



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1524/2010

ATAS/705/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 24 juin 2010

En la cause

Monsieur O _____, domicilié à GENEVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître VOUILLOZ Daniel

recourant

contre

OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITE DU CANTON DE
GENEVE, sis rue de Lyon 97, GENEVE

intimé

**Siégeant : Juliana BALDE Présidente; Maya CRAMER, , Karine STECK, Doris
WANGELER, Sabina MASCOTTO, Juges; Christine BULLIARD
MANGILI et Dana DORDEA, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur O_____, né en 1956 et de nationalité bulgare, requiert en septembre 2004 des prestations de l'assurance-invalidité en vue d'un reclassement dans une nouvelle profession.
2. Selon le rapport médical du 28 septembre 2004 du Dr A_____, l'assuré souffre de sciatalgies, d'un listhésis L5-S1 et d'une luxation latérale de la rotule depuis 2004. A titre de diagnostic sans répercussion sur la capacité de travail, il mentionne un syndrome d'apnées du sommeil. L'état est stationnaire et la capacité de travail ne peut pas être améliorée par des mesures médicales. Des mesures professionnelles ne sont pas indiquées. Par ailleurs, les douleurs sont assez bien contrôlées par un traitement antalgique. Ce médecin constate par ailleurs une obésité. L'incapacité de travail est totale dans la profession de carreleur, mais l'exercice d'une activité adaptée, sans port de charges de plus de 8kg, est exigible. Le patient souhaite par ailleurs retrouver une activité professionnelle à 100%. Dans le rapport médical concernant les capacités professionnelles, le Dr A_____ mentionne, au sujet d'une autre profession envisageable, "manutention ou formation professionnelle (artisan)" dès le 1^{er} octobre 2004.
3. Dans son rapport du 23 février 2006, le Dr A_____ confirme ses diagnostics et l'évaluation de la capacité de travail précédents. L'état est stationnaire.
4. Selon l'avis médical du 30 octobre 2006 du Service médical régional de l'assurance-invalidité pour la Suisse romande (ci-après SMR), le listhésis de 1^{er} degré n'est habituellement pas une affection invalidante, de sorte qu'une activité adaptée est exigible à 100%. Le SMR fixe la limite du port de charges répété à 15kg.
5. Le 27 avril 2007, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité, aujourd'hui Office de l'assurance-invalidité du canton de Genève (ci-après OAI), détermine la perte de gain de l'assuré à 11,8%.
6. Par décision du 25 juin 2007, l'OAI octroie à l'assuré une rente entière du 1^{er} septembre au 31 décembre 2004.
7. Par acte du 27 août 2007, l'assuré recourt contre cette décision en concluant à son annulation et, ceci fait, au renvoi du dossier à l'intimé pour instruction complémentaire sous forme d'une expertise médicale, ainsi qu'à l'octroi de mesures de réadaptation d'ordre professionnel ou d'une rente d'invalidité. Il fait notamment valoir qu'il a subi, en date du 14 décembre 2006, une opération d'une hernie discale lombaire. Malgré cette intervention, les douleurs lombaires avec irradiation dans les membres inférieurs se sont aggravées, selon le certificat médical annexé au recours du 23 août 2007 du Dr A_____. L'intimé n'ayant pas tenu compte de cette intervention, il estime que le dossier est insuffisamment instruit. De surcroît, ne

pouvant plus exercer son ancien métier, l'assuré fait valoir qu'il a droit aux mesures de réadaptation professionnelle.

