RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1502/2001 **ATAS/970/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

1ère Chambre

du 25 novembre 2004

En la cause

Monsieur G_____, comparant par recourant
Maître Christian GROBET, avocat, en l'Etude duquel il élit

contre

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

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Isabelle DUBOIS et Juliana BALDE, Juges

EN FAIT

1. Monsieur G_____, né en 1964, d'origine portugaise, est arrivé en Suisse en 1986. Il a travaillé aussitôt comme maçon auprès de l'entreprise de génie civil X_____ SA. Le 10 juillet 1992, il a été victime d'un accident du travail. Occupé sur un chantier, son pied gauche a été écrasé par un engin de chantier. Il a subi une fracture de l'os scaphoïde tarsien gauche avec luxation scapho-astragalienne ainsi qu'une fracture du cuboïde et du sésamoïde interne du pied gauche. Il a déposé le 16 juin 1993 une demande auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité visant à l'octroi d'une rente invalidité.

2. Son médecin traitant, le Docteur A_____, le considère comme incapable de travailler à 100% à compter de l'accident. Il pose les diagnostics suivants : « fracture du pied gauche, statut après arthrodèse du pied gauche, dorso-lombalgies. »

   Un stage de recyclage comme polisseur a été mis en place, mais a dû être interrompu le 11 septembre 1996 en raison de « l'aggravation de douleurs dorso-lombaires préexistantes au stage et en particulier attribuables à la boiterie » (cf. rapport du Docteur A_____ du 12 juin 1997).

3. Mandaté par l'Office cantonal AI (ci-après OCAI), le Docteur B_____ a examiné l'assuré le 23 octobre 1997 et a établi un rapport d'expertise le 24 novembre 1997. Il considère que « l'activité comme maçon n'est plus guère possible sur les chantiers. A l'heure actuelle les traitements ont donné ce qu'ils pouvaient sur le pied gauche. En ce qui concerne le rachis, il est clair qu'un traitement visant à corriger la dysbalance musculaire, donc à allonger la musculature postérieure du rachis et à refaire une sangle abdominale est indiqué. Chez un patient motivé, il a toutes les chances de succès. L'activité de polisseur essentiellement sédentaire ou assis mais permettant quand même de se dégourdir les jambes et le rachis serait une excellente solution. (…) Je relèverais encore que cela fait très longtemps que ce patient n'a pas travaillé, depuis son accident en 1992. Il faut donc qu'il reprenne l'habitude de réintégrer le monde du travail. Cela peut créer différents conflits à différents niveaux, entre autre, les conflits fonctionnels au niveau du rachis. Toutefois, une reprise de l'activité professionnelle comme elle a été programmée en tant que polisseur est tout à fait exigible, même si au début il y a quelques problèmes ».

4. Par décision du 17 novembre 1998, l'assuré a été mis au bénéfice d'une rente entière d'invalidité à compter du 1er juillet 1993.

5. Interrogé par l'OCAI dans le cadre de la révision du dossier sur le point de savoir si l'état de santé de l'assuré s'était ou non modifié de façon notable par rapport à

ce qui avait été décrit par le Docteur B_____, le Docteur A_____ a annoncé qu'une reprise de l'arthrodèse était prévue pour le 19 mai 1998 et a confirmé l'incapacité de travail à 100% depuis le 10 juillet 1992 (cf. rapport intermédiaire du 19 mai 1998). Il répète ce taux d'incapacité de travail le 14 juin 1999, indiquant que l'état était stationnaire.

6. Le Docteur C_____, médecin d'arrondissement de la CNA, spécialiste FMH en orthopédie et en chirurgie a déclaré dans un rapport du 18 janvier 1999 que l'intéressé pouvait travailler à temps complet et avec un rendement total, pour autant qu'il évite les stations debout, les marches surtout en terrains inégaux, les accroupissements ou agenouillements et le port de charges. Par décision du 4 juin 1999, la CNA a accordé à l'assuré une rente d'invalidité de 25% et lui a versé une IPAI de 30% ; elle a considéré que le gain qu'il pouvait réaliser malgré son invalidité s'élevait à 3'550 fr. tandis que le gain réalisable sans l'accident se montait à 4'770 fr.

