

FR_GERICHTE 608 2019 228 vom 29. Oktober 2020

FR Kantonsgericht, 2020-10-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_608_2019_228

FR: FR_GERICHTE 608 2019 228 du 29 octobre 2020

IT: FR_GERICHTE 608 2019 228 del 29 ottobre 2020

Regeste

Arrêt de la IIe Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal | Invalidenversicherung

Erwägungen

E. 13

novembre 2018, a retenu les diagnostics suivants : status après rupture de la coiffe des rotateurs des deux épaules ; canal lombaire étroit et instabilité ; status après micro-décompression L4-L5 en 2015, micro-décompression L4—L5 et L5-S1 en 2016 et re-décompression L5-S1 + foraminotomie L5 + stabilisation dynamique L3-S1 en novembre 2017. Pour le SMR, l'activité de machiniste est contre-indiquée compte tenu de ces diagnostics. En revanche, dans une activité légère, ne comprenant pas de port de charges itératif de plus de 10 kg en bi-manuel et de plus de 5 kg en mono-manuel, ni de soulèvement de charges, ni d'utilisation de machines vibrantes, ni de position prolongée en porte-à-faux du rachis lombaire, ni de mouvements répétitifs de flexion/extension, ni torsion du rachis lombaire, et avec la possibilité d'alterner les positions, assise, debout, marche, la capacité de travail est de 100%. D. Nonobstant le fait que cette activité de machiniste était contre-indiquée dans son cas, l'assuré a continué à l'exercer, réalisant, selon l'OAI, des bénéfices annuels en 2016, 2017 et 2018 selon les pièces comptables fournies, respectivement de CHF 75'672.35, CHF 89'491.45 et de CHF 109'796.85, alors que, sans l'invalidité, l'OAI avait tenu compte, en 2013, d'un salaire annuel, indexé pour l'année 2017, de CHF 63'493.25. En tenant compte d'un revenu d'activité adaptée aux handicaps de l'assuré, le revenu annuel à prendre en considération, selon l'OAI, serait de CHF 67'070.60. Partant, ce dernier a considéré que l'assuré ne présentait aucune perte de gain et a, en conséquence, nié le droit à une rente, par décision du 28 juin 2019.

Tribunal cantonal TC Page 3 de 9 E. Contre cette décision, A. _____, représenté par Me Alain Ribordy, avocat, a interjeté recours en date du 27 août 2019. En substance, il reproche à l'OAI d'avoir fixé le revenu d'indépendant de manière purement fictive et abstraite, en reprenant les montants retenus dans sa décision de 2013, et sans prendre en considération le développement de l'entreprise, les montants du chiffre d'affaires réalisés effectivement, ni tenir compte de facteurs inhérents aux charges d'indépendant. Reproche est également fait à l'OAI d'avoir omis de tenir compte des facteurs qui ont contribué à réduire les bénéfices de l'entreprise en raison du handicap, compte tenu du fait qu'il a poursuivi cette activité malgré ses limitations. Enfin, il conteste également le salaire d'invalidé et le fait de pas avoir pris en considération l'importance de l'incapacité résiduelle de travail ainsi que les facteurs personnels liés à sa situation spécifique. Enfin, le recourant estime que l'OAI n'a pas tenu compte des facteurs d'abattement instaurés par la jurisprudence pour calculer sa perte de gain. F. Appelé à se prononcer sur le recours, l'OAI a, dans sa réplique du 30 octobre 2019, estimé que la situation médicale revêtait un caractère secondaire dans ce

