

GE_GERICHTE ATAS/304/2010 vom 23. März 2010

GE Cour de justice, 2010-03-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_304_2010

FR: GE_GERICHTE ATAS/304/2010 du 23 mars 2010

IT: GE_GERICHTE ATAS/304/2010 del 23 marzo 2010

Regeste

Résumé: En règle générale, le revenu sans invalidité correspond au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à sa santé, en tenant compte de l'évolution des salaires. En l'espèce, l'assuré est devenu cuisinier indépendant peu avant d'être atteint dans sa santé. Il convient donc de tenir compte du revenu annuel que l'assuré aurait pu réaliser en tant que cuisinier indépendant, patron de son restaurant, s'il n'avait pas été atteint de sa santé. A cet effet, si l'on peut extrapoler un revenu annuel hypothétique en annualisant le bénéfice effectivement réalisé, il convient néanmoins de se référer aux chiffres résultant du tableau ESS (TA1, restauration 55, homme, niveau 3, connaissances professionnelles spécialisées).

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la Loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) qui sont relatives à la Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI ; RS 831.20). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 229 consid. 1.1 et les références). Les règles de procédure s'appliquent quant à elles sans réserve dès le jour de leur entrée en vigueur (ATF 117 V 71 consid. 6b). En l'espèce, la demande de prestation a été formée le 24 avril 2008 et la décision litigieuse date du 27 novembre 2008. Par conséquent, d'un point de vue matériel, le droit éventuel à une rente d'invalidité doit être examiné au regard des nouvelles normes de la LPGA et des modifications de la LAI consécutives à la 4ème révision de cette loi, entrées en vigueur le 1er janvier 2004 et des modifications de la LAI consécutives à la 5ème révision entrées en vigueur le 1er janvier 2008, dans la mesure de leur pertinence (ATF 130 V 445 et les références, voir également ATF 130 V 329).

E. 3

Déposé dans les formes et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 61 LPGA).

E. 4

Sont litigieux, d'une part, le taux d'invalidité du recourant, afin de déterminer son droit à un reclassement, et d'autre part, la nécessité de mesures d'ordre professionnel.

E. 5

a) En vertu de l'art. 28a al. 1er LAI, l'art. 16 LPGA s'applique à l'évaluation de l'invalidité des assurés exerçant une activité lucrative. Cette dernière disposition prévoit 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. b) Pour procéder à la comparaison des revenus, il convient en principe de se placer au moment de la naissance du droit à la rente (ATF 130 V 343 consid. 4). 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 (c'est-à-dire entre le projet de décision et la décision elle-même), doivent être prises en compte (cf. ATF 129 V 222 consid. 4.1, 128 V 174). Le revenu d'invalide doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé, 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 (ATF 126 V 75 consid. 3b). 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 ou catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation) et résulte d'une évaluation dans les limites du pouvoir d'appréciation. Un abattement global maximum de 25% sur le salaire statistique permet de tenir compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative (cf. ATF 126 V 75 consid. 5). Le revenu sans invalidité se détermine pour sa part en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce que l'intéressé aurait effectivement pu réaliser au moment déterminant s'il était en bonne santé (ATF 129 V 222 consid. 4.3.1 et la référence). Ce revenu doit être évalué de manière aussi concrète que possible si bien qu'il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à sa santé, en tenant compte de l'évolution des salaires (ATF non publié du 25 mai 2007, I 428/06 et I 429/06). Enfin, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser, dans un arrêt du 19 décembre 2003 (ATF 130 V 121), que le résultat exact du calcul du degré d'invalidité doit être arrondi au chiffre en pour cent supérieur ou inférieur selon les règles applicables en mathématiques.

A/64/2009 - 9/14 - c) La preuve de l'existence de circonstances qui justifieraient de s'écarter, en sa faveur ou en sa défaveur, du revenu effectivement réalisé par l'assuré est soumise à des exigences sévères, qu'il s'agisse de l'évaluation du revenu avec ou sans invalidité (ATFA non publié du 28 décembre 2004, I 290/04 et les références). La seule circonstance qu'un assuré disposerait de meilleures possibilités de gain que celles qu'il met en valeur et qui lui permettent d'obtenir un revenu modeste ne justifie pas encore que l'on s'écarte du gain qu'il perçoit effectivement (ATFA non publié du 14 octobre 2002, I 777/01). Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral admet cependant que des circonstances justifient de s'écarter du revenu effectif de l'assuré lorsqu'il ressort de la situation dans son ensemble que celui-ci, sans invalidité, ne se contenterait pas durablement d'une telle rémunération.

E. 6

a) En sus de l'article 14a LAI instituant des mesures de réinsertion préparant à la réadaptation, les articles 15 et suivants LAI prévoient plusieurs mesures d'ordre professionnel, soit l'orientation professionnelle (art.15 LAI), la formation professionnelle initiale (art.16 LAI), le reclassement (art.17 LAI), le placement (art. 18), l'allocation initiale au travail (art. 18a LAI) et l'aide en capital (art. 18b LAI).

b) L'article 15 LAI prescrit que l'assuré auquel son invalidité rend difficile le choix d'une profession ou l'exercice de son activité antérieure a droit à l'orientation professionnelle. Selon la circulaire sur les mesures de réadaptation d'ordre professionnel (CMRP) de l'OFAS état au 1er janvier 2009, l'orientation professionnelle, qui inclut également des conseils en matière de carrière, a pour but de cerner la personnalité des assurés et de déterminer leurs capacités et leurs dispositions qui constitueront la base permettant de choisir une activité professionnelle appropriée pour une activité dans un autre domaine, voir un placement adéquat. L'orientation peut consister en des stages pratiques, des examens plus étendus dans des centres spécialisés de formation professionnelle ou de réadaptation, sur le marché libre ou dans les centres de formation professionnelle (COMAI). L'examen sera effectué d'après un programme spécifiquement établi ou standardisé précisant clairement l'objectif. c) Selon l'article 17 LAI, l'assuré a droit au reclassement dans une nouvelle profession si son invalidité rend cette mesure nécessaire et que sa capacité de gain peut ainsi, selon toute vraisemblance, être maintenue ou améliorée. Par reclassement, la jurisprudence entend l'ensemble des mesures de réadaptation de nature professionnelle qui sont nécessaires et suffisantes pour procurer à l'assuré une possibilité de gain à peu près équivalente à celle que lui offrait son ancienne activité. En règle générale, l'assuré n'a droit qu'aux mesures nécessaires, propres à atteindre le but de réadaptation visé, mais non pas à celles qui seraient les meilleures dans son cas (ATF 124 V 110 consid. 2a et les références ; VSI 2002 p. 109 consid. 2a). En particulier, l'assuré ne peut prétendre à une formation d'un

A/64/2009 - 10/14 - niveau supérieur à celui de son ancienne activité, sauf si la nature et la gravité de l'invalidité sont telles que seule une formation d'un niveau supérieur permet de mettre à profit d'une manière optimale la capacité de travail à un niveau professionnel plus élevé. On notera aussi que si les préférences de l'intéressé quant au choix du genre de reclassement doivent être prises en considération, elles ne sauraient toutefois jouer un rôle déterminant (RCC 1988 p. 266 consid. 1). d) L'article 18 LAI prévoit que l'assuré qui présente une incapacité de travail (art. 6 LPG) et qui est susceptible d'être réadapté a droit à un soutien actif dans la recherche d'un emploi, un conseil suivi afin de conserver un emploi. e) Le droit au reclassement suppose que l'assuré soit invalide ou menacé d'une invalidité imminente (art. 8 al. 1er LAI). Est réputé invalide au sens de l'art. 17 LAI celui qui n'est pas suffisamment réadapté, l'activité lucrative exercée jusque là n'étant plus raisonnablement exigible ou ne l'étant plus que partiellement en raison de la forme et de la gravité de l'atteinte à la santé. Contrairement au droit à une rente (art. 28 al. 1er LAI), la loi ne dit pas à partir de quel degré d'invalidité l'assuré peut prétendre des mesures de réadaptation. Conformément au principe de la proportionnalité, le droit à une mesure déterminée doit toutefois s'apprécier, notamment, en fonction de son coût. Dès lors que le service de placement n'est pas une mesure de réadaptation particulièrement onéreuse, il suffit qu'en raison de son invalidité l'assuré rencontre des difficultés dans la recherche d'un emploi, mêmes minimales, pour y avoir droit (ATF 116 V 80 consid. 6a). En revanche, le seuil minimum fixé par la jurisprudence pour ouvrir droit à une mesure de reclassement est

une diminution de la capacité de gain de l'ordre de 20% (ATF 124 V 108 consid. 2b et les références). Le Tribunal fédéral a rappelé, dans son arrêt du 13 octobre 2009, rendu dans la présente cause, que la jurisprudence précitée n'a jamais fait mention de la condition d'une perte de gain de 20 % s'agissant des autres mesures d'ordre professionnel prévues par la loi.