7. L'assuré a effectué un stage au Centre d'intégration professionnelle du 31 janvier au 27 février 2000 puis du 5 juin au 2 juillet 2000. Il résulte du rapport établi à l'issue de ce stage le 4 août 2000, que l'assuré peut être réadapté dans le circuit économique normal dans un travail léger en position assise avec possibilité d'alterner tel qu'ouvrier à l'établi dans des travaux sériels simples, gainier ou polisseur. La capacité de travail de l'assuré a été estimée à 75% après une période de trois à six mois d'expérience dans le métier choisi. Consulté dans le cadre du stage, le Docteur D_____ a en effet constaté que

> « L'assuré souffre de séquelles d'une fracture complexe du pied gauche ayant nécessité de nombreuses interventions suite à une évolution longue et difficile. Une boiterie résiduelle entraîne des lombalgies communes banales. L'examen physique confirme bien entendu le status post opératoire du pied accompagné d'une amyotrophie marquée du mollet. Les genoux dont se plaint également l'assuré sont calmes actuellement sans déformation ni anomalies si ce ne sont de fortes callosités suggérant qu'il doit se mettre assez souvent à genoux. La colonne lombaire présente de petits troubles statiques sans véritable syndrome lombaire. La mobilité est bien conservée sans déficit neurologique avec un test de Lasègue négatif des deux côtés.
>
> Une activité à temps partiel en position principalement assise mais permettant une certaine mobilité devrait donc être tout à fait possible avec sans doute un rendement diminué en fonction des alternances de positions nécessaires comme les stages effectués en entreprise l'ont démontré. Une augmentation du temps de travail et du rendement actuels devrait très probablement pouvoir être attendue et devrait passer en quelques mois à un plein temps et à un rendement de l'ordre de 75% au moins.

Il faut cependant constater que l'attitude générale de l'assuré est très plaintive et démonstrative, ce qui risque de faire échouer le projet pratique par un recours répété à des prises en charges médico-sociales ». (cf. note du 10 juillet 2000).

8. Dans son rapport du 11 septembre 2000, le technicien en réadaptation de l'OCAI constate qu'auprès de l'entreprise X_____, l'intéressé gagnait 21 fr.80 de l'heure en 1992. Cette entreprise n'existant plus, il s'est fondé sur le salaire 2000 mentionné dans la convention collective du SIB des maçons qualifiés et obtient un salaire annuel de 58'235 fr.(24 fr. 95 de l'heure). Pour déterminer le revenu avec invalidité, il a pris en considération le salaire mentionné dans l'ESS 1996 pour les hommes travaillant dans le secteur de la production en industrie manufacturière et occupés à des tâches simples et répétitives et ainsi retenu un salaire de 58'011 fr. Déduction faite de 10%, pour tenir compte du fait que l'assuré ne peut plus effectuer que des activités légères et d'un rendement diminué de 25%, la comparaison des gains aboutit à un taux d'invalidité de 32,7%. (cf. rapport de la Division de réadaptation professionnelle du 11 septembre 2000).

9. Par décision du 8 décembre 2000, l'OCAI a dès lors informé l'assuré que son droit à la rente était supprimé, un degré d'invalidité de 33% lui ayant été reconnu.

10. L'assuré, représenté par Maître Maurizio LOCCIOLA, a interjeté recours le 10 janvier 2001 contre ladite décision. Il conteste l'estimation faite de son rendement à 75% considérant qu'il n'est que purement hypothétique. Il relève la divergence de points de vue entre le médecin de l'Office de l'OCAI et le Docteur A_____ et considère qu'il est indispensable de le soumettre à une expertise qui déterminera avec précision d'un point de vue médical quelle est sa capacité de travail actuelle. Il reproche également à l'OCAI d'avoir pris en considération les statistiques ESS et de n'avoir pas préalablement déterminé avec plus de précision la branche professionnelle dans laquelle il pourrait éventuellement travailler. Il ne comprend pas non plus pour quelle raison l'OCAI s'est fondé sur un horaire hebdomadaire de 41,9 heures, alors qu'à Genève, la durée moyenne de travail est de 40 heures ; il rappelle enfin que le TFA a reconnu qu'une personne handicapée touche en moyenne un revenu de 25% inférieur à celui d'une personne valide et que l'OCAI aurait dû quoi qu'il en soit opérer une telle réduction pour déterminer le revenu hypothétique.

11. Dans son préavis du 29 juin 2001, l'OCAI conclut au rejet du recours et au maintien de la décision attaquée.

12. Le 27 mai 2002, le recourant a produit un rapport médical daté du 19 mars 2002 et établi par le Docteur E_____. Il sollicite l'audition de ce médecin.

13. L'OCAI a communiqué au greffe de la Commission cantonale de recours AVS/AI la décision sur opposition de la SUVA du 14 septembre 2000, l'arrêt du 6

novembre 2001 du Tribunal administratif ainsi que la décision du 11 juin 2002 du Tribunal fédéral des assurances.

