

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1453/2001

ATAS/678/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 31 août 2004

1^{ère} Chambre

En la cause

Monsieur D_____,
comparant par Me Pierre GABUS en l'Etude
duquel il élit domicile

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE,
domicilié rue de Lyon 97 à Genève

intimé

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Karine STECK et Juliana BALDE, Juges

EN FAIT

1. Monsieur D_____, né en 1957, a exercé la profession de foreur-machiniste de chantier jusqu'au 29 novembre 1997, date à laquelle il a cessé toute activité en raison de son état de santé.
2. L'assuré a déposé le 13 février 1998 une demande auprès de l'Office cantonal AI (ci-après l'OCAI) visant à obtenir l'octroi de prestations d'invalidité.
3. Son médecin-traitant, le Docteur A_____ a posé le diagnostic suivant : « syndrome vertébral lombaire chronique sur troubles statiques et transitionnels lombaires et lombo-sacrés. Radiculité sensitive S1 D. Syndrome cervical secondaire avec syndrome de l'artère vertébrale status après M. Scheuermann lombaire plutôt discret. HTA traitée ». Le Docteur A_____ estime à 100% l'incapacité de travail de son patient depuis le 29 novembre 1997, tout en précisant qu'il pourrait travailler dans le cadre d'une activité adaptée, plus légère, en qualité de conducteur de petits véhicules, sans port de charges.
4. L'assuré a accompli un stage au Centre d'intégration professionnel OSER, du 22 novembre 1999 au 21 février 2000. Du rapport de fin de stage établi le 3 mars 2000, il appert que :

« L'évaluation des capacités professionnelles de l'assuré conclut à la possibilité de le réintégrer dans le circuit économique normal, dans une activité tenant compte de ses limitations : pas de port de charges, pas de position statique debout et besoin d'alternance. Les métiers possibles sont : ouvrier d'usine et monteur à l'établi.

La capacité de travail de l'assuré a été évaluée à 80% (rendement de 80% sur un plein temps). Effectivement, malgré des rendements obtenus en atelier se situant autour des 50%, nous estimons que l'intéressé ne s'est pas suffisamment engagé dans la mesure et qu'il s'est retenu dans les possibilités qu'il a montrées ».
5. La division de réadaptation professionnelle de l'OCAI a, dans un rapport du 16 mars 2000, proposé de procéder à une évaluation théorique basée sur une capacité de travail à 80%, et un rendement escompté de 80% sur un plein temps. Un ouvrier d'usine, par exemple chez Similor ou Parker Lucifer, gagnant 3'500 fr. par mois, il a été retenu pour le cas d'espèce un revenu annuel de 33'600 fr., ou de 32'760 fr. si l'on se fonde sur les conventions collectives pour des travaux sériels de type B.

Renseignement pris auprès du service du personnel de l'ancien employeur de l'assuré, il appert que son salaire réactualisé 2000, sans invalidité, aurait été de 61'945 fr. par année.

En comparant le gain avec invalidité, soit 33'600 fr. ou de 32'760 fr. et le gain sans invalidité, soit 61'945 fr., la division de réadaptation professionnelle a conclu à un taux d'invalidité de 45% ou de 47%.

