RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1335/2001 **ATAS/767/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 23 septembre 2004

3ème Chambre

En la cause

Monsieur G_____, comparant par Me Catherine GAVIN, Collectif de Défense, où il élit domicile — recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, 97, rue de Lyon, 1203 Genève. — intimé

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER , juges

EN FAIT

1. Monsieur G_____, ressortissant marocain né le 13 juillet 1952, divorcé, est titulaire d'une autorisation de séjour « B ». Il a exercé de façon intermittente la profession de sommelier.

2. En 1995, il a été victime d'un accident de voiture qui lui a occasionné des lombosciatalgies. Il devait encore chuter accidentellement à deux reprises, en 1996 et 1997. Suite au dernier accident, survenu le 7 juillet 1997, il a été en incapacité totale de travail du 8 juillet au 17 août 1997. Après une reprise d'activité, il a à nouveau été incapable de travailler à 50% (dès le 16 décembre 1997), puis à 100% du 31 janvier au 13 mai 1998 et à 75% à compter du 14 mai 1998. L'assuré a quitté son emploi le 30 janvier 1998. Depuis lors, il a tenté à plusieurs reprises de travailler comme sommelier dans différents restaurants, mais a dû y renoncer en raison de ses douleurs dorsales.

3. L'assuré a déposé le 16 juillet 1998 une demande de prestations auprès de l'office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI), motivée par deux hernies discales (pièce 1, fourre 2 OCAI).

4. Le Dr A_____ a diagnostiqué des lombalgies post-traumatiques, des hernies discales foramnale et extraforaminale droites L4-L5 et foraminale gauche en L4-L5, et une arthrose intra-articulaire postérieure droite en L5-L6 (cf. rapport médical du 23 mai 2000 : pièce 1, fourre 3 OCAI).

5. Le Dr B_____, également interrogé par l'OCAI, a indiqué que son patient ne l'avait plus consulté en raison du désaccord qui les opposait quant à l'évaluation de son état de santé (pièce 2, fourre 3 OCAI).

6. Par jugement du 30 octobre 2000, le Tribunal de police de la République et canton de Genève a reconnu Monsieur G_____ coupable de violation de l'obligation de renseigner l'assurance-chômage pour avoir travaillé de manière indépendante au sein de la société X_____ SA, pour son propre compte, du 1er novembre 1996 au 31 janvier 1997, et avoir perçu indûment pendant cette période des indemnités de l'assurance-chômage. L'intéressé a été condamné à 20 jours d'emprisonnement ferme et à l'expulsion du territoire de la Confédération pour une durée de 3 ans, cette peine étant assortie d'un sursis de 2 ans (pièce 7, fourre 5 OCAI).

7. A la demande de l'OCAI, l'assuré a effectué un stage auprès de la clinique de rééducation des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après HUG), du 28 novembre au 8 décembre 2000. Les médecins ont estimé que l'activité de

sommelier était totalement incompatible avec l'état de santé de l'assuré (lombalgies chroniques, hernies discales et arthrose). En revanche, ils ont exprimé l'avis que, dans une activité adaptée – c'est-à-dire légère et ne comprenant pas le port de charges lourdes et peu contraignante pour le dos, demandant de la finesse et une bonne aptitude à la formation technique sur le tas – la capacité résiduelle de travail s'élevait à 50% au moins, voire plus (pièces 4 et 5, fourre 3 OCAI).

8. Le médecin-conseil de l'OCAI a quant à lui estimé qu'après des mesures de réadaptation, l'assuré pourrait travailler à 50%, voire 100% (pièce 6, fourre 3 OCAI).

9. A la fin du mois de février 2001, l'assuré a été engagé comme vendeur au kiosque « Tabacs, glacier Y_____ », géré par la société Z_____ SA, pour un salaire de 1'200 fr. brut par mois.

10. L'OCAI a établi un projet de décision en date du 7 juin 2001. Il estimait la capacité résiduelle de travail à 50% dans une activité adaptée ne nécessitant pas le port de charges, telle que celle de vendeur de journaux. Le degré d'invalidité a été fixé à 60%. L'assuré se voyait reconnaître le droit à une demi-rente dès le 1er décembre 1998 (pièce 1, fourre 1 OCAI).

