

VD_GERICHTE ZD12.051181 vom 18. August 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-08-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZD12.051181

FR: VD_GERICHTE ZD12.051181 du 18 août 2015

IT: VD_GERICHTE ZD12.051181 del 18 agosto 2015

Erwägungen

E. 1

Evolution clinique depuis le 04.12.2008 ? Favorable.

E. 2

Pas de nouveau diagnostic. Je rappelle que Monsieur F._____ présente un tableau d'ancienne hypermobilité articulaire généralisée avec des lombalgies chroniques non spécifiques, l'un et l'autre se combinant pour atteindre un niveau important de déconditionnement physique et une micro-instabilité segmentaire lombaire basse dans un contexte de spondylolisthésis du 1er degré sur lyse isthmique bilatérale.

E. 2.1

Si oui, par quelles mesures? (par ex. mesures médicales, moyens auxiliaires, adaptation du poste de travail) Au plan physique Lombotrain, maintien de la physiothérapie. Encourager le patient à prendre sa médication plus régulièrement, sous protection gastrique. Au plan psychique Question sans objet.

E. 2.2

A votre avis, quelle sera l'influence de ces mesures sur la capacité de travail ? Au plan physique Aucune, pas de réelle motivation du patient pour une reprise. Au plan psychique Question sans objet. 3. D'autres activités sont-elles exigibles de la part de l'assuré ?

E. 2.3

L'activité exercée jusqu'ici est-elle encore exigible ? Si oui, dans quelle mesure (heures par jour) ? Au plan physique Oui, à 50% de 2006 à juin 2008. A 30% (à titre occupationnel) depuis juin 2008 jusqu'alors. Au plan psychique Oui, à 100%.

E. 2.4

Y a-t-il une diminution du rendement ? Si oui, dans quelle mesure ? Au plan physique Non, pas au taux de 50%. Au plan psychique Non.

E. 2.5

Depuis quand, au point de vue médical, y a-t-il une incapacité de travail de 20% au moins ? Au plan physique Février 2006. Au plan psychique --

E. 2.6

Comment le degré d'incapacité de travail a-t-il évolué depuis lors ? Au plan physique Il nous paraît stable à 50% depuis 2006 au plan objectif toutefois les processus du vieillissement, plus difficiles à déterminer de manière précise, ont joué un rôle à l'âge actuel du patient pour faire admettre que l'incapacité de travail actuelle atteint les 70% dans son métier antérieur. Nous avons admis comme date d'aggravation l'attestation du Dr

H. _____ qui l'a suivi en 2007-2008 sans pouvoir donner un critère précis donnant lieu à l'aggravation. Il s'agit d'un faisceau de convergences qui rendent cette aggravation vraisemblable à ce moment-là chez un patient qui atteignait la soixantaine. Des éléments d'ordre non médical sont venus contrecarrer les processus de maintien du poste et de réadaptation. Au plan psychique Question sans objet. 3. En raison de ses troubles psychiques, l'assuré est-il capable de s'adapter à son environnement professionnel ?

- 26 - Au plan physique et au plan psychique Oui. C. INFLUENCES SUR LA READAPTATION PROFESSIONNELLE 1. Des mesures de réadaptation professionnelle sont-elles envisageables ? Si oui, prière d'indiquer un plan de réadaptation qui tienne compte des critères suivants: - la possibilité de s'habituer à un rythme de travail - l'aptitude à s'intégrer dans le tissu social - la mobilisation des ressources existantes Si non, pour quelles raisons ? Au plan physique Oui, cf. limitations fonctionnelles. Au plan psychique Pas d'indication à de telles mesures sur le plan psychique. Mais pas de contre-indication non plus. 2. Peut-on améliorer la capacité de travail au poste occupé jusqu'à présent ?

E. 3

Traitement en cours : Rééducation active selon les principes de la reconstruction posturale.

E. 3.1

Si oui, à quels critères médicaux le lieu de travail doit-il satisfaire, et de quoi faut-il tenir compte dans le cadre d'une autre activité ? Au plan physique Oui, activité répondant aux limitations fonctionnelles données ci-dessus. Au plan psychique Pas de limitations d'ordre psychique.

E. 3.2

Dans quelle mesure l'activité adaptée à l'invalidité peut-elle être exercée (par ex. heures par jour) ? Au plan physique En plein après une période de remise en route professionnelle sur 3 mois, de 50% à 100%. Au plan psychique A temps plein.

E. 3.3

Y a-t-il une diminution du rendement ? Si oui, dans quelle mesure ? Au plan physique Non, pas selon la progression sous 3.2. Au plan psychique Non. [...]"

- 27 - Un avis SMR du Dr D. _____ du 19 avril 2010 rappelle les diagnostics retenus par le P. _____ et conclut comme suit : "Les limitations fonctionnelles sont détaillées en page 51 de l'expertise. L'anamnèse révèle que l'état de santé est stable de 2006 à mai 2008. Une aggravation est admise en juin 2008. Nous retenons donc les conclusions suivantes : • Capacité de travail comme plâtrier-peintre indépendant : 50% de février 2006 à mai 2008 30% depuis juin 2008 • Capacité de travail dans une activité adaptée : 100% après une période de remise en route de 3 mois, depuis 2006." Le 2 juin 2010, à la demande de l'OAI, la fiduciaire de l'assuré a produit les documents comptables relatifs aux années 2001 à 2008 (bilans et comptes d'exploitation, déclarations fiscales). Selon la déclaration d'impôt relative à l'année fiscale 2005 et la décision de taxation fiscale du 19 septembre 2007 y relative, l'assuré a réalisé un revenu de 197'772 fr. provenant de son activité lucrative d'indépendant, alors que son épouse a réalisé un revenu salarié de 48'854 francs. Selon la déclaration d'impôt relative à l'année 2006, l'assuré a réalisé un revenu de 27'056 fr. provenant de son activité lucrative d'indépendant auquel se sont ajoutés 48'227 fr. d'indemnités journalières (maladie/accident). Son épouse a réalisé le même revenu qu'en 2005. La décision de taxation fiscale du 5 novembre 2007 relative à la période fiscale 2006 retient un revenu

imposable pour le couple de 117'800 francs. Selon la déclaration d'impôt relative à l'année 2007, l'assuré a réalisé un revenu de 26'481 fr. provenant de son activité lucrative d'indépendant auquel se sont ajoutés 29'477 fr. d'indemnités journalières (maladie/accident). Le revenu brut de l'épouse s'élevait à 47'775 francs. La décision de taxation fiscale du 20 mai 2010 pour la période fiscale 2007 indique un revenu imposable pour le couple de 95'700 francs. Selon la déclaration d'impôt relative à l'année 2008, l'assuré a réalisé un revenu de 37'806 fr. provenant de son activité lucrative d'indépendant auquel se sont ajoutés 5'733 fr. d'indemnités journalières (maladie/accident). Son épouse a réalisé un revenu salarié de 39'539 fr. auquel se sont ajoutés des indemnités journalières (perte de gain/chômage) de 4'891 francs. La décision de taxation fiscale du 20 mai 2010 pour la période fiscale 2008 retient un revenu imposable pour le couple de 70'481 francs.

- 28 - Le 4 juin 2010, l'OAI a informé l'assuré qu'il avait droit à une orientation professionnelle. Le 9 juillet 2010, Me Elie Elkaïm, nouveau mandataire de l'assuré, a demandé que soit rendue une décision sujette à recours sur ce point; il relevait en outre des incohérences dans l'expertise du P._____. A son courrier était jointe une copie de la déclaration d'impôt pour l'année 2009, selon laquelle l'assuré n'avait perçu aucun revenu ni indemnités journalières. Son épouse avait perçu des indemnités journalières (assurance-chômage) d'un montant de 18'914 fr. et une rente (AVS/AI/LAA/SUVA) de 6'950 francs. Le 13 juillet 2010, l'OAI s'est adressé au Service d'enquêtes pour indépendants en requérant que celui-ci détermine le revenu sans invalidité de l'assuré et précise les activités exercées par l'intéressé dans son entreprise. Il relevait notamment que, selon le CI, les revenus de l'assuré se montaient à 212'800 francs en 2005 et que son avocat alléguait un chiffre d'affaires (ci-après : CA) de 600'000 fr. par an. Le 11 janvier 2011, le Service d'enquêtes pour indépendants a rendu son analyse économique, qui retient notamment ce qui suit : "[...]"

E. 4

Evaluation de la capacité de travail dans une activité raisonnablement exigible Pour l'instant elle est encore nulle. En effet, la symptomatologie douloureuse est corrélée aux constatations cliniques et radiologiques, ceci malgré les affirmations contraires de l'expert orthopédiste. En effet, son appréciation repose sur un examen instantané, sans évaluation fonctionnelle en termes d'endurance, sans prise en compte des limitations fonctionnelles que j'ai pu

- 14 - constater moi-même lors du premier examen et qui découlent de la perte de la condition physique en termes d'endurance, de mobilité et de coordination. Il s'y ajoute des éléments de surcharge réactionnelle par le stress entraîné par les différents conflits ainsi que et surtout par la douleur, élément à même d'aggraver la situation musculo-ligamentaire selon un mode qui n'a rien de subjectif pour un examinateur avisé. Pour l'instant, l'incapacité de travail est totale comme plâtrier- peintre, elle l'est même dans une activité adaptée. Par contre, compte tenu des bons résultats des 7 premières séances de physiothérapie, on peut augurer d'une poursuite de cette amélioration, laquelle dépend également de l'environnement psychologique du patient, à qui j'ai expliqué la nécessité pour lui d'essayer de se montrer moins revendicateur et de calmer sa colère, celle-ci agissant de façon négative sur son tonus musculaire et par conséquent sur sa situation globale. En ce qui concerne la compliance thérapeutique, comme précisé dans le rapport de la physiothérapeute, elle est complète chez un patient appliqué à suivre les consignes reçues et qui a, pour la première fois, une motivation pour faire ses exercices.

E. 4.1

Tableau des comptes d'exploitation Voir Annexe 1 Sur la base des documents comptables transmis par l'assuré (comptes 2001-2008), on relèvera que l'assuré a pu réaliser des chiffres d'affaires intéressants. Si l'on examine les postes de MO, on relèvera que dès 2004, l'entreprise semble fonctionner dans la mesure à laquelle l'assuré le signale, à savoir un ouvrier et une secrétaire. Si l'on se base sur les déclarations fiscales (salaire de l'épouse brut de Sfr. 52'000.--), on obtient par déduction un salaire mensuel brut (*13) d'environ Sfr. 6'000.—pour son employé, ce qui paraît tout à fait compatible avec le salaire d'un plâtrier-peintre expérimenté. L'entreprise employait également des temporaires, ainsi que des sous-traitants, mais la part de ceux-ci a diminué de manière importante dès 2006 (année du début des incapacités de travail), ce qui aurait logiquement pu constituer une possibilité de poursuivre le volume des travaux pour compenser l'incapacité de travail de celui-ci, et laisse donc à penser que l'assuré n'a par conséquent plus cherché qu'à assumer suffisamment de travaux pour pouvoir occuper son employé et assumer la charge salariale de son épouse et de son employé. En nous fondant sur la moyenne des 5 années avant l'atteinte à la santé (majorée des charges sociales AVS), nous obtenons un RS de

- 29 - Sfr. 180'170.--(cf annexe 2). La fixation de ce revenu relève de la pratique courante en matière d'évaluation (moyenne), dès lors que l'on ne peut ni effectuer une projection, ni retenir le revenu le plus ou le moins favorable à l'assuré au long de sa carrière professionnelle. Ce montant reste relativement élevé en regard des informations figurant sur les CI pour les années précédentes, mais dès lors que durant les 5 années précédant la survenance, l'assuré a démontré pouvoir réaliser ce revenu, celui-ci peut par conséquent être retenu. [...]

E. 4.4

Préjudice économique déterminé sur la base de l'examen des comptes : Il sied de relever que l'assuré a cessé l'exploitation de son entreprise en octobre 2008, et il semble difficile d'apprécier si l'assuré a, entre 2006 et 2008, réellement mis en valeur et entrepris tout ce qui était à sa portée, pour maintenir son entreprise (l'assuré sous-traitait une part de ses travaux, et avait recours à des temporaires, et on peut imaginer qu'il aurait pu modifier l'organisation de son travail pour mieux viabiliser son revenu). Chiffrer ou apprécier dans quelle mesure il aurait pu ou non augmenter son revenu n'est pas possible. En effet, et dès lors que l'entreprise sous-traitait une partie des travaux, le chiffre d'affaires réalisé n'est pas directement proportionnel uniquement à la capacité de travail de l'assuré ; si généralement la marge sur la sous-traitance est moins importante que le travail effectivement effectué, et ce également si l'on prend en compte la main d'oeuvre temporaire, la diminution du chiffre d'affaires de moitié n'est pas directement liée à l'incapacité de travail de l'assuré, mais également à la diminution de main d'oeuvre extérieure. Dès lors qu'une partie des frais sont fixes (non déterminés par le volume d'activité), le résultat s'en retrouve par conséquent diminué, mais non réellement en proportion de la capacité de travail effective de l'assuré. On relèvera également que le salaire de l'épouse est resté le même en 2006-2007, alors même que si le volume de travail a diminué de moitié, la part des tâches administratives devrait avoir connu la même modification, ce qui aurait une incidence sur le résultat net et la part attribuable à l'assuré s'en serait trouvée augmentée. Pour l'ensemble des éléments mentionnés ci-dessus, les données comptables ne nous paraissent pas fiables pour évaluer le préjudice économique de l'assuré en cohérence avec l'exigibilité fixée.

E. 5

Comparaison des champs d'activités L'assuré a cessé ses activités en octobre 2008, et une comparaison des champs d'activité a posteriori ne nous paraît pas possible en l'état.

S'agissant de la question de l'exigibilité, et au vu de la taille de l'entreprise, il est clair qu'au vu des limitations fonctionnelles signalées, il n'était pas possible pour notre assuré, de ne réaliser que des tâches adaptées (devis, métrés, contacts clientèle, contrôles). Les tâches de production faisaient par conséquent également partie de son activité. Au vu de la masse du chiffre d'affaires, et si l'assuré employait son épouse pour l'administration à 100%, on peut en déduire que la part des contacts clientèle relevait probablement de bien plus qu'un 20% (tel que mentionné dans divers documents au dossier), mais il est difficile de pouvoir être plus précis à ce sujet. S'agissant de la spécificité de son métier (plâtrier et peintre), s'il on peut considérer que les tâches de gypserie sont plus lourdes que celles de peintre, il n'en demeure pas moins que les activités de

- 30 - peinture nécessitent également des efforts d'une certaine intensité, et les limitations retenues ne sont pas entièrement compatibles avec une telle activité. Rétrospectivement, on peut difficilement apprécier la capacité résiduelle de l'assuré dans son activité antérieure, et le fait que celui-ci ait dans le cadre des diverses expertises médicales, contesté une quelconque capacité de pouvoir effectuer son métier, rend objectivement impossible une approche réelle. Si une telle approche était à retenir, nous estimons que sur un plan théorique l'exigibilité de 50% (en prenant en compte les limitations fonctionnelles et les tâches propres au patron d'une entreprise avec un employé), lui auraient permis d'accomplir tant les tâches d'organisation, devis, gestion, ainsi qu'une partie des tâches de production (peinture essentiellement, mais durant une partie de la journée, par exemple). Le fait que l'assuré disposât d'un ouvrier permet effectivement plus de latitude dans les possibilités d'admettre que notre assuré n'effectue que des tâches à sa portée et puisse mettre en valeur une partie de sa capacité de travail à des tâches de production adaptées. Une telle capacité ne serait cependant admissible que jusqu'en juin 2008, puisque les médecins estiment qu'une aggravation est survenue à cette période, limitant la capacité de travail de l'assuré à 30% seulement. Dès cette date, et du fait que l'assuré a effectivement cessé ses activités en octobre 2008, se pose la question de l'exigibilité à retenir et l'assuré étant alors âgé de 60 ans, l'âge légal le séparant de la retraite étant alors de 5 ans, se pose la question de l'exigibilité et de l'évaluation de son invalidité dans une activité adaptée (cf également conclusions).

E. 6

Mesures de réadaptation [...] Au vu de la procédure et des recours entrepris contre la décision initiale, et dès lors que l'exigibilité a connu une modification a posteriori, il nous semble important que le service juridique se détermine s'agissant des conditions permettant d'exiger de l'assuré qu'il change d'activité. Si l'on reprend la jurisprudence, divers facteurs doivent être pris en considération pour juger de l'exigibilité. Des facteurs tels que l'âge, les limitations fonctionnelles, les investissements consentis dans l'entreprise, l'exigibilité tant dans l'activité habituelle que dans une activité adaptée, et le préjudice économique induit par l'atteinte à la santé. Si l'on se réfère aux seules données au dossier, force est de constater que la décision initiale n'avait pas suffisamment pris en compte les revenus réalisés par l'assuré et l'incidence des limitations fonctionnelles de l'assuré sur ses possibilités de maintenir son activité lucrative (travail léger permettant des changements de position en évitant les mouvements en charge en dessus de la ceinture scapulaire), les activités de

plâtrerie surtout, et la peinture nécessitant de tels efforts. Si l'on aurait alors pu s'interroger sur la possibilité pour notre assuré de recourir à de la main d'oeuvre pour compenser ses limitations fonctionnelles et calculer son préjudice économique en prenant en compte le coût en main d'oeuvre, il est difficile d'apprécier le taux d'activité ce d'autant qu'un salarié est conditionné par un taux horaire, et que l'indépendant ne travaille généralement pas l'équivalent des 40 à 45 heures hebdomadaires. Au vu du revenu réalisé par l'assuré et notre expérience en la

- 31 - matière, force est d'admettre que l'assuré travaillait probablement à raison de 55 à 60 heures par semaine, ce qui conduirait alors à devoir pondérer son revenu de l'équivalent d'un salarié à environ 70%. Une partie des activités restant à la portée de l'assuré, il est difficile de déterminer concrètement la part d'activités qu'il aurait pu assumer dans la production. L'assuré ne semble pas avoir après lecture des documents au dossier, tenté soit d'engager du personnel, soit de réorganiser ses activités, s'estimant incapable de reprendre son activité et ne revendiquant que l'octroi d'une rente. Les comptes des années 2006 à 2008 ne sont pas exploitables, dès lors que la masse salariale (une secrétaire à 100% (l'épouse) et un ouvrier) sont restés constants pour un chiffre d'affaires diminué de moitié ce qui aurait en toute logique dû diminuer la part des activités administratives et donc le coût en main d'oeuvre sur ce plan. Le fait que la rémunération soit restée identique relève du fait qu'elle était effectuée par l'épouse et que par conséquent elle représentait la rémunération du couple. Selon la jurisprudence (9C_236/2009), l'administration ne peut effectuer de projection, en considérant que par l'engagement de personnel supplémentaire l'assuré pourrait diminuer son préjudice. L'assuré ayant par ailleurs cessé son activité indépendante en octobre 2008 (cf annexes) et une diminution de sa capacité d'assumer son activité ayant été admise selon l'expertise du P. _____ dès juin 2008, se pose par conséquent la question de déterminer s'il était alors exigible que l'assuré reprenne une activité lucrative adaptée à ses limitations fonctionnelles (l'assuré était alors âgé de 60 ans), une exigibilité entière lui étant reconnue dans l'exercice d'une activité adaptée. De la jurisprudence (9C_918/2008, et 9C_1043/2008), il a été considéré qu'il était exigible qu'un assuré entreprenne tout ce qu'il pouvait entreprendre, afin de réduire les conséquences de son atteinte à la santé. L'assuré ayant cessé son activité indépendante (les revenus nets réalisés étant bien en-deça des revenus réalisés avant l'atteinte à la santé), reste à déterminer quelles activités étaient alors exigibles pour l'assuré dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles compte tenu de la capacité de travail qui lui était reconnue médicalement (soit 100% selon le SMR). Si l'on reprend les limitations fonctionnelles, force est de constater que celles-ci laissent à penser que l'exercice d'activités industrielles légères étaient compatibles avec les problèmes de santé de l'assuré (cf p. 1). Si l'on se réfère à l'ESS (TA 1, année 2008 niv.4) et en prenant en compte une pondération de 15 % (âge, limitations fonctionnelles), le revenu réalisable dans une activité adaptée (RI) se monterait à Sfr. 50'982.05. Une telle analyse relève cependant de la division réadaptation et n'est par conséquent qu'indicative. En considérant un RS pour l'assuré à Sfr. 180'170.— (cf annexe 2), le préjudice économique se monte à 72 % et ce dès juin 2008.

E. 7

a) Au demeurant, la Cour de céans relève que si les experts du P. _____ motivent leur conclusion selon laquelle le recourant disposait de 2006 à juin 2008 d'une capacité de travail résiduelle de 50 % dans son activité de plâtrier-peintre en exposant qu'il exerçait un métier physiquement pénible et que la sarcopénie de l'âge, au-delà de 55 ans au moment de

la survenue des troubles, les obligeait à prendre en compte les processus du vieillissement, qui s'ajoutaient à sa problématique rachidienne, ils légitiment leur évaluation (cf. p. 43 du rapport d'expertise) par le fait que :

- 65 - "L'expérience de plâtriers-peintres suivis à la consultation des atteintes dégénératives du rachis atteignant l'âge de la retraite avec une problématique rachidienne modérée et stationnaire montre que s'il leur est attribué des tâches légères de retouches, des calculs de métrées et de devis qui étaient tout à fait à la portée de M. F._____, ils peuvent maintenir une capacité de travail de l'ordre de 50%. M. F._____ ne veut pas entendre parler de ces possibilités et devient extrêmement revendicateur quand ce sujet est abordé. On n'arrive pas à obtenir d'informations sur les possibilités qu'il aurait pu avoir de se réadapter soit au sein de sa propre entreprise soit dans l'entreprise de ses frères." b) Il apparaît ainsi que c'est le comportement revendicateur du recourant qui a focalisé l'attention non seulement des experts du P._____ mais également celle du premier expert, le Dr J._____, des médecins du SMR et enfin de l'OAI, qui en ont tiré la conclusion que le recourant n'avait pas eu la volonté à diminuer le dommage résultant de l'atteinte à sa santé, en réorganisant son entreprise. Les experts du P._____ rapportent notamment que le Dr H._____ a suggéré à l'assuré qu'il engage un employé supplémentaire et ils estiment eux-mêmes que la réorganisation de l'entreprise du recourant était possible et exigible afin que l'intéressé ne puisse plus qu'effectuer des travaux de retouche, des calculs de métrés et des devis. Or, cette affirmation est en contradiction avec celle qui retient une capacité de travail de 50% dans l'activité habituelle : si le recourant d'une part n'est plus en mesure d'effectuer les travaux de peinture et de plâtrerie (lourds, en grande partie, comme le relève l'arrêt que le Tribunal fédéral a rendu le 11 mars 2009 dans la présente cause (cf. 9C_515/2008, consid. 2.2) inhérents à son métier et d'autre part, seulement en mesure d'exercer les tâches relevant de sa fonction de patron d'une petite entreprise artisanale, on ne peut plus parler de l'activité habituelle de plâtrier-peintre indépendant, mais d'une activité partiellement adaptée dans ce métier. Ce point peut toutefois être laissé de côté au vu des considérations suivantes : si, sur la base des conclusions des experts du P._____, le Service d'enquêtes pour les indépendants, le juriste de l'OAI et enfin l'office intimé font grief au recourant de ne pas avoir tout mis en œuvre pour diminuer son dommage, ils considèrent que la baisse significative de revenus subie par l'entreprise de l'assuré et, partant, par le recourant lui-même, résulterait de ce que ce dernier n'a pas pris les mesures nécessaires pour réorganiser

- 66 - au mieux son entreprise. Ils soutiennent que l'assuré aurait dû notamment engager du personnel supplémentaire ou auxiliaire ou encore continuer à confier certains de ses mandats à des sous-traitants et reprendre au moins une partie des tâches administratives accomplies par son épouse. c) Dans le cas d'espèce, on ne voit guère en quoi la mesure préconisée par l'intimé permettrait d'améliorer ou de développer l'aptitude à travailler de l'assuré. A cet égard, l'OAI a perdu de vue la situation individuelle et personnelle de l'assuré pour la confondre avec celle de son entreprise. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF C_236 2009 du 7 octobre 2009 consid. 4.4.2 et les références), le moyen en cause vise avant tout à stimuler la rentabilité économique de l'entreprise de l'assuré, tâche qui ne fait manifestement pas partie des attributions des organes de l'assurance-invalidité. Une telle mesure ne sert pas les objectifs assignés à l'assurance-invalidité et, partant, ne saurait entrer dans le catalogue des mesures que les organes d'exécution de cette assurance peuvent raisonnablement exiger de la part d'une personne assurée au titre de son obligation

de réduire le dommage. Qui plus est, la jurisprudence a clairement posé qu'il convenait de faire abstraction d'un facteur tel que celui de l'aide des collaborateurs pour évaluer la diminution de la capacité de gain d'un assuré de condition indépendante. Au surplus, on peut s'interroger - sans trancher définitivement cette question - sur le point de savoir si la mesure exigée ne constitue pas une forme d'ingérence illicite de la part de l'administration dans l'exercice de la liberté économique de l'assuré (art. 27 Cst.). Si dans le considérant suivant de l'arrêt TF C_236 2009 du 7 octobre 2009 précité, le Tribunal fédéral reprochait à l'OAI et au tribunal des assurances sociales concerné de ne pas avoir examiné si l'assuré avait tout mis en œuvre pour diminuer son dommage, notamment en changeant d'activité professionnelle, ce point, il sied de le rappeler, a été en l'occurrence examiné et exclu, vu l'âge et les circonstances particulières du cas d'espèce (consid. 4b et 5c ci-dessus).

E. 8

a) A titre superfétatoire, la Cour rappelle que, chez les assurés actifs, le degré d'invalidité doit être déterminé sur la base d'une comparaison des revenus. Pour cela, le revenu que l'assuré aurait pu

- 67 - 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 (du 1er janvier 2004 au 31 décembre 2007 : art. 28 al. 2 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA; depuis le 1er janvier 2008 : art. 28a al. 1 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA). 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. Lorsqu'on procède à une évaluation, celle-ci ne doit pas nécessairement consister à chiffrer des valeurs approximatives; une comparaison de valeurs exprimées simplement en pour-cent peut aussi suffire. Le revenu hypothétique réalisable sans invalidité équivaut alors à 100 %, tandis que le revenu d'invalide est estimé à un pourcentage plus bas, la différence en pour-cent entre les deux valeurs exprimant le taux d'invalidité (comparaison en pour-cent; ATF 114 V 313 consid. 3a et les références). Si l'on ne peut déterminer ou évaluer sûrement les deux revenus en cause, il faut, en s'inspirant de la méthode spécifique pour personnes sans activité lucrative (du 1er janvier 2004 au 31 décembre 2007 : art. 28 al. 2bis LAI en corrélation avec les art. 27 RAI [règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité, RS 831.201] et 8 al. 3 LPGA; depuis le 1er janvier 2008 : art. 28a al. 2 LAI en corrélation avec les art. 27 RAI et 8 al. 3 LPGA), 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 (procédure extraordinaire d'évaluation de l'invalidité). La différence fondamentale entre la procédure extraordinaire d'évaluation et la méthode spécifique 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

- 68 - empêchement sur la capacité de gain. Une certaine diminution de la capacité de rendement fonctionnelle peut certes, dans le cas d'une personne active, entraîner une perte de gain de la même importance, mais n'a pas nécessairement cette conséquence. Si l'on voulait, dans le cas des personnes actives, se fonder exclusivement sur le résultat de la

comparaison des activités, on violerait le principe légal selon lequel l'invalidité, pour cette catégorie d'assurés, doit être déterminée d'après l'incapacité de gain (ATF 128 V 29 consid. 1 p. 30 et les références). Chez une personne de condition indépendante, la comparaison des résultats d'exploitation réalisés dans son entreprise 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 dépendent souvent de nombreux paramètres difficiles à apprécier, tels que la situation conjoncturelle, la concurrence, l'aide ponctuelle des 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 (TF 9C_236/2009 consid. 3.1 à 3.3 et les références citées). b) En l'espèce, le choix de la méthode de comparaison des revenus/gains avant/après la survenance des troubles à la santé n'a pas à être examinée, dès lors que le taux d'incapacité de travail de 70 % conduit à retenir une rente entière d'invalidité. La Cour de céans tient toutefois à relever que les deux enquêtes économiques ordonnées par l'intimé concluent toutes deux à l'impossibilité d'utiliser la méthode spécifique de comparaison des revenus pour indépendants – en comparant les chiffres d'affaires avant et après atteinte - dès lors que les données économiques ne sont pas fiables. Ces deux enquêtes retiennent en effet des éléments étrangers à l'invalidité (salaire de l'épouse restant inchangé alors que le

- 69 - chiffre d'affaires a chuté de façon importante notamment) en se référant à l'arrêt du Tribunal fédéral (TF 9C_1057/2009). Invités par le juriste OAI à procéder à l'estimation de la perte de gain selon la méthode extraordinaire en déterminant le pourcentage des activités d'exploitation de celles de direction, les experts ont indiqué qu'a posteriori cela s'avérait impossible, vu que l'assuré n'avait pas tout mis en œuvre pour diminuer son dommage et qu'il avait d'ailleurs fermé son entreprise en 2008. Ils indiquaient qu'ils avaient été contraints d'avoir recours à une "extrapolation", qu'ils qualifient eux-mêmes de théorique. Celle-ci apparaît toutefois peu convaincante et en opposition avec d'autres éléments du dossier. Voir le tableau figurant à l'annexe 3 de la seconde économique ci-dessous :

Champ	Heures sans handicap	Pondération	Heures de travail sans handicap	Rendement	Capacité de travail sans handicap	Capacité de travail avec handicap	Commentaires
activités hebdo	25	100%	25	100%	25	25	estimation
activités hebdo estimées	15.0	60%	9.0	27,3%	15h	15h	clients, devis, soumissions, rendez-vous de chantier, organisation du travail, commandes
limitation handicap (en %)	45,5 %	15.0	15.0	27,3%	25h*80%-25%=15h	15h	Plâtrerie- peinture
handicap avec handicap (en %)	25	30	30	54,5%	24.0	24.0	peinture
Contacts	25	40%	10.0	40%	21.8%	21.8%	
Total	55	100%	39.0	49.1%	39.0	39.0	

A la lecture de ce tableau, on constate que l'enquête économique retient un horaire de travail hebdomadaire après atteinte à la santé de 39 heures, qui comprend 15 heures de "management" et 24 heures de travail de plâtrerie-peinture, ceci en partant du point de vue qu'avant son atteinte à la santé, le recourant travaillait 55 heures par semaine et consacrait un peu moins de la moitié de son temps au travail de "management". Après "pondération" pour tenir compte des limitations fonctionnelles, l'enquête parvient à la conclusion qu'après atteinte à la santé, le recourant pouvait exercer son activité habituelle de plâtrier-peintre indépendant à raison de 15 heures hebdomadaires de "management" et de 12 heures de travail de plâtrerie-peinture. Comment pourrait-on admettre, au stade de la vraisemblance prépondérante, que le patron d'une entreprise de plâtrerie-peinture comptant 1 seul ouvrier

- 70 - travaillerait, sans atteinte à la santé, 55 heures par semaine (point qui paraît vraisemblable, au vu des explications figurant en page 5 de la première enquête économique, basées sur le bénéfice réalisé par l'entreprise de l'assuré), mais en ne consacrant que 30 heures aux tâches de production lourdes de peinture et de plâtrerie contre 25 pour de la surveillance de chantier (1 seul ouvrier) et le reste du temps en organisation de chantier (1 seul ouvrier), devis, soumissions et commandes de matériel. Cela signifierait que c'est l'ouvrier qui aurait principalement réalisé, par son travail à 44 heures par semaine environ, auxquelles on ajouterait les 30 heures de production du patron, le bénéfice de 180'000 fr. en moyenne (qui correspond au gain de l'assuré) sur les cinq dernières années avant l'atteinte à la santé. c) En tout état de cause, comme le mentionnaient les signataires des deux enquêtes économiques, la méthode spécifique de comparaison des revenus normalement applicable aux indépendants n'est pas possible dans le cas d'espèce et la projection théorique qu'ils ont exposée n'est pas concluante ni fiable et en contradiction, non seulement avec les explications du recourant, qui allègue qu'il consacrait entre 10 et 20 % de son temps aux tâches patronales, mais également avec les données relevées dans le rapport de la société A._____, qui retient une activité physique lourde de 90 %. A cela s'ajoute qu'une capacité résiduelle de 50 %, certes pondérée aux limitations fonctionnelles décrites par le P._____ - quand bien même selon ses experts celles-ci n'étaient valable qu'à partir de 2008 -, ne devrait pas être calculée sur le nombre hebdomadaire d'heures supposé (55 à 60 selon les enquêtes économiques) que l'assuré faisait en tant que plâtrier-peintre indépendant avant l'atteinte à la santé. En effet, le fait de retenir 27 heures de travail hebdomadaire pour une capacité résiduelle de travail de 50 % viole le principe constitutionnel d'égalité et les principes posés par la loi pour calculer le préjudice économique subi par un assuré dans le domaine de l'invalidité.

- 71 -

E. 9

Le dossier étant complet, permettant ainsi à la présente autorité de statuer en pleine connaissance de cause, il n'y a pas lieu d'ordonner une instruction complémentaire sous la forme d'une expertise médicale ou d'entrer en matière sur les requêtes de mesures d'instruction complémentaire du recourant. En effet, de telles mesures d'instructions ne seraient pas de nature à modifier les considérations qui précèdent (appréciation anticipée des preuves; ATF 122 II 464 consid. 4a; TF 8C_764/2009 du 12 octobre 2009 consid. 3.2; 9C_440/2008 du 5 août 2008), puisque les faits pertinents ont pu être constatés à satisfaction de droit.

E. 10

En dérogation à l'art. 61 let. a LPGA, la procédure de recours en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI devant le tribunal cantonal des assurances est soumise à des frais judiciaires (art. 69 al. 1bis LAI). En l'espèce, il convient d'arrêter les frais judiciaires à 500 fr. et de les mettre à la charge de l'OAI, qui succombe. Le recourant, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA), qu'il convient d'arrêter à 2'500 fr., à la charge de l'intimé, qui succombe. Par ces motifs, la juge unique p r o n o n c e : I. Le recours est admis et la décision du 15 novembre 2012 est réformée en ce sens que F._____ a droit à une rente entière d'invalidité à compter du 1er février 2007. II. Les frais de justice, par 500 fr. (cinq cents francs), sont mis à la charge de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de

Vaud.

- 72 - III. L'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud versera à F. _____ la somme de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens. La juge unique : La greffière : Du L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à : - Me Elie Elkaïm, avocat à Lausanne (pour le recourant), - Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud, à Vevey, - Office fédéral des assurances sociales, à Berne, par l'envoi de photocopies. Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). La greffière :

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