E. 7

Dans le cas d'espèce, il est établi que l'assuré réalisait un salaire mensuel brut de 4'000 fr. comme cuisinier salarié du restaurant en 2006, soit 48'000 fr. par an, voire 52'000 fr. s'il percevait un 13^{ème} salaire, pour un horaire de 45 heures par semaine. Il a obtenu, en 2007, 26% du bénéfice, soit 33'145 fr. en ayant travaillé jusqu'à fin août 2007 semble-t-il. Il indique, sur la base de l'expérience du comptable du restaurant, lequel effectue la comptabilité de 190 cafés-restaurant, qu'un cuisinier indépendant, patron de son restaurant, réalise en moyenne un revenu de 65'000 fr. par an. Or, le bénéfice effectivement réalisé par le restaurant en 2007 est de 127'483 fr. En admettant que l'état de santé de l'assuré lui ait permis de continuer à travailler à 100% jusqu'à la fin de l'année, que cela ait permis de diminuer les charges salariales

A/64/2009 - 11/14 - de 27'583 fr., augmentant le bénéfice d'autant et que ce bénéfice ait été partagé en trois parts égales entre les associés, le revenu de l'assuré aurait été de 51'688 fr. (127'483 fr. + 27'583 / 3). En partant du point de vue que son bénéfice limité est dû à son absence pour maladie dès le 1^{er} septembre, on peut également extrapoler un revenu annuel hypothétique de 49'718 fr. (33'145 / 8 X 12).

Toutefois, mis à part l'expérience du comptable, qui n'est pas suffisante dans le cas concret, rien ne permet d'admettre que le revenu aurait été de 65'000 voire plus en 2008, sans invalidité. Il ne s'agit pas de mettre en doute la volonté de l'assuré de travailler et de faire prospérer son affaire, mais de se fonder sur des éléments concrets. En particulier, le restaurant " Y _____ " existe depuis de nombreuses années, de sorte qu'il ne s'agit pas d'un nouvel établissement dont le chiffre d'affaire se développerait depuis 2007. Aucun élément concret n'indique que le chiffre d'affaire aurait été supérieur en 2006, 2008 ou 2009, qui refléterait mieux la marche des affaires que l'année 2007. L'examen des comptes 2007 ne relève aucune charge qui ne correspondrait pas à une dépense effective, de sorte que le bénéfice n'est pas artificiellement bas. Les montants retenus par l'administration fiscale pour l'année 2008 ne sont pas déterminants non plus puisqu'ils correspondent à l'addition d'éléments disparates, soit le revenu réellement obtenu comme concierge, qui n'existerait pas si l'assuré avait pu continuer l'exploitation de son restaurant; les indemnités perte de gain, qui ne sont que le reflet du salaire assuré auprès de l'assurance perte de gain et le bénéfice de 20'000 fr., soit vraisemblablement la part du bénéfice du restaurant revenant à l'assuré pour l'année 2008. Cela étant, les indemnités perte de gain correspondent à un revenu brut de 52'296 fr., soit un montant qui rejoint les estimations faites ci-dessus pour 2007. Pour procéder à la comparaison des revenus, il convient en principe de se placer au moment de la naissance du droit à la rente, soit en l'espèce à l'échéance du délai de carence d'un an, en 2008. Il convient de prendre le même tableau ESS pour les deux termes de la comparaison, soit le revenu moyen selon TA1, soit le revenu pour la branche économique/domaine d'activité selon TA 3 ou TA 7 (restauration/vente de détail), en tenant compte de la spécialisation de l'assuré dans la restauration. L'OAI entend comparer le revenu avec invalidité selon le total de TA1 au revenu sans invalidité par domaine d'activité, selon TA 7, alors que les revenus dans la restauration sont notoirement plus bas que la moyenne, laquelle inclut l'industrie, et est plus élevée que dans la vente. L'OAI admet

un abattement de 10%. On doit ainsi admettre que le revenu sans invalidité correspond à celui fixé par l'ESS 2008, TA 1, restauration 55, homme, niveau 3, connaissances professionnelles spécialisées, soit 4'286 fr. par mois pour 40h, mais que l'horaire du restaurant de 45 heures par semaine doit être retenu, en raison du fait que l'assuré

A/64/2009 - 12/14 - est devenu son propre patron, ce revenu sans invalidité serait de 4'821 fr. 75 x 12, soit 57'861 fr. par an. Le salaire avec invalidité correspond à celui fixé selon ESS 2008, TA 1, commerce de détail 52 (quincaillerie), homme, niveau 4, soit 4'436 fr. pour 40 heures, soit pour un horaire usuel de 41,7 heures dans le secteur tertiaire, de 4'624 fr. 50 x 12, soit 55'494 fr. 35 par an en 2008. S'agissant de la réduction à admettre, il y a lieu de retenir, d'une part, les limitations importantes de l'assuré liées à la mauvaise maîtrise de la langue et celles liées à son handicap, soit des allergies à plusieurs produits qui limitent le choix des secteurs d'activité, l'empêchent de travailler dans les travaux fins, ne sont pas compatibles avec le service à la clientèle, selon le type de commerce, en raison de l'aspect des mains, et d'autre part, le fait qu'il a seulement travaillé dans la restauration depuis qu'il est en Suisse et ne peut donc faire valoir aucune expérience dans un autre domaine, soit la vente, la manutention ou le transport, ainsi que son permis B. Par contre, son âge, soit 34 ans en 2008 est un facteur qui ne permet pas de réduction. Il y a donc lieu de retenir, pour l'ensemble de ces motifs, une réduction de 15%. Le taux d'invalidité est donc fixé à 22,6% [57'861fr. - 47'170 fr. 20 (55'494 fr. 35 - (15% x 55'494 fr. 35 = 8'324 fr. 15)) x 100 ./ 47'170 fr. 20], ce qui ouvre le droit à une mesure de reclassement. La comparaison selon TA 1, niveau 4 ne donne pas un résultat très différent: - revenu sans invalidité: 4'806 fr. x 45 heures: 64'881 fr.; - revenu avec invalidité: 4'806 fr. x 41,7 heures-15%: 51'101 fr. - taux d'invalidité: 26,9%

E. 8

A la condition du taux d'incapacité de travail s'ajoutent celles de l'utilité de la mesure de reclassement pour améliorer sensiblement la capacité de gain de l'assuré et de la réadaptabilité de l'assuré. En l'espèce, il est d'ores et déjà établi que la capacité de travail de l'assuré serait sensiblement améliorée par des cours de langue et d'informatique de base. Il y a également lieu de tenir compte de la très bonne volonté de l'assuré, mise en exergue lors du stage aux EPI et en entreprise, mais démontrée aussi par sa capacité de trouver rapidement un petit emploi de concierge fin 2007, l'assuré est dès lors susceptible d'être réadapté. Les EPI ont aussi mis en évidence le fait que, compte tenu que le stagiaire est capable, une formation en français écrit ainsi que l'acquisition de base sur le métier à appréhender améliorerait sensiblement l'employabilité de l'assuré ainsi que sa capacité de gain. Le jeune âge de l'assuré commande qu'il bénéficie de l'aide appropriée pour se former dans un métier correspondant à ses aptitudes et pour retrouver un emploi lui assurant un revenu à peu près équivalent à celui réalisé avant l'invalidité. Il va de soi que le reclassement est limité à ce qui est nécessaire à la réadaptation à la vie

A/64/2009 - 13/14 - professionnelle (CMRP, page 38), que la formation doit être simple, adéquate et procurer une capacité de gain approximativement équivalente à celle de l'activité antérieure, et que cela n'implique pas dans tous les cas la nécessité de faire un apprentissage complet.

E. 9

Par ailleurs, et ainsi que les EPI et les réadaptateurs de l'OAI l'ont admis, l'assuré a besoin et a droit à une aide au placement, au sens de l'article 18 et 18a LAI, quel que soit le taux

d'invalidité retenu. En particulier, une aide pour la délimitation concrète des domaines et des entreprises correspondant à ses aptitudes, la préparation d'un CV et des lettres de candidature ainsi qu'un soutien actif dans sa recherche d'emploi, le cas échéant en contactant les employeurs potentiels, en obtenant des rendez-vous et, en cas de succès, l'octroi d'une allocation d'initiation au travail. Cette mesure peut, si nécessaire, suivre le reclassement. Elle doit en tout les cas être mise en œuvre immédiatement, en cas de recours, puisqu'elle est indépendante du taux d'invalidité retenu, et suggérée par les réadaptateurs de l'OAI. Pour terminer, les mesures de réinsertion préparant à la réadaptation (art 14a LAI) et de formation professionnelle initiale (art. 16 LAI) ne concernent pas la situation concrète de l'assuré.

E. 10

Le recours est ainsi admis et la décision du 27 novembre 2008 est annulée. La cause est renvoyée à l'OAI pour qu'une décision d'octroi de mesures professionnelles, soit un reclassement et une aide au placement ou toute autre mesure estimée utile, soit rendue. Le recourant obtenant gain de cause, une indemnité de procédure de 2'500 fr. lui est allouée. Un émolument de 500 fr. est mis à charge de l'OAI.

A/64/2009 - 14/14 -

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