

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1348/2009 et A/1491/2009

ATAS/1414/2009 et ATAS/1415/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 6

du 16 novembre 2009

En la cause

GASTROSOCIAL, Caisse de pension, Bahnhofstrasse 86, 5001
AARAU

recourants

et

Monsieur D_____, domicilié au Grand-Saconnex, comparant
avec élection de domicile en l'étude de Maître HORNUNG Mike

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, sis rue
de Lyon 97, Genève

intimé

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Luis ARIAS, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. M. D_____ (ci-après : l'assuré), né en 1962, marié, père d'un enfant né en 1988, de nationalité portugaise, arrivé en Suisse en 1986 est titulaire d'une autorisation d'établissement C depuis le 9 mars 1990.
2. Du 9 mai 1986 au 31 mai 1996, l'assuré a exercé une activité de directeur, responsable du restaurant X_____, pour un salaire mensuel depuis le 1^{er} avril 1992 de 4'800 fr. plus un intéressement sur le chiffre d'affaire de 19'813 fr. en 1994 et 24'493 fr. en 1993. Il a été en incapacité de travail totale du 11 janvier 1995 au 29 février 1996 et à 50 % du 1^{er} mars au 30 avril 1996.
3. Le 23 octobre 1996, l'assuré a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité en raison d'une tendinite d'insertion de l'achille droit présente depuis 1993.
4. Une mesure de testing a été menée par l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OCAI) le 16 février 1999 et le 17 février 1999, la réadaptation professionnelle a conclu que le niveau de l'assuré en langue française était très bas et les capacités d'apprentissage, de logique et de mémorisation beaucoup trop faibles pour envisager une formation élevée.
5. Le 14 juin 1999, un rapport OSER a été rendu suite à un stage du 12 avril au 20 juin 1999, lequel a conclu à la prise en charge d'une formation en informatique et gestion.
6. L'assuré a été reclassé en qualité d'employé de commerce en informatique/gestion pour une formation de deux ans et a obtenu le diplôme de commerce le 29 juin 2001. Il a débuté un stage en vue de l'obtention d'un CFC, lequel a été interrompu en raison d'une intervention chirurgicale le 23 mai 2002 (ethmoïdectomie d'un kyste anévrysmal), laquelle a entraîné une paralysie bilatérale des IV^{ème} nerfs crâniens et une diplopie permanente, opérée les 15 avril 2003 et 4 février 2004.
7. Le Dr L_____, médecin chef à l'hôpital ophtalmologique Jules Gavin, a attesté le 7 juillet 2004 de suites opératoires simples après l'intervention du 4 février 2004 et d'un suivi effectué par la Dresse M_____, FMH ophtalmologie et chirurgie ophtalmologique.
8. Le 25 novembre 2004, la Dresse N_____ a relevé que la situation n'était pas stabilisée et que le patient présentait encore un strabisme accompagné d'une diplopie empêchant la reprise d'une activité professionnelle.
9. Le 14 décembre 2004, le Dr O_____ du SMR a noté que, nonobstant la diplopie, l'assuré pourrait reprendre sa formation d'employé de bureau, moyennant l'obstruction d'un œil.

10. Le 9 décembre 2005, la réadaptation professionnelle a calculé un degré d'invalidité de 31 %, fondé sur un revenu sans invalidité de 86'428 fr. (soit un salaire 1994 de 77'413 fr. réactualisé en 2004) et un revenu d'invalidité de 59'631 fr (basé sur l'ESS 2002, TA7, domaine 23, réactualisé en 2004 pour une durée hebdomadaire de travail de 41,7 heures, avec une déduction de 10 % en raison des limitations fonctionnelles).
11. Le 14 décembre 2005, le Dr P _____ a constaté, à l'examen du 13 décembre 2005, une situation plutôt favorable avec absence de diplopie.
12. Par première décision du 28 mars 2006, l'OCAI a alloué à l'assuré une rente entière d'invalidité du 1^{er} janvier 1996 au 30 avril 1999, soit jusqu'à l'entrée en stage d'observation, date à partir de laquelle des indemnités journalières lui avaient été versées. Il avait été en incapacité totale de travailler depuis le 11 novembre 1995.
13. Par deuxième décision du 28 mars 2006, l'OCAI a alloué à l'assuré une rente entière d'invalidité du 1^{er} mai 2003 au 31 décembre 2004.

Dès le 14 décembre 2004, date de l'avis du SMR, la capacité de travail de l'assuré était totale et le degré d'invalidité de 31 % fondé sur revenu sans invalidité de 86'428 fr. (revenu de 1994 réactualisé en 2004) et un revenu d'invalidité de 59'631 fr. (basé sur l'ESS 2002 - TA7, niveau 4, domaine 23, adapté à une durée hebdomadaire de travail de 41,7 heures, réactualisé en 2004 et réduit de 10 % en raison des limitations fonctionnelles).

14. Le 24 avril 2006, Gastrosocial Caisse de pension, institution de prévoyance professionnelle de l'assuré, a fait opposition aux deux décisions de l'OCAI du 28 mars 2006 en relevant que l'assuré pourrait travailler à 100% dans une activité adaptée tant à l'atteinte au pied qu'à celle des yeux et conclut à l'annulation "de la deuxième décision AI du 28 mars 2006".
15. Le 28 avril 2006, l'assuré a fait opposition à la deuxième décision de l'OCAI du 28 mars 2006 en faisant valoir que son problème de diplopie persistait et l'empêchait de reprendre une activité professionnelle.
16. A la demande de l'OCAI, le Centre d'expertise médicale (CEMed) de Nyon a rendu une expertise multidisciplinaire le 17 novembre 2008 comprenant un volet neurologique et un volet psychiatrique. Les experts ont posé les diagnostics avec répercussion sur la capacité de travail de parésie bilatérale du IV engendrant une diplopie (2000), céphalées à caractère migraineux après exérèse d'un kyste anévrysmal de la fosse nasale gauche (2000/2001) et, sans répercussion sur la capacité de travail, de personnalité narcissique (F60.8) de début indéterminé, dysthymie (F34.1) depuis mai 2003 et talalgies droites (1994). Ils ont relevé qu'il n'y avait pas de limitation significative de la capacité de travail dans l'activité d'employé de commerce. On pouvait noter par contre une perte de rendement lié

aux maux de tête apparemment fréquents. Toute activité nécessitant une vision binoculaire et bonne n'était plus possible. Sur le plan neurologique, l'assuré était capable de travailler à plein temps mais avec un certain absentéisme représentant une perte de capacité de travail 25 % lié aux maux de tête. Sur le plan neuro-ophtalmologique la capacité était de 50 % et de 100 % sur le plan psychique. L'activité d'employé de commerce était exigible cinq heures par jour. L'incapacité de travail existait depuis la seconde intervention ORL. Une activité adaptée à l'invalidité pourrait être exercée à 100 % avec une diminution de rendement de 25 % liée au maux de tête.

17. Dans un avis du 4 décembre 2008, le Dr Q_____ du SMR a estimé que, selon les conclusions de l'expertise, l'assuré pourrait travailler à 50 % dans l'activité d'employé de commerce depuis le 4 février 2004.
18. Le 11 mars 2009, la réadaptation professionnelle a fixé le taux d'invalidité à 62,5 %. Le revenu sans invalidité était de 86'428 fr. (soit 77'413 fr. réalisés en 1994, réactualisés pour 2004). Le revenu avec invalidité se fondait sur L'ESS 2004, tableau TA 7, domaine 23 (activités commerciales et administratives de niveau 4), pour un horaire hebdomadaire de travail de 41,6 heures et un taux d'activité à 50 %, soit 32'448 fr.
19. Par décision du 11 mars 2009, l'OCAI a rejeté l'opposition de Gastrosocial caisse de pension et modifié la deuxième décision du 28 mars 2006 en ce sens qu'une rente entière était accordée à l'assuré du 1^{er} mai 2003 au 30 avril 2004 et un trois-quarts de rente dès le 1^{er} mai 2004.
20. Par décision du 11 mars 2009, l'OCAI a partiellement admis l'opposition de l'assuré en lui allouant du 1^{er} mai 2003 au 30 avril 2004 une rente entière et un trois-quarts de rente dès le 1^{er} mai 2004.
21. Le 14 avril 2009, Gastrosocial caisse de pension a recouru auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales à l'encontre de la décision sur opposition du 11 mars 2009 en concluant à son annulation et au renvoi de la cause à l'OCAI pour nouvelle décision, en relevant que selon l'expertise du CEMed du 17 novembre 2008 une activité adaptée était possible à 100 %, de sorte qu'il n'y avait aucune incapacité de gain. Cette procédure porte le numéro A/1348/2009.
22. Le 27 avril 2009, l'assuré a recouru auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales à l'encontre de la décision sur opposition de l'OCAI du 11 mars 2009 en concluant à son annulation et à l'allocation d'une rente entière d'invalidité dès le 1^{er} mai 2003 en faisant valoir que l'OCAI n'avait à tort pas opéré une réduction sur le revenu avec invalidité, alors même qu'une telle déduction de 10 % avait été accordée le 9 décembre 2005, qu'il connaissait d'importantes difficultés en langue française, ce qui constituait un inconvénient majeur dans l'activité d'un employé de commerce, que selon l'expertise du CEMed l'activité antérieure n'était pas adaptée