6. Par prononcé du 19 mars 2001, l'OCAI a dès lors reconnu à l'assuré un degré d'invalidité de 47% à compter du 29 novembre 1998.
7. L'intéressé, représenté par Maître Pierre GABUS, a entendu contester, par courrier du 11 avril 2001, ce degré d'invalidité.
8. Par décisions du 24 juillet 2001, l'OCAI a accordé à l'assuré un quart de rente ordinaire simple d'invalidité, assorti de rentes complémentaires pour conjoint et enfants.
9. L'assuré a confirmé le 2 août 2001 recourir contre lesdites décisions. Il conteste les conclusions du rapport OSER, rappelant qu'il avait été expressément établi que son rendement sur les trois mois de stage ne dépassait pas 50%. Il allègue par ailleurs qu'il gagnait déjà, avant de cesser toute activité, 63'252 fr. Il reproche à l'OCAI de n'avoir pas tenu compte de l'aggravation de son état de santé ; il rappelle à cet égard qu'il a subi une intervention en mars 2000.
10. Dans son préavis du 15 octobre 2001, l'OCAI conclut préalablement à l'irrecevabilité de recours interjeté contre le prononcé du 19 mars 2001. Au fond, il précise qu'au vu des arguments soulevés par l'assuré dans son recours, il a été procédé à un nouveau calcul du taux d'invalidité en effectuant une comparaison des gains théoriques et en procédant à un abattement du revenu statistique d'invalidité de 20%. Le résultat obtenu est un taux d'invalidité de 44,6%, restant insuffisant pour ouvrir un droit à une rente entière, tel que l'aurait souhaité le recourant.
11. Par décisions du 17 décembre 2001, l'OCAI a informé l'assuré que, nonobstant le degré d'invalidité fixé à 47% seulement, il avait droit, compte tenu de sa situation financière difficile, à une demi-rente.
12. Le 11 janvier 2002, Maître GABUS a confirmé au greffe de la Commission cantonale de recours AVS-AI que son mandant entendait toujours contester le degré d'invalidité de 47%.

Le recourant a versé au dossier, le 24 septembre 2002, copie d'un courrier de l'Office cantonal de l'emploi au SIT du 1^{er} juillet 2002, lequel précise que seul un emploi dans un atelier protégé peut être offert à l'intéressé compte tenu de son état de santé, ainsi qu'une attestation de la Fondation PRO précisant qu'il travaille depuis le 26 août 2002 en qualité d'employé de production, réalisant un revenu mensuel brut de 450 fr. environ.

13. Invité à se déterminer, l'OCAI rappelle que les conclusions du rapport OSER du 3 mars 2000 revêtent le caractère d'expertise professionnelle pour l'AI, relève que le stage effectué à IPT ne saurait prévaloir sur les conclusions du stage OSER et considère que le fait que l'assuré travaille aujourd'hui dans un atelier protégé ne signifie pas nécessairement qu'il exploite ainsi sa capacité de travail dans la mesure du raisonnablement exigible.
14. Par arrêt du 4 novembre 2003, le Tribunal de céans a confirmé le droit de l'assuré à un quart de rente d'invalidité et à une demi-rente pour cas pénible.
15. Le recourant a contesté cet arrêt auprès du Tribunal fédéral des assurances. Il sollicite principalement l'octroi d'une rente entière d'invalidité et subsidiairement le renvoi de la cause à la juridiction genevoise pour instruction et expertise médicale.
16. Dans un arrêt du 2 avril 2004, le Tribunal fédéral des assurances a annulé le jugement du 4 novembre 2003 pour composition irrégulière du Tribunal, au motif que les juges assesseurs, dont l'élection avait été invalidée par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004, avaient participé à la procédure et à la décision. Il a renvoyé la cause au Tribunal de céans pour qu'il statue à nouveau au sens des considérants.
17. Par courrier du 13 mai 2004, le recourant a expressément requis l'audition du Docteur B _____, médecin traitant, psychiatre.
18. Entendu le 6 juillet 2004, le recourant a indiqué qu'il consultait le Docteur B _____ depuis décembre 2003. Il a déclaré qu'il travaillait actuellement dans un atelier protégé du CIP, à mi-temps, dans le cadre d'une mesure cantonale de l'assurance-chômage.
19. La cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

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

Egalement saisi de la question de la constitutionnalité du Tribunal cantonal des assurances sociales, il a déclaré que la création de ce tribunal ne pouvait être remise en cause, vu la force dérogatoire du droit fédéral, soit en l'occurrence l'art. 57 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) (arrêt 1 P. 294/2004).

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

Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 2 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA qui sont relatives à la loi sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS-AI. Le cas d'espèce reste toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467, consid. 1 ; 121 V 366).

4. L'article 4 alinéa 1 LAI définit l'invalidité comme étant 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.

Pour qu'une invalidité soit reconnue, il est nécessaire dans chaque cas qu'un diagnostic médical pertinent soit posé par un spécialiste et que soit mise en évidence une diminution importante de la capacité de travail (ATF 127 V 299). La tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore raisonnablement exiger de l'assuré (ATF 125 V 261, 115 V 134, 114 V 314, 105 V 158).

