^{er} juillet 2006 (ch. II let. c des dispositions transitoires relatives à la modification du 16 décembre 2005).

4. Le litige porte sur l'évaluation de l'invalidité du recourant.
5.
 - a) On rappellera qu'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. 7, 8 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 le 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 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. 28 al. 2 LAI).
 - b) Depuis le 1^{er} janvier 2004 (4e révision AI), l'assuré a droit à un quart de rente s'il est invalide à 40% au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50% au moins, à trois-quarts de rente s'il est invalide à 60% au moins et à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins.
 - c) L'obligation pour l'assuré de diminuer le dommage est un principe général du droit des assurances sociales (ATF 129 V 463 consid. 4.2, 123 V 233 consid. 3c, 117 V 278 consid. 2b, 400 et les références citées). Le juge ne peut pas se fonder simplement sur le travail que l'assuré a fourni ou s'estime lui-même capable de fournir depuis le début de son incapacité de travail, ceci pour éviter que le recourant soit tenté d'influencer à son profit, le degré de son invalidité (ATF 106 V 86 consid. 2 p. 87).
 - d) Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu un recours) a besoin de documents que le médecin, éventuellement aussi d'autres spécialistes, doivent lui fournir. La tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré (ATF 125 V 261 consid. 4, 115 V 134 consid. 2, 114 V 314 consid. 3c, 105 V 158 consid. 1).

6. a) Selon le principe de la libre appréciation des preuves, pleinement valable en procédure judiciaire de recours dans le domaine des assurances sociales (cf. art. 61 let. c LPGA), le juge n'est pas lié par des règles formelles, mais doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Selon le principe de la libre appréciation des preuves, qui s'applique aussi bien en procédure administrative qu'en procédure de recours de droit administratif (art. 40 PCF en corrélation avec l'art. 19 PA ; art. 95 al. 2 OJ en liaison avec les art. 113 et 132 OJ), l'administration ou le juge apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Lorsque les rapports médicaux sont contradictoires, le juge ne peut trancher l'affaire sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. A cet égard, l'élément déterminant n'est ni l'origine, ni la désignation du moyen de preuve comme rapport ou expertise, mais son contenu. Il importe que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des interférences médicales soit claire et, enfin, que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 125 V 351 consid. 3a).

Lorsque, au stade de la procédure administrative, une expertise confiée à un médecin indépendant est établie par un spécialiste reconnu, sur la base d'observations approfondies et d'investigations complètes, ainsi qu'en pleine connaissance du dossier, et que l'expert aboutit à des résultats convaincants, le juge ne saurait les écarter aussi longtemps qu'aucun indice concret ne permet de douter de leur bien-fondé (ATF 125 V 353 consid. 3b/bb).

En ce qui concerne les rapports établis par les médecins traitants, 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 351 consid. 3b/bb et cc).

7. Le recourant conteste conserver une capacité de travail résiduelle dans toute activité physique.

En l'espèce, il y a effectivement lieu de distinguer les capacités physiques de toutes les autres capacités non physiques (administratives, d'organisation, de gestion, intellectuelles, contact avec la clientèle, acquisition de contrats, etc..)

S'agissant des capacités physiques, il convient de reconnaître toute valeur probante aux expertises effectuées par les Drs E _____ et F _____. Elles sont toutes deux d'une part complètes et claires, et d'autre part convaincantes les experts ayant expliqué pour quelles raisons ils admettaient une capacité résiduelle de travail de 50% au moins dans ses anciennes activités physiques. Il convient cependant d'ajouter que ce taux de capacité résiduelle est considéré comme possible également pour le Drs G _____ et H _____. Les experts ont notamment précisé que les limitations fonctionnelles du recourant n'empêchaient pas celui-ci de s'acquitter de tâches plus légères que comportaient ce genre d'activité. **Cet élément peut être, en effet, important pour l'évaluation de l'invalidité.** Ainsi, c'est à juste titre qu'une capacité de travail de 50% dans des activités physiques peut être retenue, même si le recourant s'estime totalement incapable d'effectuer de telles activités.

S'agissant des autres capacités, les diagnostics retenus par les différents médecins consultés sont convergents: aucune atteinte ne peut être retenue à ce titre. De même convient-il de relever que tous les médecins s'accordent à fixer le taux de capacité du recourant à 100 %, dans toute profession comportant exclusivement des tâches de direction ou administratives, y compris le SMR par le biais du Dr H _____ qui conclut à ce pourcentage. C'est d'ailleurs le taux retenu par l'OCAI.

8. Chez les assurés actifs, le degré d'invalidité doit en principe être déterminé sur la base d'une comparaison des revenus. Pour cela, le revenu du travail que l'invalidé pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui, après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, est comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide (art. 28 al. 2 LAI).

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 128 V 30 consid. 1, 104 V 136 consid. 2a et 2b).

Toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA ; voir notamment ATFA non publié du 1er septembre 2003 en la cause I 689/02), 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.

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-actifs (art. 27 RAI), procéder à une comparaison des activités et évaluer le degré d'invalidité d'après l'incidence de

la capacité de rendement amoindrie sur la situation économique concrète. La différence fondamentale entre la procédure extraordinaire d'évaluation et la méthode spécifique (selon l'art. 28 al. 3 LAI en corrélation avec les art. 26bis et 27 al. 1 RAI) 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 (ATF 128 V 30 ; 104 V 136 ; VSI 1998 p. 122).

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 (VSI 1998 p. 121). En effet si la comparaison des résultats d'exploitation réalisés dans une entreprise artisanale avant et après la survenance de l'invalidité ne permet de tirer des conclusions valables sur la diminution de la capacité de gain due à l'invalidité que dans le cas où l'on peut exclure au degré de vraisemblance prépondérante que les résultats de l'exploitation aient été influencés par des facteurs étrangers à l'invalidité. En effet, les résultats d'exploitation d'une entreprise artisanale dépendent souvent de nombreux paramètres difficiles à apprécier, tels que la situation conjoncturelle, la concurrence, l'aide ponctuelle de membres de la famille, des personnes intéressées dans l'entreprise ou des collaborateurs. Généralement, les documents comptables ne permettent pas, en pareils cas, de distinguer la part du revenu qu'il faut attribuer à ces facteurs (étrangers à l'invalidité) et celle qui revient à la propre prestation de travail de l'assuré (VSI 1998 p. 124 consid. 2c et p. 259 consid. 4a).

Selon la pratique administrative, consacrée dans les chiffres 3112ss de la circulaire de l'OFAS concernant l'invalidité et l'impotence (ci-après: CIIAI), il convient d'abord d'établir quelles sont les activités que la personne assurée pourrait exercer avec et sans atteinte à la santé, et dans quel laps de temps elle pourrait les accomplir. Il y a également toujours lieu d'examiner dans quelle mesure il lui serait possible de réduire sa perte de gain, en substituant à certaines tâches qu'elle accomplissait auparavant d'autres tâches, mieux adaptées au handicap dont elle souffre. Ensuite, il s'agira de pondérer les activités en appliquant à chaque activité le salaire de référence usuel dans la branche. On peut ainsi déterminer le revenu d'invalidité et effectuer une comparaison des revenus.

En dernier lieu, on précisera encore qu'un revenu d'appoint doit être englobé dans le revenu sans invalidité en vue de sa comparaison avec le revenu d'invalidité lorsqu'on peut admettre au degré de la vraisemblance prépondérante que l'assuré, s'il était demeuré en bonne santé, aurait continué à exercer l'activité en cause et à en percevoir la rémunération. Il en va ainsi quelle que soit l'importance de cette activité en termes de taux d'occupation et de prestations de travail exigées (RAMA 2000 n° U 400 p. 381 ss, 1989 n° U 69 p. 181 consid. 2c; RCC 1980 p.

559 consid. 3a). A l'inverse, un revenu complémentaire ne peut être pris en compte à titre de revenu d'invalidé que dans la mesure où on peut exiger de l'assuré - aux mêmes conditions que pour l'activité principale - qu'il continue à exercer l'activité accessoire en cause malgré l'atteinte à sa santé (ATF du 16 mai 2003, cause I 576/02; ATF du 26 août 2005, cause I 511/04).

9. En l'espèce, l'OCAI a procédé à la comparaison des revenus avant invalidité avec le revenu raisonnablement exigible sur la base de la moyenne des bouclements de comptes de l'entreprise du recourant.

Ces bases de comparaison sont à juste titre critiquées. Comme l'admet l'intimé lui-même, les résultats des exercices postérieurs à l'an 2003 dépendent presque exclusivement du contrat conclu avec Z_____. D'autre part, l'entreprise du recourant est fortement tributaire de la conjoncture de par sa taille et son domaine d'activité. Tous ces éléments sont étrangers à l'handicap du recourant. Conformément à la jurisprudence fédérale citée, il convient par conséquent d'appliquer la méthode extraordinaire des revenus qui consiste, en fait, à une comparaison des revenus avec comparaison préalable des champs d'activités (RCC 1979 p. 230).

Compte tenu de la méthode admise en pratique, force est de constater que l'OCAI a, dans un premier temps, effectivement procédé à une répartition des activités (cf tableau p. 5 de l'enquête, pièce 116 chargé de l'intimé). L'office a ainsi considéré que sur les 84 heures de travail hebdomadaires dans ses anciennes activités d'entrepreneur et de concierge, les tâches de l'assuré comportaient, pour moitié des tâches administratives et pour l'autre moitié, des tâches physiques. Conformément aux taux d'incapacité retenus par les experts, seule la moitié des tâches physiques pouvaient être poursuivies compte tenu de son handicap. Dans un premier stade, l'office en a déduit une incapacité de travail pondérée de 25%.

Le recourant rétorque que la répartition des tâches n'est pas exacte. Selon lui, il faudrait au contraire prendre en compte 19% de tâches administratives et 81% de tâches physiques. Il en déduit une incapacité de travail pondérée de 80%, estimant qu'il ne peut plus effectuer aucune tâche physique.

Il a été expliqué ci-avant, que s'agissant des activités physiques, seul importe le taux d'incapacité de 50% retenu par les experts. Il reste dès lors à déterminer si la répartition des tâches décrite par l'office prête le flanc à la critique.

Tel n'est pas l'avis du Tribunal de céans.

L'activité de concierge poursuivie par l'assuré à raison de 20 heures hebdomadaires ne se résumait pas exclusivement à des tâches physiques. Certes, dans le cadre de cette activité, il y a lieu de jardiner et de nettoyer les lieux communs en général, activités hautement physiques. Toutefois, le concierge a

également pour tâche de faire intervenir des professionnels lorsqu'il y a lieu de procéder à des travaux spécifiques, d'assurer l'accès des lieux à différentes personnes (locataires ou tiers), de renseigner diverses personnes (régie ou locataires), de veiller au respect du règlement de maison, d'avertir les utilisateurs de l'échéancier de travaux, coupures de courant ou d'eau etc. Compte tenu de ce qui précède, la répartition retenue par l'OCAI apparaît conforme à l'exercice de l'activité de concierge.

Son activité d'entrepreneur peut également être répartie moitié-moitié entre des tâches physiques et des tâches administratives. En effet, en tant que directeur de sa propre entreprise, toutes les tâches d'organisation, de gestion, d'acquisition de la clientèle, de commandes, de publicité, de relations publiques et de déplacements qui en découlent, lui incombent dès le départ. Même si la facturation et la comptabilité étaient sous-traitées, les activités administratives et de direction représentant 50% au moins de son temps. Il n'y a par conséquent pas lieu de s'écarter de la répartition des champs d'activité retenus par l'OCAI.

Quoi qu'il en soit, dans le cas d'espèce, la répartition des champs d'activités arrêtée par l'office lui est favorable dès lors que, comme il sera démontré ci-dessous, les revenus tirés des activités de direction sont plus élevés que ceux découlant d'activités manuelles.

S'agissant des activités exercées après l'handicap, l'intimé explique à juste titre que, compte tenu des mesures raisonnablement exigibles visant à réduire le dommage, le taux d'incapacité de travail pondéré retenu doit être revu à 0% (cf. tableau p. 5 de l'enquête). En effet, le recourant a abandonné toute activité physique; il n'effectue plus que des activités de direction dans lesquelles sa capacité de travail est totale. Ici, il ne présente notamment pas de limitations dès lors que la facturation et la comptabilité - domaines que le recourant ne maîtrise pas - sont entièrement sous-traitées. Enfin, comme le relève l'intimé, le fait que le recourant ne se consacre que 4 heures par jour à son activité professionnelle relève de son choix personnel. Selon les avis médicaux autorisés, il pourrait assumer l'équivalent d'un plein temps dans des activités de direction.

En résumé, en principe, pour comparer les revenus on retiendra les revenus retirés de ses activités de concierge et d'entrepreneur avant handicap, avec ceux qu'il aurait dû retirer en poursuivant, à plein temps et rendement, une activité de directeur d'entreprise.

Néanmoins, contrairement à ce qu'allègue le recourant, dans le cas d'espèce, il n'y a pas lieu d'englober le revenu d'appoint en tant que concierge dans le revenu sans invalidité en vue de sa comparaison avec le revenu d'invalidité. *In casu*, on peut en effet admettre au degré de la vraisemblance prépondérante que le recourant, s'il était demeuré en bonne santé, n'aurait pas continué à exercer l'activité de

concierge et à en percevoir la rémunération. S'agissant d'une entreprise familiale qu'il a lui-même fondée, il était très probable que le recourant abandonne cette activité dès que son entreprise lui fournissait une assise financière régulière et confortable.

10. 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 222 et 128 V 174).

En application de l'art. 29 al. 1 let. b LAI et de l'art. 48 al. 2 LAI, pour procéder à la comparaison des revenus, il convient de se placer en 2003 puisque les troubles dont souffre le recourant sont présents depuis juin 2002, que sa demande de prestations date de septembre 2003 et que l'ouverture du droit à une rente remonterait au plus tôt à juin 2003.

Dès lors que la base de comparaison de revenus ne peut être établie de manière fiable, il y a lieu de se référer aux données statistiques (Enquête suisse sur la structure des salaires [ESS]) lorsque, 2002).

Dans un tel cas, certains empêchements propres à la personne de l'invalidé (limitations liées au handicap, âge, années de service, nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation) exigent que l'on réduise le montant des salaires ainsi obtenus (ATF 126 V 79 consid. 5b/aa). De telles réductions ne doivent pas être effectuées de manière schématique, mais doivent tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier, et cela dans le but de déterminer, à partir de données statistiques, un revenu d'invalidé qui représente au mieux la mise en valeur économique exigible des activités compatibles avec la capacité de travail résiduelle de l'intéressé (ATF 126 V 80 consid. 5b/bb). 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 80 consid. 5b/cc; VSI 2002 p. 64). La déduction de 25 % n'intervient cependant pas de manière générale et dans chaque cas. Il faut au contraire examiner sur la base de l'ensemble des circonstances du cas concret particulier si et dans quelle mesure le revenu hypothétique doit être réduit.

Selon la pratique administrative (Chiffre 3115 CIIAI), il y a lieu de prendre en compte le tableau suivant:

Descript. activités	Pondération sans handicap	Pondération avec handicap	Revenu en francs (salaire	Revenu sans handicap	Revenu avec handicap
------------------------	---------------------------------	---------------------------------	---------------------------------	----------------------------	-------------------------

			annuel)	(revenu d'une personne non valide)	(revenu d'invalidé)
Tâches Direction	50%	100%	123'249,7 fr	61'624,85 fr	123'249,7 fr
Activités physiques	50%	0%	53'040,312 fr	26'520,156 fr.	-
Total	100%	100%		88' 145,0 fr.	123'249,7 fr

Sur le salaire sans invalidité dans le cadre de ses fonctions de direction, on se référera en particulier aux statistiques [(ESS 2002, 41,7 h/semaine, + 1,4% IPC pour 2003, moyenne du secteur 3, commerce et réparation, hommes, tâches les plus exigeantes et les plus difficiles (niveau 1)], soit un salaire mensuel de 10'129 fr, équivalent à un salaire annuel de 121'548 fr (+ 1,4% IPC = 1'701,70 fr) que l'on valorise à 123'249,7 fr. Compte tenu de la pondération sans handicap de 50%, il faut en retenir la moitié, soit un revenu de 61'624,85 fr pour les tâches de direction.

Dans le cadre de ses activités physiques, l'on se référera également aux statistiques [(ESS 2002, 41,7 h/semaine + 1,4% IPC pour 2003, moyenne du secteur 3, commerce et réparation, activités simples et répétitives (niveau 4)], soit un salaire mensuel de 4'359 fr, équivalent à un salaire annuel de 52'308 fr (+ 1,4 % IPC = 732,312 fr) que l'on valorise à 53'040,312 fr, dont on retiendra également la moitié compte tenu de la pondération sans handicap de 50%. Il en résulte: 26'520,156 fr.

Le revenu de la personne non invalide correspond dès lors à :

$$61'624,85 \text{ fr} + 26'520,156 \text{ fr} = \underline{88' 145,00 \text{ fr.}}$$

En revanche, le revenu de la personne invalide, compte tenu de la pondération avec handicap de 100% dans des tâches de direction correspond à:

$$\underline{123'249,70 \text{ fr} .}$$

Or, même à supposer que l'on tienne compte d'un abattement maximal de 25% qui, de l'avis du Tribunal de céans, ne se justifie pas dans le cas d'espèce, force est de constater qu'il n'en résulterait pas davantage de perte de gain.

En effet : 123'249, 7fr - 30'812,25 fr = 92'436, 75 fr, montant plus élevé que 88'145 fr.

11. En conséquence, le recours mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition du 25 septembre 2006 confirmée.
12. En vertu de l'art. 69 al. 1 bis LAI, entré en vigueur le 1er juillet 2006, la procédure de recours en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI devant le Tribunal de céans est soumise à des frais de justice, lesquels doivent se situer entre 200 fr. et 1'000 fr. Au vu du sort du recours, il y a lieu de condamner le recourant au paiement d'un émolument de 1'000 fr.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. L'émolument, fixé à 1'000 fr., est mis 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); 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

Sylvie CHAMOUX

Juliana BALDE

La secrétaire-juriste : Marta TRIGO TRINDADE LAURIN

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