11. Le 14 juin 2001, l'Office cantonal de l'emploi (OCE) a informé l'OCAI des faits suivants :

    - Le 6 juin 2001, Monsieur P_____, inspecteur à l'OCE avait interrogé Monsieur W_____ (administrateur depuis fin août 2000 de la société Z_____ SA), qui avait déclaré qu'entre mars 2001 et début juin 2001, le kiosque avait été ouvert de 07h à 20h du lundi au samedi et de 13h à 20h le dimanche. Cela représentait quatre-vingt-cinq heures d'ouverture par semaine, dont soixante étaient assurées par Monsieur G_____ (pièce 6, fourre 1 OCAI).

    - L'assuré, entendu par Monsieur P_____ le 11 juin 2001, avait confirmé travailler comme vendeur pour le kiosque géré par Z_____ SA (pièce 6, fourre 1 OCAI).

    - A la fin du mois de juin 2001, Monsieur W_____ avait adressé à l'OCE un correctif de la déclaration qu'il avait signée le 6 juin 2001.

    - Sur cette base, l'OCE avait rendu en date du 17 septembre 2001 une décision de prestations concernant Monsieur W_____, sans se prononcer sur les heures d'ouverture du kiosque (pièce 8, fourre 1 OCAI).

12. Le 27 septembre 2001, l'OCAI a rendu un nouveau projet de décision annulant et remplaçant celui du 7 juin 2001. Retenant que l'assuré exerçait depuis mars 2001

une activité de vendeur à raison de 60 heures par semaine pour un salaire mensuel de 1'200 fr., il a conclu à une capacité de travail entière et refusé l'octroi de prestations (pièce 4, fourre 1 OCAI).

13. Dans un courrier du 25 octobre 2001, Monsieur W_____ a allégué que ses propos - tels qu'ils ressortaient du procès-verbal du 6 juin 2001 – avaient en réalité été déformés par Monsieur P_____. Pour preuve, il a notamment souligné qu'Edipress ne livrait jamais de journaux le lundi, le kiosque étant fermé ce jour-là ; que la poste des Pâquis ne délivrait pas de courriers avant 11h, heure d'ouverture du kiosque, sauf exceptions ; que les livraisons de glace (XX_____ à Lausanne) et de cigarettes et bonbons (XY_____ à Meyrin) n'avaient pas lieu avant 11h pour la même raison ; que l'horaire d'ouverture du kiosque était le suivant : fermé le lundi, ouvert du mardi au vendredi durant sept à huit heures par jour, ouvert quatre heures le samedi et quatre heures le dimanche selon la météo, soit un maximum de quarante heures par semaine, se répartissant en quinze heures de présence pour lui-même et quinze à vingt heures pour son employé. Il a ajouté que le magasin était « dans une période d'essai » et que plusieurs horaires avaient été pratiqués, avec ou sans employé, qu'il avait été fermé au mois de juillet 2001 et qu'un employé avait été engagé pour la réouverture au mois d'août 2001 (pièce 9, fourre 1 OCAI).

14. Par décision du 29 octobre 2001, l'OCAI a confirmé son projet de décision du 27 septembre 2001 (pièce 11, fourre 1 OCAI).

15. L'assuré a interjeté recours le 28 novembre 2001. Il conclut à l'annulation de la décision litigieuse et à l'octroi d'une demi-rente dès le 1er décembre 1998. Il fait valoir que les renseignements transmis par l'OCE l'aurait été de manière illégale et devraient donc être écartés de la procédure. Il souligne par ailleurs que les déclarations de Monsieur W_____ - selon lesquelles il aurait travaillé soixante heures par semaine - ont été démenties par ce dernier et différents témoins. Enfin, il affirme que, malgré ce que pourrait laisser croire la condamnation dont il a fait l'objet par le Tribunal de police pour violation de l'obligation de renseigner l'assurance-chômage, il a toujours donné des renseignements conformes à la vérité sur les faits décisifs pour l'examen du bien-fondé de sa demande de prestations de l'assurance-invalidité.