L'invalidité est définie par la loi comme la diminution de la capacité de gain, présumé 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. Une atteinte à la santé n'ouvre donc droit à des prestations de l'assurance invalidité que si elle entraîne une incapacité de gain présumée permanente ou de longue durée (article 4 LAI).

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 (cf. chiffre 1017 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence).

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 (article 28 al. 1 LAI). Aux termes de l'article 28 al. 1^{bis} LAI, dans les cas pénibles, une invalidité de 40% au moins ouvre le droit à une demi-rente.

5. Le recourant considère que l'OCAI ne tient pas compte de ses capacités réelles de travail ne dépassant pas 50%. En l'espèce, l'atteinte médicale est clairement établie. Il n'est pas contesté qu'il est incapable de travailler à 100% dans son ancienne profession de foreur-machiniste de chantier. En revanche, selon son médecin-traitant, il pourrait travailler dans le cadre d'une activité adaptée plus légère et sans port de charges. Il résulte du stage accompli au Centre d'intégration professionnelle OSER qu'il pourrait être réintégré dans le circuit économique normal dans une activité tenant compte de ses limitations. Sa capacité de travail a

été évaluée à 80%. En conclusion, les avis des différents spécialistes ayant observé le recourant tant sur le plan médical que sur le plan professionnel convergent. Tous sont unanimes à lui reconnaître une pleine capacité de travail dans un emploi adapté à ses limitations physiques.

Le recourant a requis au surplus l'audition du Docteur B_____. Celui-ci ne sera cependant pas entendu dans la mesure où ses déclarations ne pourraient porter que sur des faits postérieurs à décembre 2003. Les décisions litigieuses datent en effet des 24 juillet 2001 et 17 décembre 2001.

6. Reste à examiner quelles incidences l'atteinte à la santé a eues sur la capacité de gain du recourant.

Pour les assurés actifs, le degré d'invalidité doit être déterminé sur la base d'une comparaison de revenus. A cet effet, on compare le salaire que l'invalidé 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, à celui qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide (article 28 al. 2 LAI). La comparaison doit en règle générale se faire de telle manière que les deux revenus hypothétiques soient chiffrés le plus exactement possible et mis en parallèle, leur différence permettant le degré d'invalidité. Si leur montant ne peut être déterminé avec précision, il conviendra de les évaluer selon les éléments connus dans le cas particulier et de comparer entre elles les valeurs approximatives ainsi retenues (VSI 2000 p. 84, considérant 1b ; VSI 2000 p. 316 considérant 1a).

Pour déterminer le revenu hypothétique que l'assuré pourrait obtenir sans atteinte à sa santé, il convient de se baser sur les indications fournies par le dernier employeur (VSI 2000 p. 308 considérant 3a). Sont déterminant les revenus sur lesquels des cotisations AVS ont été perçues (article 25 al. 1 RAI). Ce montant est ensuite adapté à l'évolution des salaires nominaux de la branche d'activité à la date déterminante pour l'évaluation de l'invalidité (VSI 2000 p. 313 considérant 2c).

7. Dans la décision litigieuse, l'OCAI s'est fondé sur un gain sans invalidité de 61'945 fr. par année. Le recourant conteste ce montant, rappelant qu'il avait touché en 1997 un salaire de 63'252 fr. alors même qu'il était en incapacité de travail depuis la fin du mois de novembre 1997 déjà. Il estime dès lors que son salaire réactualisé 2000 devrait être situé au minimum dans une fourchette de 65'000 fr. à 70'000 fr. par an.

L'OCAI a procédé à un nouveau calcul, en prenant comme base les cotisations réelles AVS-AI payées par l'assuré et obtient un revenu de 64'877fr. Le Tribunal de céans constate que ce salaire correspond au souhait de l'assuré et en prend acte.