8. Par arrêt du 27 février 2008 (ATAS/230/2008), le Tribunal de céans annule la décision du 27 juin 2007 de l'OAI, en tant qu'il a refusé au recourant les mesures d'ordre professionnel et une rente d'invalidité à partir de mars 2006. Il renvoie la cause à l'intimé pour instruction complémentaire, dès lors qu'il n'a pas tenu compte de l'opération du dos en date du 14 décembre 2006, et nouvelle décision.
9. Dans son rapport du 17 juin 2008, le Dr A_____ reprend ses précédents diagnostics. Il indique que les lombalgies chroniques persistent et que le patient ressent des douleurs invalidantes lombaires lors de la station debout. Il note par ailleurs des contractures lombaires. La capacité de travail en tant que carreur est nulle depuis le 9 septembre 2003 à ce jour et cette activité n'est plus exigible. On ne peut plus s'attendre à une reprise de l'activité professionnelle, respectivement à une amélioration de la capacité de travail. Ce médecin indique par ailleurs qu'une activité uniquement en position assise ou permettant l'alternance des positions pourrait être exercée à 50 %. Il annexe à son rapport le compte-rendu opératoire du Dr B_____ du 14 décembre 2006 relative à une ostéosynthèse postéro-latérale et laminectomie L5.
10. Le 18 septembre 2008, le Dr B_____ transmet à l'OAI les documents suivants :
 - le résumé de l'observation du recourant pendant son séjour hospitalier du 13 au 18 décembre 2006. Il y est indiqué que l'intervention s'est déroulée sans complication et que les suites opératoires étaient simples et afebriles. Subjectivement, le patient décrit une abolition des douleurs au niveau de la jambe gauche, mais mentionne toujours la persistance de douleurs au niveau de la partie antérieure de la jambe droite; le status neurologique lors de sa sortie est sans particularité. Il quitte l'hôpital en excellent état général;
 - copie du courrier du 22 février 2007 du Dr B_____ au Dr A_____, dans lequel il fait référence à un contrôle du recourant après l'intervention chirurgicale; selon le Dr B_____, la suite post-opératoire était bonne, avec disparition totale du syndrome algique à gauche, une persistance de tiraillements à droite, mais plutôt au décours, et une absence de déficit neurologique chez un patient se remobilisant assez bien; le Dr B_____ estime que le problème principal vient du métier du patient, qui est totalement déconseillé, et qu'il devrait pouvoir bénéficier de mesures de réadaptation et de recyclage.
11. Le 21 juillet 2008, l'assuré est examiné par le Dr C_____, spécialiste en médecine physique et rééducation, ainsi qu'en rhumatologie au SMR. Dans son rapport du 24 octobre 2008, celui-ci pose les diagnostics, avec répercussion sur la capacité de travail, de lombosciatalgies chroniques, non irritatives, non déficitaires,

dans un contexte de listhésis dégénératif L5-S1 de grade I, traitées par ostéosynthèse et laminectomie, et de troubles dégénératifs postérieurs étagés. A titre de diagnostics sans répercussion sur la capacité de travail, il mentionne une obésité de classe I et un défaut d'engagement de la rotule. Les limitations fonctionnelles sont les suivantes, en ce qui concerne le rachis lombaire : absence de mouvements répétés en flexion-extension, d'attitudes en porte-à-faux, de port-de-charge supérieures à 10kg, d'attitudes statiques au-delà de 30 minutes ou assise au-delà d'une heure. L'incapacité de travail est restée totale dans l'activité habituelle. Toutefois, à six mois de l'intervention chirurgicale, soit dès mi-juin 2007, la capacité est entière dans une activité adaptée.

12. Le 6 novembre 2008, l'intimé communique à l'assuré un projet d'acceptation de rente entière du 1^{er} novembre 2006 au 30 septembre 2007. Il établit par ailleurs sa perte de gain dans la nouvelle profession à 5 %. Il lui refuse également les mesures d'ordre professionnel au motif qu'il ne possède aucune certification reconnue et qu'il existe un éventail suffisamment varié d'activités non qualifiées dont un certain nombre d'entre elles lui sont immédiatement accessibles, sans avoir besoin d'une formation professionnelle.
13. Par décision du 14 février 2009, l'OAI confirme le projet de décision précité.
14. Par courrier du 14 mars 2009, l'assuré communique à l'OAI son nouveau compte de chèque postal et l'invite à faire le nécessaire le plus vite possible, dès lors qu'il a besoin d'argent pour pouvoir s'acquitter de factures urgentes.
15. Le 4 janvier 2010, l'OAI reçoit un rapport du 23 décembre 2009 du Dr A_____. Celui-ci fait état d'une péjoration des douleurs depuis 2007. Le patient présente des douleurs intenses lors des changements de position et la marche est difficile. Le port de charges est impossible. Il estime ainsi que la capacité de travail en tant que carreleur et dans toute activité physique contre-indiquée est nulle depuis le 14 décembre 2006. La reprise de travail n'est par ailleurs pas possible.
16. Par courrier du 22 décembre 2009, reçu le 5 janvier 2010, l'assuré présente une demande de révision. Il indique qu'il n'a pas fait recours contre la décision du 4 février 2009, dès lors que sa situation financière était très difficile, étant sans revenu depuis décembre 2006. Depuis l'opération du 14 décembre 2006, il souffre plus qu'avant et est dans l'incapacité de reprendre son travail. Il a des difficultés à marcher, à respirer et des douleurs au dos, très souvent insupportables. Il est suivi par le Dr A_____ qui connaît bien son état de santé. Il joint à sa demande le certificat médical du 23 août 2007 de ce médecin, selon lequel les douleurs lombaires avec irradiations dans les membres inférieurs se sont aggravées depuis l'opération du 14 décembre 2006. Ce médecin ajoute que le patient souffre d'un syndrome d'apnées du sommeil qui entraîne une asthénie importante. L'assuré annexe également à son courrier le certificat médical du 20 octobre 2009 du Dr

A _____, selon lequel sa capacité de travail est nulle depuis le 14 décembre 2006.

17. Par courrier du 6 janvier 2010, l'OAI attire l'attention de l'assuré sur le fait qu'il doit établir de manière plausible que son invalidité s'est modifiée de manière à influencer ses droits, lors d'une nouvelle demande de prestations. Il l'invite ainsi à lui faire parvenir tous les documents utiles permettant de rendre plausible la péjoration de son état depuis la dernière évaluation. Il considère en effet que les documents médicaux qu'il lui a fait parvenir n'établissent pas ce fait. Un délai de 30 jours lui est octroyé pour lui faire parvenir les documents demandés.
18. Selon l'avis du 20 janvier 2010 du Dr D _____ du SMR, le rapport médical du Dr A _____ du 23 décembre 2009 ne rend pas plausible une aggravation de l'état de santé de l'assuré, dès lors que ce médecin reprend les mêmes éléments qui prévalaient déjà en 2007. Il ne fait pas état d'une réelle péjoration clinique par rapport à l'examen clinique du SMR en date du 21 juillet 2008.
19. Le 20 janvier 2010, l'OAI fait parvenir à l'assuré un projet de décision de refus d'entrer en matière, estimant que celui-ci n'a pas rendu plausible une aggravation de son état de santé.
20. Le 22 janvier 2010, l'OAI reçoit notamment copie du courrier du Dr A _____ du 18 janvier 2010 au Dr E _____ du Service de neurochirurgie aux Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG). Le Dr A _____ indique que l'intervention chirurgicale du 14 décembre 2006 n'a pas du tout amélioré la symptomatologie douloureuse, malgré un traitement antalgique et anti-inflammatoire, ainsi que la physiothérapie. Le patient est aujourd'hui algique dans tous les mouvements et particulièrement à la marche. Une radiographie de la colonne lombaire du 25 juillet 2008 montre une antélisthésis de grade II que le Dr C _____ du SMR semble banaliser. Il demande au Dr E _____ s'il y a une indication à une nouvelle intervention chirurgicale en raison des douleurs lombaires très invalidantes.
21. Dans son avis médical du 10 février 2010, le Dr F _____ du SMR indique que les nouveaux documents médicaux n'apportent pas d'éléments permettant de modifier les conclusions du SMR, de sorte qu'il y a lieu de retenir une capacité de travail entière dans une activité adaptée.
22. Par courrier du 25 février 2010, l'assuré rappelle à l'OAI qu'il l'a informé par téléphone que l'Hôpital cantonal était dans l'impossibilité de trouver une date avant le 1^{er} mars 2010 pour le réexaminer. Il a ainsi demandé une prolongation du délai après le 26 février 2010, tout en s'engageant à lui remettre le complément demandé immédiatement après son examen qui aura lieu le 1^{er} mars 2010.
23. Par décision du 9 mars 2010, l'OAI confirme le refus d'entrer en matière. Il ne fait pas allusion dans sa décision à la demande de prolongation de délai de l'assuré.

24. Par acte du 23 avril 2010, l'assuré recourt contre cette décision, par l'intermédiaire de son conseil, en concluant à son annulation et, ceci fait, au renvoi du dossier à l'intimé pour nouvelle décision, après production du résultat des examens complémentaires auxquels doit procéder le Service de rhumatologie des HUG. Principalement, il conclut à l'octroi de mesures d'ordre professionnel et/ou à une rente d'invalidité entière ou partielle. Il s'étonne qu'avant même l'échéance du délai imparti pour produire des documents complémentaires, l'intimé lui ait d'ores et déjà adressé son projet de refus d'entrée en matière. Il estime ainsi que la position de l'intimé était déjà arrêtée plus de deux semaines avant l'échéance du délai imparti, ce qui met en cause son objectivité. Il constate en outre qu'il n'a pas été tenu compte de sa requête de prolongation du délai, pour produire le rapport du service de rhumatologie des HUG. Partant, il fait valoir que le droit d'être entendu a été violé.
25. Dans sa détermination du 17 mai 2010, l'intimé conclut au rejet du recours. Il se prévaut de ce qu'il n'avait aucune obligation d'accorder un délai supplémentaire au recourant et qu'au contraire, la loi interdit la prolongation des délais légaux. Ainsi, le droit d'être entendu n'a pas été violé.
26. Sur ce, 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. Interjeté dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable, compte tenu de la suspension des délais du 7^{ème} jour avant Pâques au 7^{ème} jour après Pâques inclusivement (art. 38 al. 4 let. a et 56 ss LPGA).
3. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si l'intimé a refusé à raison d'entrer en matière sur la demande de révision du recourant.
4. Le recourant fait valoir en premier lieu une violation du droit d'être entendu, en ce que l'intimé a refusé de lui octroyer un délai supplémentaire pour produire un nouveau rapport médical. L'intimé rétorque à ce grief que l'art. 73 ter al. 1 du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité, du 17 janvier 1961 (RAI ; RS 831.201) prescrit que les objections à un projet de décision doivent être

formées dans un délai de 30 jours et que l'art. 40 al. 1 LPGA interdit la prolongation des délais légaux.

a) La jurisprudence, rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. et qui s'applique également à l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 129 II 504 consid. 2.2), a déduit du droit d'être entendu, en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 126 I 16 consid. 2a/aa, 124 V 181 consid. 1a, 375 consid. 3b et les références).

Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond. Selon la jurisprudence, la violation du droit d'être entendu – pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière – est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Au demeurant, la réparation d'un vice éventuel ne doit avoir lieu qu'exceptionnellement (ATF 127 V 437 consid. 3d/aa, 126 V 132 consid. 2b et les références).

b) Le droit d'être entendu suite à un préavis de l'Office AI est consacré à l'art. 57a LAI dont la teneur est la suivante:

"Au moyen d'un préavis, l'office AI communique à l'assuré toute décision finale qu'il entend prendre au sujet d'une demande de prestations ou au sujet de la suppression ou de la réduction d'une prestation déjà allouée. L'assuré a le droit d'être entendu, conformément à l'art. 42 LPGA."

L'art. 42 LPGA prescrit que les parties ont le droit d'être entendues, mais qu'il n'est pas nécessaire de les entendre avant une décision sujette à l'opposition.

Aux termes de l'art. 73 ter al. 1 du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité, du 17 janvier 1961 (RAI ; RS 831.201), les parties peuvent faire part à l'Office AI de leurs observations sur le préavis dans un délai de 30 jours.

Enfin, selon l'art. 40 al. 1 LPGA, le délai légal ne peut être prolongé.

Le Tribunal fédéral a jusqu'ici laissé ouverte la question de savoir si le délai de l'art. 73^{ter} al. 1 RAI peut être prolongé et implicitement s'il s'agit d'un délai légal ou d'un délai d'ordre (cf. ATF non publiés 9C_480/08 du 27 janvier 2009, consid. 3 et 9C_50/2008 du 8 septembre 2008, consid. 2). Il a toutefois exposé que la procédure de préavis a pour but de permettre une discussion informelle des faits et d'améliorer ainsi l'acceptation de la décision par l'assuré (ATF 134 V 97 consid. 2.7). La procédure de préavis va plus loin que le droit constitutionnel minimal d'être

entendu, dès lors que l'assuré obtient le droit de prendre position non seulement au sujet de sa requête, mais également sur la décision prévue (ATF 137 V consid. 2.8.2 p. 107). Notre Haute Cour a également précisé que les objections formées dans le cadre de la procédure de préavis ne constituent pas des moyens de droit. Elles représentent plutôt l'exercice du droit d'être entendu (ATF 9C_176/2010 du 4 mai 2010 consid. 1).

5. En l'espèce, l'intimé a imparti au recourant, par courrier du 6 janvier 2010, un délai de 30 jours pour lui faire parvenir les documents médicaux permettant de rendre plausible une aggravation de son état de santé. Avant l'échéance de ce délai, le 20 janvier 2010, il lui a déjà fait parvenir un projet de décision de refus d'entrer en matière, tout en précisant que le recourant disposait d'un délai de 30 jours pour lui faire part de ses objections. Le Tribunal de céans s'étonne à cet égard que l'intimé ne respecte pas les délais qu'il a lui-même fixés.

Le 22 janvier 2010, l'intimé a reçu un rapport du Dr A_____. Toutefois, selon le Dr F_____ du SMR, celui-ci ne permettait pas de rendre plausible l'aggravation.

Par courrier du 25 février 2010, précédé d'un appel téléphonique, le recourant a requis de la part de l'intimé une prolongation du délai après le 26 janvier 2010 pour lui faire parvenir un rapport des HUG. Il a expliqué qu'il devait être réexaminé à l'hôpital, mais que celui-ci ne pouvait pas lui donner une date avant le 1^{er} mars 2010. Nonobstant, l'intimé a confirmé son projet de décision, par décision du 9 mars 2010, sans même mentionner la demande de prolongation.

Il résulte de ce qui précède que le recourant n'a en fait pas demandé une prolongation du délai pour formuler des objections, mais un délai supplémentaire pour produire des pièces médicales nouvelles. Cela étant, il sied d'admettre que le refus d'accepter cette demande constitue une violation du droit constitutionnel d'être entendu. En effet, ce droit comprend le droit de fournir des preuves de nature à influencer son droit, comme exposé ci-dessus.

En tout état de cause, il devrait être considéré que, dans la procédure informelle de préavis, la lettre du 25 février 2010, voire l'appel téléphonique qui lui a précédé, doit être considérée comme une opposition, vraisemblablement formée dans le délai de 30 jours, étant précisé qu'il ne peut être établi avec précision quand la lettre du 20 janvier 2010 de l'intimé a été reçue par le recourant, cette missive ayant été envoyée sous pli simple. Or, à l'instar de la procédure de recours, les parties doivent avoir la possibilité de compléter leurs objections dans le cadre de la procédure de préavis.

De surcroît, dès lors que le fait de former des objections ne constitue pas un moyen de droit, mais l'exercice du droit d'être entendu, le délai de 30 jours prévu à l'art. 73

ter al. 1 RAI ne saurait être considéré, de l'avis du Tribunal de céans, comme un délai légal qui ne peut être prolongé, mais plutôt comme un délai d'ordre.

Au vu de ce qui précède, rien ne s'opposait à ce que le délai pour fournir des nouvelles pièces soit prolongé. Au contraire, le refus de cette prolongation doit être considérée comme une violation du droit d'être entendu.

Ce vice de forme ne peut pas être réparé en l'espèce, s'agissant d'un refus d'entrer en matière. En effet, le juge chargé d'examiner si le refus d'entrer en matière était fondé doit se fonder sur les faits tels qu'ils se présentaient à l'administration au moment de la décision litigieuse (ATF 130 V 64 consid. 5.2.5 in fine p. 69).

Il convient ainsi de retourner le dossier à l'intimé, afin qu'il reprenne l'instruction de la cause et permette au recourant de produire le rapport d'examen des HUG.

6. Par conséquent, le recours sera admis, la décision litigieuse annulée et la cause renvoyée à l'intimé pour la reprise de l'instruction au sens des considérants.
7. L'intimé qui succombe sera condamné à verser au recourant une indemnité de 500 fr. à titre de dépens.
8. L'émolument de justice, fixé à 200 fr. est mis à la charge de l'intimé.

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

Statuant

En application de l'art. 56U al. 2 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision du 9 mars 2010.
4. Renvoie la cause à l'intimé pour la reprise de l'instruction dans le sens des considérants.
5. Condamne l'intimé à verser au recourant une indemnité de 500 fr. à titre de dépens.
6. L'émolument de justice de 200 fr. est mis à la charge de l'intimé.
7. 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

Claire CHAVANNES

Juliana BALDE

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