La SUVA avait considéré sur opposition que le revenu d'invalide de 3'550 fr. et le gain sans invalidité de 4'770 fr. avaient été correctement fixés et a confirmé l'évaluation du préjudice économique à 25%. Le Tribunal administratif a, pour les mêmes motifs, rejeté le recours interjeté par l'assuré. Le recours de droit administratif déposé auprès du Tribunal fédéral des assurances a été retiré.

14. Le Tribunal de céans a, par arrêt du 25 novembre 2003, admis le recours en ce sens que le recourant a droit à un quart de rente.

15. L'assuré et OCAI ont 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 du canton de Genève par le Tribunal fédéral, le 27 janvier 2004, le TFA, par arrêt du 7 avril 2004, a annulé le jugement rendu par le Tribunal de céans et renvoyé la cause afin qu'il statue dans une composition conforme à la loi.

16. Le 5 mai 2004, l'assuré, représenté par Maître Christian GROBET, a sollicité du Tribunal de céans la reprise de l'instance, dans sa composition actuelle, « c'est-à-dire avec un Juge unique, qui n'a toutefois pas pris part à la délibération portant sur votre arrêt du 25 novembre 2003 ».

17. Par arrêt du 5 juillet 2004, le Tribunal de céans a rejeté la demande de récusation formée à l'encontre de la Présidente de la 1ère Chambre, qui avait rendu le jugement du 25 novembre 2003.

18. L'assuré ayant par ailleurs demandé le rétablissement de l'effet suspensif, les parties ont été invitées à se déterminer sur cette question. Par arrêt incident du 24 août 2004, la demande a été déclarée irrecevable, pour cause de tardiveté.

19. L'assuré a contesté ledit arrêt auprès du Tribunal fédéral des assurances.

Celui-ci, le 2 novembre 2004, a laissé indécis le point de savoir si la demande tendant à la restitution de l'effet suspensif était recevable considérant que quoi qu'il en soit, le juge de première instance était fondé à rejeter la demande au vu de la pesée des intérêts en présence.

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, 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 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 226)).

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

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 de la loi genevoise modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) du 14 novembre 2002, entrée en vigueur le 1er août 2003, la présente cause, introduite le 5 avril 2002 devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS-AI, a été transmise d'office au Tribunal de céans (cf. art. 56 V al. 1 let. a ch.2 LOJ).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

   Le recours interjeté en temps utile auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI est recevable (articles 84 LAVS et 69 LAI).

   La cause a été transmise d'office au présent Tribunal conformément à l'article 3, al.3 de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ).

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er 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'art. 4 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.

   Aux termes de l'article 28 alinéa 1 LAI, l'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40% au moins. La rente est échelonnée comme il suit, selon le degré de l'invalidité :

Degré de l'invalidité	Droit à la rente en fractions d'une rente entière
40 pour cent au moins	un quart
50 pour cent au moins	une demie
66 2/3 pour cent au moins	rente entière

   Selon l'article 41 LAI, si l'invalidité d'un bénéficiaire de rente se modifie de manière à influencer le droit à la rente, celle-ci est, pour l'avenir, augmentée, réduite ou supprimée.

5. Le recourant avait été mis au bénéfice d'une rente entière d'invalidité à compter du 1er juillet 1993, sur la base du rapport d'expertise établi par le Docteur B_____ le 24 novembre 1997.

6. Lors de la révision de son dossier, un stage COPAI a été mis en place, à la suite duquel la capacité de travail du recourant a été fixée à 75% dans un travail léger, assis, avec possibilité d'alterner les positions, tel qu'ouvrier à l'établi dans des travaux sériels simples, gainier ou polisseur. C'est en se fondant sur cette conclusion que l'OCAI a supprimé le droit à la rente.

7. Le recourant conteste le degré d'invalidité de 33% retenu et rappelle que le Docteur A_____, son médecin traitant, considère au contraire qu'il est resté entièrement incapable de travailler. Il souhaiterait du reste être soumis à une expertise médicale. Il produit dans ses dernières écritures un rapport du Docteur E_____ daté du 19 mars 2002.

8. Le Tribunal de céans rappelle cependant que la CNA-SUVA n'a reconnu au recourant qu'un taux d'invalidité de 25%, et qu'il ressort du stage accompli par le recourant au CIP qu'il est capable de travailler dans une activité adaptée à 75% (cf. également rapport du Docteur D_____ du 10 juillet 2000). C'est dire que les avis des différents spécialistes ayant observé le recourant tant sur le plan médical que sur le plan professionnel convergent. Ils sont unanimes à lui

reconnaître une pleine capacité de travail dans un emploi adapté à ses limitations physiques, avec un rendement de 75%.