L'OCAI a retenu un revenu annuel de 33'600 fr. à titre de gain avec invalidité, en se fondant sur ce que gagne un ouvrier d'usine employé chez SIMILOR ou PARKER LUCIFER, ou de 32'760 fr. si l'on se fonde sur les conventions collectives s'agissant de travaux sériels de type B. L'OCAI a ici également procédé à un nouveau calcul, il a pris en considération le salaire mentionné dans l'ESS 1998 pour les hommes travaillant dans le secteur de la production en industrie manufacturière et occupés à des tâches simples et répétitives, soit 53'532 fr. pour 40 heures par semaine. La moyenne usuelle de travail étant, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral de 41,9 heures par semaine, il s'est fondé sur un salaire de base de 56'074 fr.. Compte tenu du rendement global évalué à 80% et d'une réduction supplémentaire de 20%, l'OCAI a fixé le salaire d'invalidé à 35'887 fr.

8. Le recourant conteste le salaire d'invalidé retenu par l'OCAI au motif, qu'il ne prend pas en considération le fait qu'un travailleur invalide reçoit en règle générale un salaire inférieur.

Pour déterminer le revenu que l'assuré peut réaliser malgré son atteinte à la santé, la jurisprudence admet la possibilité de se référer à des salaires ressortant de tableaux statistiques ; il en est notamment ainsi lorsque, depuis la survenance de l'atteinte à la santé, l'assuré n'a plus repris d'activité lucrative ou du moins l'activité que l'on peut raisonnablement attendre de lui (VSI 2000, p. 84 considérant 2a ; RCC 1991 p. 332 considérant 3c ; RCC 1989 p. 332 considérant 3b). A cet effet, le TFA se réfère depuis 1994 à l'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), publiée tous les deux ans.

Le TFA a toutefois précisé qu'il fallait tenir compte du fait que les personnes atteintes dans leur santé, qui sont handicapées même dans l'accomplissement de travaux auxiliaires légers, sont désavantagées sur le plan de la rémunération par rapport à des travailleurs en pleine possession de leur capacité de travail et parfaitement aptes à être engagés, et qu'elles doivent généralement tabler sur un salaire proportionnellement moins élevé (VSI 2000 p. 84, considérant 2b ; VSI 1999 p. 185, considérant 3b ; VSI 1999 p. 55, considérant 3b, VSI 1998 p. 181, considérant 3a). Le cas échéant, il conviendra donc de procéder à une réduction du salaire statistique. Toutefois cette réduction, compte tenu de tous les facteurs entrant en ligne de compte ne devra pas dépasser globalement 25% (VSI 2000 p.

321, considérant 5b). En l'espèce, si l'on se base sur les tableaux statistiques ESS et que l'on retient le revenu réalisable en moyenne par un homme dans une activité simple et répétitive du secteur de la production soit 53'196 fr. (ESS 1998 TA 1, 10-45 : secteur 2), que l'on traduise ce revenu pour une durée hebdomadaire de 41,90 heures (VSI 1999, 51), que l'on en déduise 20% afin de tenir compte du rendement global dans le cas d'espèce, puis 20% afin de tenir compte des limitations physiques, on obtient un revenu d'invalidé de 34'804 fr.

Le calcul de la comparaison des gains doit ainsi être posé comme suit :

$$\frac{64'877 - 34'804}{64'877} \times 100 = 46\%$$

Quand bien même l'on augmenterait à 25% la réduction prévue parce que le recourant serait désavantagé par rapport à des travailleurs en bonne santé, le degré d'invalidité obtenu resterait inférieur à 50%. La question de savoir s'il se justifierait de retenir un taux de 25%, qui est le taux maximum admis par la TFA, peut dès lors être ici laissée ouverte.

Force est de confirmer le droit du recourant à un quart de rente d'invalidité et à une demi-rente en application de l'article 28 al. 1^{bis} LAI.

S'il devait subir une aggravation de son état de santé, il lui serait loisible de déposer une demande auprès de l'OCAI visant à la révision de son dossier.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

A la forme :

1. Reçoit le recours.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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 quelle 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 :

Marie-Louise QUELOZ

La Présidente :

Doris WANGELER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe