

S1 20 125

JUGEMENT DU 30 AOÛT 2022

**Tribunal cantonal du Valais
Cour des assurances sociales**

Composition : Candido Prada, président ; Jean-Bernard Fournier et Christophe Joris, juges ; Mireille Allegro, greffière

en la cause

X _____, recourant, représenté par Maître Blaise Marmy, avocat, 1920 Martigny

contre

OFFICE CANTONAL AI DU VALAIS, 1950 Sion, intimé

(art. 17 LPGA ; révision et suppression de rente ; calcul du revenu d'invalidité)

Faits

A. X _____, né xxx 1969, a effectué sa formation de monteur électricien dans l'entreprise individuelle de son père, A _____, dont il a repris la gestion dès 2001. Le 31 mars 2009, il a décidé de créer la société anonyme « B _____ SA » avec son père. Selon l'extrait du registre du commerce, l'intéressé est président du conseil avec droit de signature individuelle et détient 95% des actions ; son père est administrateur avec droit de signature collective à deux et détient 5% des actions.

B. A la suite d'une double fracture du ligament croisé du genou gauche survenue le 14 mai 2012, l'assuré a été mis en incapacité de travail à 50% dès le 14 mai 2012.

Le 20 novembre 2012, il a rempli une demande de prestations AI et a indiqué au collaborateur de l'Office cantonal AI du Valais (OAI) qu'il était en incapacité de travail partielle en raison d'une rupture des ligaments croisés du genou gauche et d'une discopathie L4-L5 et L5-S1. Il a expliqué qu'il travaillait à 75% comme monteur électricien et à 25% au bureau de l'entreprise pour un salaire de 6500 fr. x 12 mois + dividendes et que la société occupait un seul autre ouvrier (pièces 14 et 15).

Après avoir obtenu les comptes d'exploitation de 2007 à 2011, l'OAI a procédé à une enquête économique le 11 juillet 2013 (pièces 43 et 44). Dans son rapport, l'enquêteur a noté que l'assuré était actionnaire majoritaire de l'entreprise (95%) et que tout le bénéfice lui revenait, de sorte qu'en application du chiffre 3028.1 de la Circulaire sur l'invalidité et l'impotence dans l'assurance-invalidité (CIIAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021), son revenu devait être déterminé non seulement sur la base de son salaire mais aussi du bénéfice net de la société. Il a remarqué que les comptes 2012 montraient déjà une diminution notable du revenu de l'ordre de 50%, de sorte que l'incapacité de 50% semblait justifiée.

A réception des résultats d'exploitation de l'année 2013, l'enquêteur a calculé le revenu d'invalidé en tenant compte du salaire mensuel brut, sans les indemnités journalières accidents de l'assurance militaire (IJ), soit 39 000 fr. (3250 fr. x 12 mois ; pièce 60, p. 189), auquel il a ajouté le bénéfice net ressortant des comptes 2013, soit 39 842 fr., ce qui représentait une perte économique de 66 379 fr., respectivement un taux d'invalidité de 45,7% (pièce 60 ; rapport d'enquête du 25 avril 2014).

Par décision du 19 juin 2014 (pièce 71), X _____ a été mis au bénéfice d'un quart de rente d'invalidité, fondé sur un taux d'invalidité arrondi de 46%, dès le 1^{er} mai 2013.

C. Le 10 mai 2016, l'OAI a procédé à une révision d'office de la rente (pièce 86). L'assuré a alors annoncé que son état de santé s'était détérioré et que son incapacité de travail était de 80% depuis mai 2015 (pièce 86).