16. Par courrier du 17 décembre 2001, le recourant a produit une déclaration écrite de Monsieur D_____, chauffeur-livreur de l'entreprise XX_____, qui atteste n'avoir jamais effectué de livraisons avant 10h30 du matin, heure d'ouverture du magasin. Il a également produit une attestation émanant d'un voisin du kiosque, Monsieur E_____. Ce dernier affirme que Monsieur W_____ travaillait au kiosque le matin et son employé l'après-midi, le magasin restant fermé toute la journée du lundi.

17. Dans son préavis du 28 février 2001, l'OCAI a conclu au rejet du recours et affirmé que l'OCE était habilité à lui fournir des renseignements.

18. L'assuré a répliqué par courrier du 25 mars 2002 en persistant intégralement dans ses conclusions. Il a versé à la procédure deux documents :

    - une déclaration, établie le 18 mars 2002 par Monsieur W_____, affirmant qu'il souffrait de dépression lors de l'entretien du 6 juin 2001 avec l'OCE (pièce 12 rec.) ;

    - une attestation du 18 mars 2002 du Dr F_____, qui confirme cet état dépressif et fait état de difficultés à assumer des tâches administratives, même simples et d'un harcèlement dont il semblerait avoir été victime de la part de l'inspecteur du chômage, qui aurait pu contribuer à péjorer son état (pièce 13 rec.).

19. Le 23 avril 2002, l'OCAI a relevé que les renseignements recueillis au sujet de l'assuré se fondaient sur une déclaration signée et protocolée conformément aux règles en vigueur dans l'administration.

20. La cause a été transmise au Tribunal cantonal des assurances sociales à compter du 1er août 2003.

21. Interrogée par le Tribunal de céans, la société XY_____ (Tabac distribution S.A.) a répondu le 18 août 2003 qu'elle livrait des marchandises au kiosque entre 9h et 17h, tout en ignorant quelles étaient précisément les heures d'ouverture. Egalement interpellé, XZ_____ SA a indiqué par courrier du 21 août 2003 que les horaires d'ouverture étaient, à sa connaissance, de 7h à 22h du lundi au dimanche avec une fermeture hebdomadaire le mercredi toute la journée.

22. Libéré de son secret de fonction par le Département de l'économie, de l'emploi et des affaires extérieures, Monsieur P_____, chef de section des enquêtes de l'OCE, a été entendu comme témoin par le Tribunal de céans le 25 septembre 2003. Il a confirmé la teneur du rapport établi suite aux déclarations de Monsieur W_____. Il a par ailleurs déclaré qu'il n'avait pas été convaincu par les rétractations de ce dernier quant aux horaires d'ouverture du kiosque, survenues quelques jours après son audition ; qu'il habitait à une centaine de mètres du kiosque en question et avait pu constater qu'il restait ouvert toute la journée ; qu'il avait constaté, quinze jours auparavant, la présence de l'assuré en fin d'après-midi ; que son enquête ne portait cependant ni sur les horaires d'ouverture ni sur ceux de l'assuré ; que son service communiquait souvent des renseignements aux assurances sociales lorsqu'il y avait suspicion de fraude, mais qu'il ne se rappelait pas dans quelles circonstances il avait contacté

l'OCAI ; que les indications d'horaire figurant dans son rapport lui avaient été expressément communiquées par Monsieur W_____.

23. Entendu en comparution personnelle le même jour, le recourant a confirmé qu'il exerçait, depuis février 2001, la profession de vendeur dans un kiosque, ce qui lui permettait d'alterner les positions et de travailler ainsi quatre à cinq heures par jour, soit vingt à vingt-cinq heures par semaine. Son salaire, d'abord fixé à 1'200 fr., s'élevait à 1'800 fr. depuis décembre 2002. Il a encore expliqué que la manutention des journaux ne lui posait pas de problème, dans la mesure où seuls cinq exemplaires de chaque journal étaient livrés et qu'il s'octroyait une pause d'une heure à une heure et demie durant l'après-midi pour reposer son dos.