comme toute travail sur écran, que cette limitation fonctionnelle importante justifiait un abattement de 20 % du salaire statistique - ce qui aboutissait à un taux d'invalidité de 70 % - ce d'autant qu'il avait obtenu son diplôme il y avait plus de huit ans, qu'il n'avait jamais exercé une telle activité professionnelle, que les experts avaient d'ailleurs précisé qu'une activité de bureau leur paraissait plus indiquée et, qu'enfin, il n'avait plus exercé d'activité professionnelle depuis 1995. Cette procédure a été enregistrée sous le numéro A/1491/2009.

23. Le 25 mai 2009, l'OCAI a conclu au rejet du recours de l'assuré (A/1491/2009) en relevant que les limitations fonctionnelles avaient déjà été prises en compte pour fixer la capacité de travail à 50 %, que les experts avaient admis que l'activité antérieure était réalisable à 50 %, que par ailleurs une activité de niveau 4 avait été retenue malgré le diplôme de l'assuré afin de prendre en compte les remarque des experts selon lesquelles une activité de bureau serait plus adaptée sur le plan psychique, qu'un abattement de 20 % était excessif et que, même si un tel abattement de 15 % était accordé, le taux d'invalidité n'atteindrait pas le degré de 70 % ouvrant droit à une rente entière.
24. Le 26 mai 2009, l'OCAI a conclu au rejet du recours de Gastrosocial caisse de pension (A/1348/2009) en mentionnant que selon l'expertise, même dans une activité adaptée, l'assuré subirait une diminution de rendement de 25 %.
25. Le 5 juin 2009, Gastrosocial caisse de pension a relevé que la reconnaissance d'une pleine capacité de travail ne devait entraîner qu'une perte de gain très petite, sans atteindre le taux d'invalidité de 40 %.
26. Le 19 juin 2009, l'assuré a persisté dans ses écritures.
27. Le 31 août 2009, le Tribunal de céans a joint les causes A/1491/2009 et A/1348/2009.
28. Le 28 septembre 2009, l'assuré, informé du recours de Gastrosocial caisse de pension a déclaré persister dans son mémoire de recours du 27 avril 2009.
29. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

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

2. Interjetés en temps utile, les recours A/1349/2009 et A/1491/2009 sont recevables (art. 60 LPGA).
3. L'objet du litige porte sur le droit du recourant à une rente d'invalidité dès le 1^{er} mai 2003 et sur le degré de son taux d'invalidité, étant précisé que la rente entière allouée du 1^{er} janvier 1996 au 30 avril 1999 par la première décision de l'OCAI du 28 mars 2009 n'est pas contestée par les parties recourantes.
4. En l'espèce, l'expertise du CEMed du 17 novembre 2008 répond aux critères jurisprudentiels précités pour qu'il lui soit reconnu une pleine valeur probante. Aucune des parties ne l'a d'ailleurs contestée.

Les experts ont relevé que l'assuré ne pouvait pas reprendre une activité de serveur en raison des talalgies, point qui avait déjà été apprécié antérieurement par l'AI (rapport p. 23). En revanche, sur le plan neuro-ophtalmologique, l'activité antérieure était exigible à 50 % et une activité adaptée était possible à 100 % mais avec un certain absentéisme, représentant une perte de capacité de travail de 25 % liée aux maux de tête (rapport p. 25 et 27). Sur le plan psychique, une activité d'employé de bureau avec moins d'exigences que celle d'employé de commerce paraissait plus indiquée (rapport p. 26).

Au vu des conclusions de ce rapport, l'OCAI a retenu une capacité de travail de l'assuré de 50 % dans le domaine des activités commerciales et administratives (domaine 23 selon l'ESS 2004, tableau TA7), avec une compétence de niveau 4 (activités simples et répétitives). L'assuré ne conteste pas cette prise en compte. En revanche, Gastrosocial caisse de pension estime qu'au vu des conclusions de l'expertise, une activité adaptée à 100 % aurait dû être retenue.

A cet égard, il convient tout d'abord de relever que selon l'expertise du CEMed une activité adaptée aux limitations neuro-ophtalmologiques est possible à 75 % et non pas à 100 % en raison de la diminution de rendement de 25 % liée aux céphalées. Ensuite, une activité à 75 % ne saurait, pour être compatible avec les limitations neuro-ophtalmologiques, impliquer un travail sur écran, au microscope ou nécessitant une vision binoculaire bonne et précise (rapport p. 23). Une telle activité à 75 % pourrait être de prime abord compatible avec celles auxquelles fait référence l'ESS 2004 Tableau TA1, niveau 4, soit une activité simple et répétitive, tous domaines confondus. Toutefois, il conviendrait encore de tenir compte en l'espèce des limitations fonctionnelles du recourant liées aux talalgies, dont les experts ont rappelé qu'elles empêchaient le travail de serveur et avaient donné lieu à une première appréciation de l'assurance-invalidité qui n'était pas remise en cause soit l'allocation d'une rente entière d'invalidité du 1^{er} janvier 2006 au 30 avril 1999 et l'octroi d'une mesure de reclassement professionnel. Le rapport OSER du 14 juin 1999 relevait d'ailleurs qu'une orientation dans le secteur tertiaire paraissait la plus indiquée compte tenu des aptitudes de l'assuré, dont la capacité de travail était

entière dans un emploi ne comportant pas le maintien de la station debout, des déplacements fréquents ainsi que le port de charges.

Ainsi, compte tenu de l'ensemble des limitations fonctionnelles de l'assuré, on ne saurait reprocher à l'OCAI d'avoir retenu une capacité de travail de 50 % dans une activité d'employé dans le domaine administratif et commercial, en lieu et place d'une activité à 75 % que les experts eux-mêmes n'ont pas défini et qui était théorique dès lors qu'elle ne tenait pas compte des limitations fonctionnelles liées au problème des talalgies.

L'argument de Gastrosocial caisse de pension doit ainsi être rejeté.

Par ailleurs, cette dernière semble également remettre en question la rente entière allouée au recourant du 1^{er} mai 2003 au 30 avril 2004. A cet égard, il y a lieu de constater que l'incapacité de travail totale, attestée médicalement depuis le 1^{er} mai 2002, jusqu'au 4 février 2004, période durant laquelle l'assuré a subi plusieurs interventions chirurgicales (ethmoïdectomie gauche en bloc par voie bicoronale faisant suite à une exérèse d'un granulome de la fosse nasale gauche le 24 janvier 2002 et intracrânienne le 23 mai 2002, opération de la diplopie les 15 avril 2003 et 4 février 2004) n'est pas contestable. Même si, à cet égard, l'expertise ne rappelle pas clairement l'existence d'une telle incapacité (rapport p. 25), il apparaît qu'elle n'a jamais été remise en question et qu'au surplus, l'incapacité de travail de 50 % attestée d'un point de vue neuro-ophtalmologique par les experts depuis le 4 février 2004 survient au moment où ceux-ci signalent une amélioration depuis l'intervention du 4 février 2004 (rapport p. 25), de sorte qu'il est évident qu'antérieurement au 4 février 2004 la capacité de travail ne pouvait être supérieure à celle attestée par les experts après l'intervention ayant amélioré le trouble de diplopie.

Quant à l'assuré, il invoque l'application d'une déduction globale de 20 % sur le revenu d'invalidé au motif que l'activité d'employé dans le domaine administratif et commercial n'est pas adaptée à son état de santé (travail sur écran) et à son niveau de français, qu'il n'a plus travaillé depuis 1994, qu'il a obtenu son diplôme il y a plus de huit ans et que l'OCAI avait, antérieurement, accepté une déduction globale de 10 % sur le revenu d'invalidé.

Il est à constater que le rapport d'expertise conclut à ce qu'un travail d'employé de commerce impliquant un travail sur écran n'est pas adapté à 100 % mais qu'il l'est à 50 % (rapport. P23). L'assuré n'a pas obtenu de CFC puisqu'il a dû interrompre sa formation en 2002 mais il est néanmoins titulaire d'un diplôme de commerce en informatique/gestion. C'est ainsi à juste titre que l'OCAI a retenu, dans le revenu d'invalidé, une activité professionnelle exigible dans le domaine administratif et commercial, limitée cependant au niveau 4, soit une activité simple et répétitive, pour tenir compte du fait que, selon le rapport d'expertise, une activité de bureau

paraissait plus indiquée qu'une activité d'employé de commerce (rapport p. 26). Cette prise en compte du niveau 4 permet également de répondre à l'argument de l'assuré quant à son faible niveau de compétence tant en français que d'une façon générale, n'ayant jamais exercé d'activité dans le domaine concerné et dont le diplôme a été obtenu il y a plus de huit ans. Une déduction globale sur le revenu d'invalide ne paraît ainsi pas justifiée, les limitations fonctionnelles ayant par ailleurs été prises en compte dans la fixation de la capacité de travail à 50 % de l'assuré. En toute hypothèse, compte tenu du jeune âge de ce dernier, du fait qu'il est titulaire d'une autorisation d'établissement C et de la mesure de reclassement dans une nouvelle profession dont il a déjà bénéficié, une déduction maximale de 10 % pourrait lui être accordée, laquelle ne lui permettrait de toute façon pas d'atteindre un degré d'invalidité suffisant pour pouvoir bénéficier d'une rente d'invalidité entière.

En effet, le revenu d'invalide se monterait dans cette hypothèse à 29'203 fr. (32'448 - 10 % de 32'448 fr.), de sorte que, comparé au revenu sans invalidité de 86'428 fr., le taux d'invalidité serait de 66,2 %, insuffisant pour ouvrir le droit à une rente entière d'invalidité.

Au vu de ce qui précède, il est à constater que l'assuré doit être reconnu en incapacité de travail totale du 22 mai 2002 au 3 février 2004, puis capable de travailler à 50 % dans une activité administrative ou commerciale telle qu'employé de bureau depuis le 4 février 2004. Le degré d'invalidité est ainsi de 100 % dès le 22 mai 2003 (art. 28 al. 2 LAI), jusqu'au 4 mai 2004 (art. 88a RAI), de sorte que l'assuré a droit à une rente entière d'invalidité depuis le 1^{er} mai 2003 jusqu'au 31 mai 2004 et non pas jusqu'au 30 avril 2004, comme accordé par l'OCAI. Dès le 4 février 2004, le degré d'invalidité de 62,5% doit être confirmé selon le calcul de l'OCAI, de sorte que le droit à un trois-quarts de rente doit être reconnu à l'assuré depuis le 1^{er} juin 2004.

5. En conséquence, le recours de Gastrosocial caisse de pension doit être rejeté et celui de l'assuré très partiellement admis en ce sens que la rente entière d'invalidité lui est allouée jusqu'au 31 mai 2004 et un trois-quarts de rente depuis le 1^{er} juin 2004.
6. Partant, un émolument de 500 fr. sera mis à la charge de Gastrosocial caisse de pension et une indemnité de 500 fr. sera allouée à l'assuré, à charge de l'OCAI.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare les recours recevables (A/1491/2009 et A/1348/2009).

Au fond :

2. Rejette le recours de Gastrosocial caisse de pension (A/1348/2009).
3. Admet partiellement le recours de M. D _____ (A/1491/2009).
4. Réforme la décision de l'OCAI du 11 mars 2009 en ce sens qu'une rente entière d'invalidité est accordée à M. D _____ du 1^{er} mai 2003 au 31 mai 2004 et un trois-quarts de rente dès le 1^{er} juin 2004.
5. La confirme pour le surplus.
6. Met un émolument de 500 fr. à la charge de Gastrosocial caisse de pension.
7. Condamne l'OCAI a verser à M. D _____ une indemnité de 500 fr.
8. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Nancy BISIN

Valérie MONTANI

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