Lors de l'enquête économique du 16 novembre 2016 (pièce 94), il a expliqué ne s'occuper plus que de la direction de l'entreprise et pouvoir compter sur son ouvrier ainsi que sur du personnel temporaire. Au vu des chiffres comptables toujours réguliers et de la bonne marche de l'entreprise (pièce 98), l'enquêteur a maintenu la méthode de calcul appliquée en 2014 et a constaté une perte de gain arrondie de 57% en 2015, en tenant compte du bénéfice net de 44 244 fr. et du salaire annuel brut sans les IJ de 20 280 fr. (pièce 83, p. 233), et de 73% en 2016, en tenant compte d'un bénéfice net de 31 731 fr. et d'un salaire annuel brut de 8450 fr. (dont le calcul n'est pas détaillé, mais se rapproche du chiffre inscrit au CI : $650 \text{ fr.} \times 12 = 7800 \text{ fr.}$; cf. pièce 125, p. 377 et pièce 91).

Après validation par le service médical régional de l'assurance-invalidité (SMR) de l'incapacité de travail de 80% attestée par le médecin traitant depuis le 11 mai 2015 (pièce 102), l'OAI a rendu une nouvelle décision, le 14 juillet 2017, par laquelle il a reconnu le droit de l'assuré à une rente d'invalidité entière, basée sur un taux d'invalidité de 73%, dès le 1^{er} mai 2016 (pièce 111).

D. Le 1^{er} mai 2019, une nouvelle procédure de révision de la rente a été mise en œuvre par l'OAI (pièce 127). L'assuré n'a signalé aucun changement significatif dans sa situation et a adressé une copie de ses comptes d'exploitation 2017, 2018 et 2019 à l'OAI (pièces 133, 139 et 140). L'OAI a également recueilli l'extrait du CI de l'assuré mentionnant un salaire AVS 2017 de 26 600 fr. et un salaire AVS 2018 de 36 000 fr. (pièce 125). Il a encore contacté la fiduciaire de l'assuré qui lui a confirmé, le 10 mars 2020, que le salaire brut AVS 2019 de l'assuré s'était élevé à 36 000 fr. (pièce 142).

Il a alors établi un tableau récapitulatif des revenus pour les années 2009 à 2019, duquel il ressort que le revenu de l'assuré (bénéfice net + salaire brut) s'est élevé à 95 960 fr. en 2017, 108 194 fr. en 2018 et 101 097 fr. en 2019 (pièce 141).

Après comparaison avec le revenu sans invalidité, l'OAI a constaté que le degré d'invalidité de l'assuré avait été de 36% en 2017, 28 % en 2018 et 33% en 2019, de sorte que par projet de décision du 11 mars 2020 (pièce 143), puis décision du 26 mai 2020, il a supprimé la rente avec effet au 1^{er} juillet 2020 (pièce 152).

E. Le 25 juin 2020, X _____, représenté par M^e Blaise Marmy, a recouru céans contre ce prononcé, en concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la

décision et au maintien de la rente entière, dès lors que sa situation – tant au niveau de l'activité que de son état de santé – n'avait pas changé. De son point de vue, l'intimé ne pouvait pas modifier sa méthode de calcul et prendre en compte les bénéfices nets de la société à titre de revenu d'invalidé. En effet, il y avait lieu de tenir compte du fait que la société anonyme était une entité juridique propre qui décidait elle-même de l'affectation de son bénéfice, qu'en outre, elle était en mains de deux actionnaires et non d'un seul et que l'assemblée générale avait décidé d'investir le bénéfice dans un nouveau projet de consortium, de sorte que seul le dividende de 7000 fr. accordé à l'assuré depuis 2017 aurait dû être comptabilisé à titre de revenu en sus du salaire annuel brut.

Il a transmis les comptes d'exploitation 2017 à 2019, les certificats de salaire 2017 attestant un salaire brut de 35 416 fr., 2018 attestant un salaire brut de 36 000 fr. et 2019 attestant également un salaire brut de 36 000 fr., ainsi que des avis de crédit pour les années 2015 à 2020 montrant des versements en lien avec la création du consortium C _____, notamment 30 000 fr. depuis le compte de la société en janvier 2018 et 90 000 fr. depuis son compte privé en avril 2020.