24. Egalement entendu, Monsieur W_____ a expliqué avoir été administrateur de la société Z_____ SA de septembre 2000 à juin 2001 et voir été à ce titre l'employeur de l'assuré, lequel avait débuté son travail à la fin du mois de février 2001. Il a allégué être tombé malade au mois de juin 2001 et s'être retiré de l'affaire. Selon lui, durant la période de mars à juin 2001, l'assuré a travaillé de 13h30 ou 14h à 18h ou 18h30, avec une pause durant l'heure creuse. Le kiosque était fermé le lundi et ouvert le samedi après-midi, ainsi que le dimanche après-midi, par beau temps. L'assuré et lui-même alternaient les semaines de travail. Il a réaffirmé que ses propos avaient été déformés par l'OCE, non seulement en ce qui concernait les horaires, mais également sur d'autres points, et que le rapport du 6 juin 2001 contenait des contre-vérités. Il a expliqué avoir signé le procès-verbal au terme d'un interrogatoire de trois heures qui l'avait épuisé et ne l'avoir étudié que plus tard, après avoir dû insister pour en obtenir une copie. Il a encore précisé que le salaire brut octroyé à l'assuré s'élevait à 1'000 ou 1'200 fr. par mois.

25. Egalement convoqué à l'audience, l'OCAI ne s'est ni présenté ni excusé.

26. Le 1er octobre 2003, le recourant a fait parvenir au Tribunal de céans un bulletin de livraison de la société XY_____ Distribution SA, daté du 14 juin 2001, indiquant que la livraison s'effectuait dans l'après-midi, ainsi que des factures et bulletins de livraison mentionnant également des heures de livraison dans l'après-midi. L'intéressé a fait valoir que les indications fournies par XY_____ dans son courrier du 18 août 2003 concernaient les heures habituelles de livraison et non les heures d'ouverture du kiosque. Il a par ailleurs souligné qu'en dehors des affirmations de Monsieur P_____, tous les témoignages écrits confirmaient ses déclarations. Ainsi, Monsieur G_____, employé postal, a exposé que, lorsqu'il avait effectué sa distribution quotidienne de courrier durant les mois de mars, avril et juin 2001, le kiosque était toujours fermé entre 9h30 et 10h.

27. Par jugement du 29 janvier 2004, le Tribunal a admis le recours et constaté que le recourant avait droit à une demi-rente d'invalidité.

28. L'OCAI a interjeté recours auprès du Tribunal fédéral des assurances (TFA) ; suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs du Tribunal cantonal des assurances sociales par le Tribunal fédéral, le 27 janvier 2004, le TFA, par arrêt du 2 avril 2004, a annulé le jugement rendu par le Tribunal de céans et lui a renvoyé la cause afin qu'il statue dans une composition conforme à la loi.

29. Constatant qu'une erreur avait été commise et que le procès-verbal de l'audience du 25 septembre 2003 à laquelle l'OCAI avait fait défaut ne lui avait pas été communiqué, le Tribunal de céans en a envoyé une copie à l'autorité intimée par courrier du 27 juillet 2004 et lui a imparti un délai au 16 août 2004 pour présenter ses observations.

30. A l'issue de ce délai, l'OCAI a demandé une prolongation jusqu'au 13 septembre 2004, ce qui lui a été accordé, étant précisé qu'il s'agissait là d'un ultime délai.

31. Par fax du 14 septembre 2004 – soit après l'échéance du délai qui lui avait été imparti – l'OCAI a demandé une nouvelle prolongation. Celle-ci lui a été refusée par courrier du même jour et la cause a été gardée à juger.

32. Par courrier du 14 septembre 2004, le conseil du recourant a par ailleurs fait remarqué que l'OCAI n'aurait même pas dû se voir impartir de délai, dans la mesure où il avait renoncé de lui-même à participer à l'audience d'enquête.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS), composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ).

   Le Tribunal statue en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (ci-après LAI [RS 831.20] ; cf. art. 1 let. r et 56V al. 1 let. a ch. 2 LOJ). Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-invalidité ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour connaître du présent litige.

2. Suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

   Statuant sur un recours de droit public, le TF a, dans un arrêt rendu le 1er juillet 2004, confirmé que cette disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était, de surcroît, conforme au droit fédéral (arrêt 1P. 183/2004).

   C'est dans la composition prévue par l'art. 162 LOJ que le Tribunal de céans statue dans la présente cause.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-invalidité. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1, 121 V 386, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 LPGA). Le présent litige sera en conséquence examiné à la lumière des dispositions de la LAI et de son règlement, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 .