dossier en raison du fait que l'assuré avait poursuivi – et poursuivait toujours – son activité d'indépendant sans subir de perte de gain suffisante. Il fait également remarquer qu'il a analysé les pièces comptables, lesquelles ont fait ressortir une augmentation du chiffre d'affaires en dépit de ses limitations et que la sous-traitance, invoquée par le recourant comme facteur de diminution de son chiffre d'affaires, a été rendue nécessaire non pas pour cause d'incapacité de travail, mais en raison du volume de travail qui rendait impossible l'exécution des tâches par une seule personne. G. Dans sa duplique du 9 décembre 2019, le recourant réfute les bases de calcul, estimant que l'OAI se devait de déterminer quelle aurait été l'évolution des résultats de l'entreprise sans les atteintes à la santé ; il conteste également la référence au salaire médian du secteur de la construction en ce sens qu'étant indépendant, il est notoire que son activité ne se déroule pas sur un nombre d'heures hebdomadaires fixe, mais que, au contraire, celles-ci dépassent largement le maximum légal autorisé pour un salarié. Il critique également le fait que l'OAI a considéré que la sous-traitance était liée non pas à ses handicaps, mais à la surcharge de travail. Enfin, dans l'appréciation des bénéfices, l'OAI aurait méconnu les facteurs extraordinaires qui ont influencé ces derniers de manière favorable mais qui ne sont nullement liés au volume des affaires (amortissements, leasings, notamment). Par lettre du 14 janvier 2020, l'OAI a renvoyé à sa réplique et n'a pas souhaité faire de remarques complémentaires à celles du recourant. H. Aucun autre échange d'écritures n'a été ordonné entre les parties. Il sera fait état des arguments, développés par celles-ci à l'appui de leurs conclusions respectives, dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 9 en droit 1. Interjeté en temps utile et dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente par une assurée directement touchée par la décision attaquée et dûment représentée, le recours est recevable. 2. Aux termes de l'art. 8 de la loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1), applicable par le renvoi de l'art. 1 al. 1 de la loi du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20), est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée. 2.1. D'après l'art. 16 LPGA, pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu du travail 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. 2.2. Il découle de la notion d'invalidité que ce n'est pas l'atteinte à la santé en soi qui est assurée ; ce sont bien plutôt les conséquences économiques de celle-ci, c'est-à-dire une incapacité de gain qui sera probablement permanente ou du moins de longue durée (ATF 127 V 294). 2.3. En d'autres termes, le degré d'invalidité résulte de la comparaison du revenu d'invalidité, soit ce que l'assuré est encore capable de gagner en utilisant sa capacité résiduelle de travail dans toute la mesure que l'on est en droit d'attendre de lui, avec le revenu sans invalidité, à savoir ce qu'il pourrait gagner si l'invalidité ne l'entravait pas. C'est l'application de la méthode ordinaire de comparaison des revenus. Cette comparaison 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. Pour ce faire, 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 être prises en compte (ATF 129 V 222; 128 V 174 et les références citées). 3. En

l'espèce, l'assuré exerçait une activité d'indépendant avant l'atteinte à la santé, activité qu'il exerce d'ailleurs encore. 3.1. Pour déterminer le revenu sans invalidité d'un indépendant, il y a lieu de prendre en considération, en principe, le dernier revenu réalisé avant l'atteinte à la santé, eu égard à ses compétences professionnelles et personnelles, au type d'activité, à la situation économique et au développement de l'entreprise (arrêt TF 9C_502/2014 du 5 septembre 2014 consid. 3), pour autant que celui-ci n'ait pas été l'objet de trop grandes fluctuations ou encore que l'assuré ne venait pas de débiter cette activité indépendante (arrêts TF 8C_567/2013 du 30 décembre 2013 consid.

Tribunal cantonal TC Page 5 de 9 2.2.2 ; 9C_868/2013 du 24 mars 2014 consid. 4.1 et I 121/06 du 27 avril 2006 consid. 3, ainsi que VALTERIO, Commentaire de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, 2018, p. 422 ss). 3.1.1. La jurisprudence a arrêté que le revenu de l'indépendant est constitué par son bénéfice net, à savoir la différence entre les produits et les charges (arrêt TF 5A_874/2014 consid. 5.2). En cas de revenus fluctuants, pour obtenir un résultat fiable, il convient de tenir compte, en général, du bénéfice net moyen réalisé durant plusieurs années (dans la règle, les trois dernières). Plus les fluctuations de revenus sont importantes et les données fournies par l'intéressé incertaines, plus la période de comparaison doit être longue (arrêt TF 5A_259/2012 du

E. 14

novembre 2012 consid. 4.1 et la référence). Dans certaines circonstances, il peut être fait abstraction des bilans présentant des situations comptables exceptionnelles, à savoir des bilans attestant de résultats particulièrement bons ou spécialement mauvais. Par ailleurs, lorsque les revenus diminuent ou augmentent de manière constante, le gain de l'année précédente est considéré comme le revenu décisif, qu'il convient de corriger en prenant en considération les amortissements extraordinaires, les réserves injustifiées et les achats privés (arrêts TF 5A_564/2014 du 1^{er} octobre 2014 consid. 3.1; 5P.342/2001 du 20 décembre 2001 consid. 3a et les références; parmi plusieurs: arrêts TF 5A_973/2013 du 9 mai 2014 consid. 5.2.3; 5A_203/2009 du 27 août 2009 consid. 2.4, publié in: FamPra.ch 2009 p. 1064 et les références). 3.1.2. La détermination du revenu d'un indépendant peut en conséquence se faire en référence soit au bénéfice net, soit aux prélèvements privés, ces deux critères étant toutefois exclusifs l'un de l'autre: l'on ne peut ainsi conclure que le revenu d'un indépendant est constitué de son bénéfice net, additionné à ses prélèvements privés (arrêts TF 5A_396/2013 du 26 février 2014 consid. 3.2.3; 5A_259/2012 du 14 novembre 2012 consid. 4 ; 5A_874/2014 consid. 5.2). 3.1.3. Les revenus ou les résultats d'exploitation moyens d'entreprises semblables peuvent servir de base pour évaluer le revenu hypothétique (arrêt TF I 782/03 du 24 mai 2006 consid. 3.1.3, in RtiD 2006 II 214/216 avec les références; voir aussi arrêt TF I 729/79 du 4 août 1980 consid. 2, in RCC 1981 p. 40). 3.2. Lors de la prise en considération du revenu, il y a lieu de tenir compte à la fois du renchérissement et de l'évolution réelle du revenu, c'est-à-dire de se demander quel aurait été le développement probable de l'entreprise sans l'invalidité. Selon l'art. 25 al. 1 du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI ; RS 831.201), est réputé revenu de l'activité, le revenu sur lequel sont perçues les cotisations AVS et qui est inscrit au compte individuel AVS de l'assuré. La jurisprudence a toutefois statué que cette inscription ne saurait fonder une preuve définitive dans la mesure où d'autres éléments permettent de démontrer que ce revenu est soit supérieur, soit inférieur à ce qui a été inscrit au compte AVS (cf. arrêt TF 9C_658/2015 du 9 mai 2016 consid. 5.1.1 et les références, in VALTERIO, p. 424). Parmi les revenus qui ne doivent pas être pris en considération,

figurent ceux qui sont générés par exemple par la dissolution de réserves latentes, des travaux d'entretien, des provisions ou des amortissements. En d'autres termes, les résultats de l'exploitation ne doivent pas avoir été influencés par des facteurs étrangers à l'invalidité (VALTERIO, p. 424 s.). 3.3. 3.3.1. S'agissant de l'exigibilité d'un changement d'activité professionnelle dans le cadre de l'obligation de diminuer le dommage, dans le domaine de l'assurance-invalidité, on applique de

Tribunal cantonal TC Page 6 de 9 manière générale le principe selon lequel un invalide doit, avant de requérir des prestations, entreprendre de son propre chef tout ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui, pour atténuer le mieux possible les conséquences de son invalidité; c'est pourquoi un assuré n'a pas droit à une rente lorsqu'il serait en mesure, au besoin en changeant de profession, d'obtenir un revenu excluant une invalidité ouvrant droit à une rente. La réadaptation par soi-même est un aspect de l'obligation de diminuer le dommage et prime aussi bien le droit à une rente que celui à des mesures de réadaptation (arrêt TF 9C_36 2018 du 17 mai 2018 consid. 4.2). 3.3.2. Le point de savoir si une mesure peut être exigée d'un assuré doit être examiné au regard de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas concret. Par circonstances subjectives, il faut entendre en premier lieu l'importance de la capacité résiduelle de travail ainsi que les facteurs personnels tels que l'âge, la situation professionnelle concrète ou encore l'attachement au lieu de domicile. Parmi les circonstances objectives doivent notamment être prises en compte l'existence d'un marché du travail équilibré et la durée prévisible des rapports de travail (ATF 138 I 205 consid. 3.2 p. 209 et les références; cf. aussi arrêt 9C_644/2015 du 3 mai 2016 consid. 4.3.1). 3.3.3. Dans le cas d'un assuré de condition indépendante, on peut exiger, pour autant que la taille et l'organisation de son entreprise le permettent, qu'il réorganise son emploi du temps au sein de celle-ci en fonction de ses aptitudes résiduelles. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que plus la taille de l'entreprise est petite, plus il sera difficile de parvenir à un résultat significatif sur le plan de la capacité de gain. Aussi, lorsque l'activité exercée au sein de l'entreprise après la survenance de l'atteinte à la santé ne met pas pleinement en valeur la capacité de travail résiduelle de l'assuré, celui-ci peut être tenu, en fonction des circonstances objectives et subjectives du cas concret, de mettre fin à son activité indépendante au profit d'une activité salariée plus lucrative (cf. arrêts TF 9C_578/2009 du 29 décembre 2009 consid. 4.2.4; 9C_236/2009 du 7 octobre 2009 consid. 4.3 et les références; voir également arrêt TF 8C_748/2008 du 10 juin 2009 consid. 4; s'agissant de la situation d'un agriculteur, voir arrêt TF I 38/06 du 7 juin 2006 consid. 3.2 et les références). De jurisprudence constante, ce n'est qu'à des conditions strictes que l'on peut considérer qu'un changement d'activité professionnelle ne constitue pas une mesure raisonnablement exigible de l'assuré; en particulier, l'activité exercée jusqu'alors ne doit pas être poursuivie aux coûts de l'assurance-invalidité, même si l'intéressé effectue un travail d'une certaine importance économique (arrêts TF 9C_644/2015 du 3 mai 2016 consid. 4.3.1; 8C_413/2015 du 3 novembre 2015 consid. 3.3.1; 9C_357/2014 du 7 avril 2015, consid. 2.3.1; 9C_624/2013 du 11 décembre 2013 consid. 3.1.1; 9C_834/2011 du 2 avril 2012 consid. 4 et les références). 4. Cela posé, il convient d'examiner la situation du recourant. En l'espèce, il n'est nullement contesté que l'activité de machiniste de chantier est inadaptée aux atteintes à la santé de l'assuré et que ce dernier pourrait exercer une activité adaptée sans diminution du revenu. On peut donc partir de l'idée que le diagnostic n'est pas contesté ni la capacité résiduelle de travail. Sont en revanche litigieux les revenus que l'intéressé serait en mesure de réaliser avec et sans l'invalidité, en maintenant son activité d'indépendant dans sa profession ou en la changeant en faveur d'une activité

adaptée. En l'occurrence, le recourant, moyennant des adaptations (horaire réduit, sous-traitance, etc.) a maintenu son ancienne activité indépendante, quand bien même est-elle considérée comme inadaptée à ses limitations. A cet égard, il allègue que son âge, son manque de formation, son

Tribunal cantonal TC Page 7 de 9 expérience professionnelle de ce domaine et parce qu'il pouvait tant bien que mal surmonter les handicaps liés à l'épaule, l'ont conduit à refuser les mesures de placement prévues par l'OAI. 4.1. Comme on l'a vu, un indépendant peut adapter son activité antérieure à ses limitations pour autant qu'elle lui procure un revenu au moins équivalent à celui qu'il percevrait dans une activité adaptée. Il convient donc de comparer le revenu réalisé avant la survenance de l'atteinte à la santé à celui réalisé avec celle-ci dans l'actuelle activité adaptée aux handicaps par rapport à une activité adaptée nouvelle. 4.2. Dans le cas d'espèce, le revenu de valide, c'est-à-dire avant l'atteinte à la santé, a été réalisé principalement jusqu'en 2011. Après cette date, l'assuré a subi une atteinte à la santé considérée comme handicapante dans ce type d'activités. Malgré cette atteinte, l'assuré a continué à exercer cette activité, moyennant adaptations. Ce faisant, il s'est conformé à son obligation de réduire le dommage. 4.2.1. Un examen des comptes fournis par l'assuré à l'OAI permet de constater que la moyenne des revenus réalisés dans son entreprise durant les cinq années précédant l'invalidité s'est élevée à CHF 60'297.50 (chiffres non contestés). L'OAI a indexé ce revenu moyen à l'évolution des salaires nominaux, à 5.3%. Il a obtenu ainsi un revenu sans invalidité de CHF 63'493.25. L'OAI a également tenu compte des bénéfices nets réalisés entre 2016 et 2018, respectivement de CHF 75'672.35, CHF 89'491.45 et CHF 109'796.85. Avec l'atteinte à la santé, le revenu moyen indexé pour les années 2011 à 2018 s'élève à CHF 70'988.20. Au regard des charges, si les frais relatifs à des travaux de tiers ont fortement augmenté en 2015 par rapport à ceux déclarés entre 2011 et 2014, il en va de même du chiffre d'affaires. Tout porte à croire que l'activité de l'assuré dès 2015, malgré son handicap, était supérieure à celle réalisée jusqu'alors, de sorte qu'il a été contraint de recourir à l'aide de tiers mais sans que cela ne préjuge son revenu net. Par la suite, entre 2016 et 2018, les travaux de tiers ont diminué, de manière relativement proportionnelle au chiffre d'affaires. En toute logique, il s'ensuit que le recours à des travaux effectués par des tiers a suivi le volume des affaires et que la diminution ne saurait être prioritairement imputable à des problèmes de santé. En tout état de cause, le revenu moyen réalisé malgré le handicap du recourant était au moins équivalent, voire supérieur, à celui réalisé avant l'invalidité. 4.2.2. Le revenu (indexé) dans une activité adaptée retenu par l'OAI est de CHF 67'070.60 (revenu que le recourant peut réaliser dans une activité adaptée, en se fondant sur les données figurant dans l'Enquête suisse sur la structure des salaires 2016 [ESS], dans une activité légère dans les services ou dans l'industrie légère). Ce revenu d'invalidé implique un revenu de valide d'au moins CHF 111'784.35 pour parvenir à une perte de gain de plus de 40 % ouvrant le droit à la rente. Or, comme démontré ci-dessus, l'assuré n'a de fait jamais réalisé un tel revenu, loin s'en faut. Même si le revenu de valide devait être revu quelque peu à la hausse, en l'indexant mais selon les principes dégagés par la jurisprudence, respectivement en l'adaptant au renchérissement, voire en tenant compte de son développement réel, un tel correctif demeurerait sans incidence notable sur la perte de gain subie et le droit à la rente. Force est dès lors de constater, sur la base des moyennes calculées par l'OAI, que rien ne permet d'en déduire de manière plausible que le revenu tiré de l'activité indépendante aurait pu dépasser les CHF 110'000.-, étant souligné que l'assuré n'a en soi pas subi de perte de revenu en

Tribunal cantonal TC Page 8 de 9 dépit de son handicap, en maintenant son entreprise et en s'organisant au mieux. Il sied de relever que, en fin de compte, cela lui a au contraire été finalement bénéfique. Cela étant, il n'est pas non rendu plausible que, sans aucun problème de santé, les revenus tirés de son activité lucrative auraient été beaucoup plus élevés que les montants effectivement réalisés, ni surtout qu'ils auraient pu dépasser les CHF 111'784.35 mentionnés ci-dessus. 4.2.3. Au vu des éléments qui précèdent, force est de constater au degré de la vraisemblance prépondérante que l'assuré n'a subi aucune perte de gain en dépit de ses atteintes à la santé. Mal fondé sur ce point, le recours doit être rejeté et la décision attaquée maintenue. 4.2.4. S'agissant encore des facteurs de réduction à appliquer au revenu d'une activité adaptée, invoqués par le recourant en cas de changement de profession, qu'il estime devant être fixés au maximum admis, soit à 25%, il sied de faire les remarques suivantes. En 2013, au moment où il aurait dû changer d'activité, l'assuré avait 57 ans. En 2017, lors de la nouvelle demande de prestations, l'assuré était âgé de 61 ans. Il lui restait donc une durée théorique de travail de quatre ans. Si, dans un premier temps, la jurisprudence avait admis que, cinq ans avant l'âge de la retraite, il paraissait difficile d'exiger d'un assuré un changement d'activité, au cours de ces dernières années toutefois, cette jurisprudence a été précisée et a subi un durcissement. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que le fait d'atteindre l'âge de 60 ans ne constituait pas en soi un facteur d'empêchement à l'employabilité, mais signifiait que l'examen de la capacité résiduelle de travail ne devait pas s'apprécier conformément à la règle générale, mais de cas en cas et de manière individualisée. Cela étant, selon le Tribunal fédéral, l'âge constitue un facteur aggravant dans la mesure où, en fonction de l'atteinte à la santé de l'assuré, il constitue un facteur rendant plus difficile, voire illusoire les possibilités d'employabilité sur un marché du travail équilibré (cf. arrêt TF 9C_46/2019 du 27 juin 2019 consid. 5 et les références). Ainsi, dans l'arrêt TF 8C_345/2013, du 5 décembre 2013, le TF a jugé qu'on pouvait exiger d'un assuré âgé de 62 $\frac{3}{4}$ ans au moment de l'évaluation médicale, qui était atteint aux membres inférieurs, mais pas aux membres supérieurs, qu'il mette en valeur sa capacité de travail résiduelle, quand bien même il n'a jamais occupé de poste de travail rendant nécessaire l'usage de la motricité fine. Force est donc d'admettre que, au regard du marché du travail en 2017, les possibilités d'employabilité d'un assuré de 61 ans ne paraissent pas illusoire, ce d'autant plus que l'activité légère que lui proposait l'OAI ne nécessitait aucune formation spécifique. Pour le surplus, les éléments retenus dans l'ESS constituent des moyennes qui tiennent compte aussi des disparités régionales, de sorte qu'elles ne justifient pas d'abattement complémentaire. 5. Au vu des développements précédents, le recours doit être rejeté et la décision querellée maintenue. 6. 6.1. Les frais de procédure, par CHF 800.-, sont mis à la charge du recourant qui succombe. 6.2. Il n'est pas alloué de dépens.

Tribunal cantonal TC Page 9 de 9 la Cour arrête : I. Le recours est rejeté et la décision confirmée. II. Les frais de procédure, par CHF 800.-, sont mis à la charge du recourant qui succombe. Ils sont compensés avec l'avance de frais du même montant. III. Notification. Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le

contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite. Fribourg, le 29 octobre 2020/esc Le Président : La Greffière-stagiaire :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.