Répondant le 25 août 2020, l'OAI a conclu au rejet du recours, en contestant avoir modifié sa méthode de calcul par rapport aux décisions d'octroi de rente de 2014 et 2017, lesquelles n'avaient par ailleurs fait l'objet d'aucune contestation de la part de l'assuré, et en relevant que la baisse du degré d'invalidité provenait de la hausse notable du revenu d'invalidé depuis la dernière révision. A cet égard, il a estimé que le fait que le recourant investisse une partie du bénéfice dans une société immobilière ne changeait rien à la méthode de calcul dès lors qu'il était libre de donner l'affectation qu'il souhaitait à sa part de bénéfice.

Dans sa réplique du 28 septembre 2020, le recourant a maintenu sa position, en rappelant qu'il n'était pas possible de lui attribuer le bénéfice d'exploitation de la société qui n'était pas unipersonnelle.

Prenant position une dernière fois le 3 novembre 2020, l'intimé a confirmé qu'il avait pris en compte le salaire brut ainsi que la part du bénéfice net en faveur de l'assuré, comme pour ses précédentes décisions.

L'échange d'écritures a été clos le 4 novembre 2020.

Le 29 août 2022, le recourant a fait parvenir à la Cour un rapport établi le 9 août 2022 par le Dr D _____, spécialiste en neurochirurgie, attestant une recrudescence d'une hernie discale L5-S1 à l'IRM du 4 octobre 2021.

Considérant en droit

1.1 Selon l'article 1 alinéa 1 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20), les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) s'appliquent à l'AI (art. 1a à 26bis et 28 à 70), à moins que la LAI n'y déroge expressément.

Posté le 25 juin 2020, le présent recours à l'encontre de la décision du 26 mai 2020 a été interjeté dans le délai légal de trente jours (art. 60 LPGA) et devant l'instance compétente (art. 56 et 57 LPGA ; art. 69 al. 1 let. a LAI ; art. 81a al. 1 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA ; RS/VS 172.6]). Il répond par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte que la Cour doit entrer en matière.

1.2 Au 1^{er} janvier 2022, des modifications législatives et réglementaires sont entrées en vigueur dans le cadre du « développement continu de l'AI » (loi fédérale sur l'assurance-invalidité [LAI] [Développement continu de l'AI], modification du 19 juin 2020, RO 2021 705, et règlement sur l'assurance-invalidité [RAI], modification du 3 novembre 2021, RO 2021 706). Conformément aux règles de droit transitoire, l'ancien droit reste applicable, au vu de la date de la décision litigieuse rendue le 21 août 2019 (ATF 144 V 210 consid. 4.3.1 ; 138 V 176 consid. 7.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_881/2018 du 6 mars 2019 consid. 4.1).

2. Le litige porte uniquement sur la suppression par voie de révision (art. 17 LPGA) de la rente d'invalidité du recourant, dès le 1^{er} juillet 2020.

2.1 Aux termes de l'article 17 LPGA (dans sa version jusqu'au 31 décembre 2021), si le taux d'invalidité du bénéficiaire de rente subit une modification notable, la rente est, d'office ou sur demande, révisée pour l'avenir, à savoir augmentée ou réduite en conséquence, ou encore supprimée.

Tout changement important des circonstances propres à influencer le degré d'invalidité, et donc le droit à la rente, peut motiver une révision selon l'article 17 LPGA. La rente

peut être révisée non seulement en cas de modification sensible de l'état de santé, mais aussi lorsque celui-ci est resté en soi le même, mais que ses conséquences sur la capacité de gain ont subi un changement important (ATF 133 V 545 consid. 6.1 ; 130 V 349 consid. 3.5 ; 113 V 275 consid. 1a ; voir également ATF 112 V 372 consid. 2b et 390 consid. 1b).

Le point de savoir si un tel changement s'est produit doit être tranché en comparant les faits tels qu'ils se présentaient au moment de la dernière décision entrée en force reposant sur un examen matériel du droit à la rente avec une constatation des faits pertinents, une appréciation des preuves et une comparaison des revenus conformes au droit, et les circonstances régnant à l'époque de la décision litigieuse (ATF 133 V 108 consid. 5).

2.2 En l'espèce, s'il est vrai que la situation médicale du recourant n'a pas évolué significativement depuis la décision du 14 juillet 2017 et qu'il n'a pas changé d'activité professionnelle, l'intimé a constaté, lors de la révision de mai 2019, que sa situation économique s'était, en revanche, modifiée au point d'influencer son droit à la rente. Ceci constituant un motif de révision au sens de l'article 17 LPGA, c'est à juste titre que l'intimé a procédé à un nouveau calcul du taux d'invalidité.

Le rapport du Dr D _____ du 9 août 2022 porte sur un état de fait postérieur à la décision attaquée. Or, il est rappelé que selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue et que les faits survenus postérieurement et ayant modifié cette situation doivent faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (cf. ATF 136 V 24 consid. 4.3 ; 132 V 215 consid. 3.1.1 ; 130 V 445 consid. 1.2.1 ; 129 V 1 consid. 1.2 ; 121 V 362 consid. 1b). Dès lors, l'impact de la recrudescence de la hernie discale constatée à l'IRM du 4 octobre 2021 sur la capacité de travail de l'assuré devrait être examiné dans le cadre d'une nouvelle demande.

3. Sur le fond, le recourant conteste les revenus d'invalidité retenus par l'intimé pour les années 2017, 2018 et 2019, plus spécifiquement la prise en compte du bénéfice net d'exploitation, en sus du salaire brut AVS déclaré.

3.1.1 Selon l'article 26^{bis} alinéa 1 RAI (règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 [RAI ; RS 831.201]), si l'assuré réalise un revenu après la survenance de l'invalidité, le revenu avec invalidité (art. 16 LPGA) correspond à ce revenu, à condition que l'assuré exploite autant que possible sa capacité fonctionnelle résiduelle en exerçant

une activité qui peut raisonnablement être exigée de lui. Ainsi, le revenu d'invalidé doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé (ATF 135 V 297 consid. 5.2 ; 129 V 472 consid. 4.2.1). Lorsque l'activité exercée après la survenance de l'atteinte à la santé repose sur des rapports de travail particulièrement stables, qu'elle met pleinement en valeur la capacité de travail résiduelle exigible et que le gain obtenu correspond au travail effectivement fourni et ne contient pas d'éléments de salaire social, c'est le revenu effectivement réalisé qui doit être pris en compte pour fixer le revenu d'invalidé.

Est réputé revenu au sens de l'article 16 LPGA le revenu annuel présumable sur lequel les cotisations seraient perçues en vertu de la LAVS (art. 25 al. 1 RAI). Cette disposition n'exige toutefois pas une équivalence absolue entre les revenus déterminants pour l'évaluation de l'invalidité et ceux qui sont soumis aux cotisations AVS mais bien plutôt une mise en parallèle des revenus hypothétiques servant à la comparaison et de ceux sur lesquels les cotisations AVS doivent être payés. Cela signifie que pour l'évaluation de l'invalidité, seuls entrent en principe en ligne de compte les revenus tirés de l'exercice d'une activité lucrative pour lequel l'assuré devrait s'acquitter de cotisations à l'AVS. L'étendue des revenus à comparer se détermine dès lors en prenant en considération l'ensemble de l'activité définie par les articles 5 à 9 LAVS. Les prestations accordées par l'employeur pour compenser des pertes de salaire par suite d'accident ou de maladie entraînant une incapacité de travail dûment prouvée ne sont pas réputées revenu du travail pour la comparaison des revenus (art. 25 al. 1 let. a RAI ; Valterio, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], 2011, n. 2070 p. 549).

3.1.2 En ce qui concerne les indépendants, lorsqu'on ne peut établir une diminution importante, pour cause d'invalidité, du revenu de l'entreprise, on ne peut admettre l'existence d'une invalidité que si, depuis la survenance de l'atteinte à la santé, l'accomplissement de certaines tâches a nécessité la collaboration supplémentaire ou notablement plus fréquente d'une ou de plusieurs personnes (augmentation du personnel de l'entreprise ; cf. CIIAI ch. 3070). L'office AI se fait remettre la comptabilité de plusieurs exercices. Il examine en particulier les postes qui accusent des écarts depuis la survenance de l'atteinte à la santé (les frais du personnel, les amortissements, le revenu brut et net ainsi que le rapport de celui-ci au chiffre d'affaires). Par ailleurs, les revenus sont relevés d'après différents documents (déclaration de revenus à la caisse de compensation) et, si nécessaire, par une enquête sur place (cf. ch. 2114 ss de la circulaire sur la procédure dans l'assurance-invalidité [CPAI]). Un rapport d'enquête

devra, le cas échéant, donner des renseignements suffisamment précis sur la situation de l'entreprise. Les données des déclarations fiscales ne permettent pas de se prononcer sur le revenu réel (arrêt du Tribunal fédéral 8C_9/2009 du 10 novembre 2009 ; cf. ch. 3032 CIIAI par renvoi du ch. 3071). Pour les indépendants, l'extrait du CI est en principe déterminant pour calculer le revenu. En effet, on peut admettre que la caisse de compensation a procédé conformément aux prescriptions applicables à la détermination du revenu soumis à cotisation et à son inscription dans le CI (arrêt du Tribunal fédéral 8C_530/2013 du 21 septembre 2016).

Selon la jurisprudence développée en matière AVS qui s'applique également à l'AI en vertu de l'article 25 alinéa 1 RAI, pour savoir si une personne exerce une activité lucrative à titre d'indépendant ou de salarié, il ne faut pas se fonder sur la nature juridique de la relation contractuelle entre les parties (ATF 122 V 169 consid. 3a). C'est la position économique qui est déterminante, autrement dit la réponse à la question de savoir si l'assuré exerce une influence décisive sur la politique commerciale et l'évolution des affaires de l'entreprise. Pour y répondre, il faut tenir compte de sa participation financière, de la composition de la direction de la société et d'autres critères comparables (arrêt du Tribunal fédéral 9C_453/2014 du 17 février 2015). Ainsi, par exemple, un assuré qui a certes la qualité formelle d'employé d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée, mais qui occupe la fonction de directeur et possède la majorité des participations et qui de ce fait joue un rôle prépondérant sur la politique et la marche de l'entreprise, doit être considéré comme un indépendant aux fins de l'évaluation de l'invalidité (Michel Valterio, Commentaire de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité [LAI], 2018, ch. 47 ad art. 28a LAI).

Dans le cas d'une société anonyme, inscrite au registre du commerce, et dotée de la personnalité juridique, les bénéfices nets de l'entreprise, qui n'ont pas été versés à l'assuré, ne peuvent, en principe, pas être inclus dans ses revenus, puisqu'il s'agit d'une entité distincte, soumise à l'impôt (art. 72 et 80 de la loi fiscale [LF ; RS/VS 642.1]). Les revenus de la société anonyme ne se confondent donc pas avec ceux de l'assuré, comme ce serait pour le cas pour un assuré exploitant une entreprise individuelle. En revanche, selon l'article 660 alinéa 1 CO, tout actionnaire a droit à une part proportionnelle du bénéfice résultant du bilan, pour autant que la loi ou les statuts prévoient sa répartition. Ainsi, les dirigeants d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée doivent en principe être considérés comme des salariés (ch. 3028.1 par renvoi du ch. 3032.1 CIIAI). Toutefois, si une personne dirigeant une telle société dispose d'une influence déterminante sur celle-ci (par ex. parce qu'elle est

la seule à avoir le droit de signature), il est justifié d'évaluer l'invalidité par la méthode utilisée pour les indépendants (arrêts du Tribunal fédéral 8C_346/2012 du 24 août 2012 consid. 4.3 ; 8C_898/2010 du 13 avril 2011 consid. 5.3). On considère notamment qu'un assuré employé par une société anonyme revêt un statut d'indépendant s'il dispose d'une influence déterminante sur l'entreprise en sa qualité d'actionnaire unique (CIIAI, ch. 3028.2 ; cf. arrêt du Tribunal cantonal genevois ATAS/348/2019 du 18 avril 2019 consid. 7e et 8). Comme, de par cette position, il a en outre une influence déterminante sur la répartition des revenus entre salaire et bénéfice, on ne peut pas se baser seulement sur les extraits du CI pour fixer le taux d'invalidité (arrêt du Tribunal fédéral 8C_346/2012 du 24 août 2012).

3.2 En l'espèce, le recourant a repris la gestion de l'entreprise individuelle de son père en 2001, avant de décider de fonder une société anonyme en 2008. Il en est l'actionnaire majoritaire à hauteur de 95%, son père - qui n'est plus actif dans la société - étant titulaire des 5% restants. Le recourant est, en outre, président avec droit de signature individuelle et s'occupe seul de la gestion de la société. Au regard de son influence prépondérante sur l'entreprise, c'est à juste titre que l'intimé a procédé comme il le ferait avec un indépendant et ceci depuis la première décision de 2014.

Sur ce point, contrairement à ce que soutient le recourant, l'intimé n'a jamais modifié sa méthode de calcul. Il a toujours pris le salaire annuel brut de l'assuré (ressortant soit du CI, soit des fiches de salaire mais sans les IJ accident), auquel il a ajouté le bénéfice net de la société et non pas le dividende de 10 000 fr., respectivement 7000 fr. dès 2017, comme le prétend le recourant. A cet égard, le rapport d'enquête économique du 11 juillet 2013 (pièce 44, p. 146) est très clair : « l'assuré est actionnaire presque unique de son entreprise (tout le bénéfice lui revient). En application du chiffre 3028.1 des directives, son revenu doit être déterminé non seulement sur la base de son salaire mais également du bénéfice » (cf. voir également les tableaux récapitulatifs des enquêtes économiques ; pièce 43, p. 142, pièce 98, p. 280 et pièce 141, p. 409).

Rien au dossier ne laisse penser que le bénéfice net de la société ne soit pas attribué entièrement au recourant dans les faits, respectivement que ce dernier n'ait pas toute latitude quant à l'affectation des fonds. Au contraire, il ressort des relevés bancaires déposés par le recourant que celui-ci a pu investir personnellement 90 000 fr. dans le consortium C _____ en 2019, ce qui indique qu'il a manifestement reçu le bénéfice net de la société avant de décider de le réinvestir. Le fait que le recourant ait choisi d'affecter d'importants montants dans une nouvelle société n'a pas d'incidence sur la méthode de calcul du degré d'invalidité.

3.3 Mal fondé, le recours est rejeté et la décision de suppression de rente du 26 mai 2020 confirmée.

4. Les frais judiciaires, fixés sur le vu du principe de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations à 500 fr. (art. 61 let. a aLPGA, art. 83 LPGA ; art. 69 al. 1bis LAI ; art. 1 al. 2, 81a al. 2 et 89 al. 1 LPJA), doivent être supportés par le recourant qui succombe et compensés avec l'avance du même montant qu'il a versé.

Eu égard à l'issue de la cause, il n'est pas alloué de dépens (art. 61 let. g LPGA a contrario).

Prononce

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais, par 500 francs, sont mis à la charge de X _____.
3. Il n'est pas alloué de dépens.

Sion, le 30 août 2022