Le Tribunal de céans ne peut que constater que l'avis du médecin-traitant n'est pas partagé par le Docteur D_____ et par les maîtres d'atelier du COPAI. Les conclusions du COPAI valent expertise. Lorsqu'il n'existe aucun doute sur la valeur de l'expertise et qu'elle répond aux exigences requises, il convient de lui attribuer pleine force probante (ATF 122 V 160), quand bien même elle infirmerait l'avis du médecin-traitant de l'assuré. Le juge doit d'une façon générale reconnaître une pleine force probante aux expertises ordonnées par l'administration, dans la mesure où il n'existe pas non plus d'indices concrets qui permettraient de douter de la valeur des conclusions de l'expert. Il convient de rappeler que le rapport du COPAI est établi à la suite d'une observation professionnelle faite sur plusieurs semaines. Le rapport est complet. On ne saurait dès lors s'en écarter sans motif impérieux.

Le recourant aurait souhaité être soumis à une expertise médicale. Le Tribunal de céans considère toutefois qu'il ne se justifie pas d'en ordonner une nouvelle, dans la mesure où les atteintes à la santé dont il souffre ne sont pas contestées et sont connues. Il s'agit ici de déterminer plutôt quelles sont les répercussions de ces atteintes à la santé sur la capacité de travail. A cet égard, le stage accompli dans le cadre du CIP apparaît à l'évidence comme étant le meilleur moyen pour déterminer quelle activité peut encore exercer l'assuré et dans quelle mesure. Il est par ailleurs et pour les mêmes motifs inutile d'entendre le Docteur E_____

9. Reste à examiner la capacité de gain du recourant.

Pour les assurés actifs, le degré d'invalidité doit être déterminé sur la base d'une comparaison de revenu. A cet effet, 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'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, 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).

10. Dans la décision litigieuse, l'OCAI s'est fondé sur un gain sans invalidité de 58'235 fr. Ce montant n'est pas contesté.

Pour déterminer le revenu avec invalidité, l'OCAI s'est fondé sur un salaire de 58'011 fr. (salaire mentionné dans l'ESS 1996, réactualisé en 2000 pour les hommes travaillant dans le secteur de la production en industrie manufacturière et occupés à des tâches simples et répétitives).

Le recourant conteste le fait que l'OCAI ait pris en considération les statistiques ESS et qu'il ait retenu un horaire hebdomadaire de 41,9 heures. Il souhaiterait par ailleurs que l'OCAI opère une réduction de 25% compte tenu du fait qu'une personne handicapée perçoit en moyenne un revenu de 25% inférieur à celui d'une personne valide.

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).

Elle n'intervient pas de manière générale et dans chaque cas. Elle dépend de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles du cas concret.

En l'espèce, le recourant soutient que cette réduction doit être de 25%, au lieu de 10% comme retenu par l'OCAI. Il n'existe en l'espèce aucune raison de penser que l'assuré subirait une perte de salaire sur le marché du travail en raison de sa nationalité étrangère. Dans ce même type de cas où seuls des travaux légers peuvent être exigés, le TFA a admis une réduction de 15%. Il convient ici de rappeler que la capacité de travail du recourant a été estimée à 75%, mais après trois à six mois d'expérience seulement (cf. rapport COPAI du 4 août 2000). Dans ces conditions, une déduction de l'ordre de 20% apparaît appropriée.

Si l'on se base sur les tableaux statistiques ESS et si l'on retient le revenu réalisable en moyenne par un homme dans une activité simple et répétitive du secteur de la production soit 55'381 fr. (ESS 1996 réactualisé), si l'on traduit ce revenu pour une durée hebdomadaire de 41,90 heures (VSI 1999, 51), si l'on en déduit 25% afin de tenir compte du rendement global dans le cas d'espèce, puis 20% (au lieu de 10%) afin de tenir compte des limitations physiques, on obtient un revenu d'invalide de 34'226 fr. Or la comparaison des gains, compte tenu d'un revenu avec invalidité de 34'226 fr. donne les chiffres suivants :

$$\frac{58'011 - 34'806}{55'381} \times 100 = 40\%$$

Ce taux est suffisant pour justifier l'octroi d'un quart de rente.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet, en ce sens que le recourant a droit à un quart de rente.

3. Condamne l'intimée à verser au recourant la somme de 750 fr. à titre de participation à ses frais et dépens.

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 :	La présidente :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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