4. Interjeté dans les forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 69 LAI et 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS ; RS 831.10] dans leur teneur au 31 décembre 2002).

5. La question litigieuse porte sur le degré d'invalidité du recourant et notamment sur le point de savoir s'il faut admettre qu'il aurait recouvré, contrairement à ses dires, une pleine capacité de travail.

6. a) L'invalidité est définie par la loi comme la diminution de la capacité de gain, présumée permanente ou de longue durée, qui résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale provenant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art. 4 LAI).

   b) L'instruction des faits d'ordre médical se fonde sur les rapports des médecins traitants, les expertises de médecins indépendants de l'institution d'assurance, les examens pratiqués par les centres d'observation médicale de l'assurance-invalidité, les expertises produites par une partie ainsi que les expertises médicales ordonnées par le juge. Dans le cadre de l'évaluation de l'invalidité, la tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé de l'assuré, à indiquer

quelles activités ce dernier est incapable d'exercer et dans quelle mesure. Les données médicales constituent en outre un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré (ATF 125 V 261 consid. 4, 115 V 134 consid. 2, 114 V 314 consid. 3c, 105 V 158 consid. 1).

7. a) En l'espèce, l'atteinte à la santé n'est pas contestée. Reste à déterminer son influence sur la capacité de travail du recourant.

A cet égard, il y a lieu de se référer en premier lieu aux documents médicaux. Or, en l'occurrence, les HUG se sont livrés à une observation de l'assuré sur la base de laquelle ils ont rendu un rapport qui répond aux réquisits de la jurisprudence, dans la mesure où les points litigieux importants ont fait l'objet d'une étude fouillée, où le rapport se fonde sur des examens complets, prend également en considération les plaintes exprimées et a été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse). Par ailleurs, la description du contexte médical est claire et les conclusions de l'expert bien motivées (cf. pièce 5, fourre 3 OCAI ; ATF 122 V 160 ; VSI 2000, p.154). Il ressort de ce rapport que le recourant pourrait exercer à 50% une activité adaptée. Ces conclusions ne sont pas contestées par l'OCAI qui a même rendu dans un premier temps un projet de décision s'y conformant. Il s'en est cependant finalement écarté, sur la seule base des informations qui lui ont été transmises par l'OCE. Il en a tiré la conclusion qu'en réalité, le recourant était à même d'exercer une activité à plein temps. Il convient donc d'examiner les faits et de déterminer s'ils permettent d'infirmer les conclusions des médecins.

b) Sur la base des premières déclarations de Monsieur W_____ à l'OCE, l'OCAI a conclu que le recourant exerçait en réalité une activité durant près de soixante heures par semaine.

Il sied d'emblée de préciser que l'OCAI était autorisé à prendre en compte les informations qui ont été portées à sa connaissance par l'OCE. En revanche, le fait que l'OCE ait donné raison à Monsieur W_____ par décision du 17 septembre 2001, et lui ait reconnu des droits afférents à l'assurance-chômage, ne préjuge en rien de l'issue du présent litige. D'une part, la question du nombre d'heures travaillées par l'assuré et Monsieur W_____ n'a pas été tranchée et, d'autre part, les organes de l'assurance-chômage et de l'assurance-invalidité sont des organes autonomes (Pratique VSI 4/1999, page 141 ss.), de sorte que l'OCAI n'est pas tenu par les conclusions de l'OCE.

Par ailleurs, il faut noter que les condamnations pénales infligées à l'assuré par jugement du Tribunal de police du 30 octobre 2000 concernaient l'assurance-chômage et ne sauraient être prises en considération dans le cadre de l'assurance-invalidité.

c) Cela étant posé, le Tribunal de céans constate que reconnaître à l'assuré une pleine capacité de travail de l'assuré est en contradiction flagrante avec les diagnostics médicaux posés et ne repose que sur les seules déclarations de Monsieur W_____ du 6 juin 2001. Or, ce dernier n'a eu de cesse d'affirmer, dès la fin du mois de juin 2001, que Monsieur P_____ n'avait pas retranscrit fidèlement ses propos, qu'il était épuisé et dépressif lors de l'entretien du 6 juin 2001 et n'avait pas pris la peine de relire le procès-verbal d'entretien. Ses déclarations n'ont pas varié depuis lors et il les a réitérées sous la foi du serment devant le Tribunal de céans. Au surplus, plusieurs autres éléments permettent d'accréditer la thèse selon laquelle le kiosque n'ouvrait pas plus de 40 heures par semaine. Vont dans ce sens, les témoignages écrits de Monsieur D_____, chauffeur-livreur de l'entreprise XX_____, et de Monsieur E_____, voisin du kiosque. Le premier a exposé que le magasin n'ouvrait pas avant 10h30 du matin, et le second que l'assuré n'y travaillait que l'après-midi et que le kiosque restait fermé le lundi. Par ailleurs, le salaire brut de l'assuré, d'un montant de 1'200 fr. par mois, ne correspond pas à une activité exercée à plein temps. Un bulletin de livraison de la société XY_____ Distribution SA daté du 14 juin 2001, indique que les livraisons s'effectuaient l'après-midi. Des factures et bulletins de livraison concernant l'année 2003 ont été versés à la procédure, qui font état de livraison intervenues l'après-midi seulement. Enfin, Monsieur G_____, employé postal, a attesté que le kiosque était toujours fermé entre 9h30 et 10h lorsqu'il avait effectué sa distribution quotidienne de courrier durant les mois de mars, avril et début juin 2001.

d) Force est donc de constater qu'il n'existe aucune preuve tangible que le kiosque aurait été ouvert plus de quarante heures par semaine et que l'assuré y aurait effectué plus de soixante heures de travail hebdomadaire, au contraire. Il n'existe dès lors aucun élément permettant de s'écarter des constatations des médecins.

Il y a donc lieu de retenir que le recourant présente une capacité résiduelle de travail de 50% dans une activité adaptée.

8. a) Pour l'évaluation de l'invalidité, le revenu du travail que l'invalide pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui, après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, est comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide (art. 28 al. 2 LAI).

L'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40% au moins. En ce cas, il recevra un quart de rente. S'il est invalide à 50%, il se verra octroyer une demi-rente et, si son invalidité atteint 66 2/3 %, une rente entière (art. 28 al. 1 LAI). Dans les cas pénibles, une invalidité de 40% au moins ouvre droit à une demi-rente (art. 28 al. 1bis LAI).

b) Le revenu sans invalidité se détermine en général d'après le dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à sa santé, en tenant compte de l'évolution des salaires intervenue jusqu'au moment du prononcé de la décision (RCC 1991 p. 332 ; ATFA du 28 juin 2000).L'incapacité de gain consiste en la diminution moyenne prévisible des possibilités de gain de la personne concernée sur l'ensemble du marché du travail équilibré pouvant entrer en considération pour elle (ch. 1017 de Circulaire de l'Office fédéral des assurances sociales concernant l'invalidité et l'impotence de l'assurance-invalidité [CIIAI]).

c) En l'espèce, le recourant possède une capacité résiduelle de travail de l'ordre de 50% dans une activité adaptée ne nécessitant pas le port de charges, telle que celle qu'il exerce dans le kiosque à journaux, qui lui permet d'obtenir un salaire annuel de 15'600 fr. Dans son ancien métier de sommelier, son salaire annuel était de 39'062 fr. Le manque à gagner est donc de 23'462 fr.

Le taux d'invalidité ressortant de la comparaison de ces deux revenus est de **60%** ([39'062 fr. - 15'600 fr.] x 100 : 39'062.--) et correspond à l'octroi d'une demi-rente d'invalidité.

9. Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est admis.

* * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Reçoit le recours.

Au fond :

2. L'admet et annule la décision de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité du 29 octobre 2001 ;

3. Dit que Monsieur G_____ a droit à une demi-rente d'invalidité ;

4. Renvoie la cause à l'OCAI afin que ce dernier procède au calcul de la rente d'invalidité ;

5. Condamne l'intimé à verser au recourant la somme de Fr. 2'500,-- à titre de participation à ses frais et dépens ;

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement qu'elle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :	La présidente :
Janine BOFFI	Karine STECK

Le Secrétaire-juriste : Alain ACHER

Le présent arrêt est communiqué pour notification aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe