RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1538/2022 **ATAS/449/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 16 juin 2023

Chambre 9

En la cause

A_____ recourant

contre

OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITÉ DU CANTON DE GENÈVE intimé

Siégeant : Eleanor McGREGOR, Présidente; Andres PEREZ et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** A_____ (ci-après : l'assuré), de nationalité suisse et italienne, est né le _____ 1959. Il est marié et a deux enfants majeurs.

b. Depuis le 1er juin 1989, l'assuré travaille en qualité de concierge pour la Copropriété B_____ (ci-après : l'employeuse), à Genève. Son contrat de travail prévoyait 42 heures de travail par semaine et, depuis 2011, son salaire annuel s'élevait à CHF 120'330.-. Selon le formulaire rempli le 24 juin 2021 par l'employeuse, son activité consistait en la gestion, la surveillance et l'assistance de l'ensemble de la copropriété et comportait souvent des tâches d'entretien du jardin extérieur, de marche, de station debout et de port de charges légères, parfois des tâches du type « aspirateur/laver montées », le balayage des garages et parking, l'entretien et la réparation des machines, l'assistance des propriétaires/locataires et des tâches qui impliquaient le port de charges moyennes à lourdes ; cette activité nécessitait une grande endurance.

c. Depuis 2011, l'assuré est suivi pour des paresthésies et des cervico-brachialgies.

d. Il a passé un premier examen d'électroneuromyographie (ENMG) en 2011 et un second en 2014.

e. En 2019, il a été opéré au niveau cervical par le docteur C_____, spécialiste FMH en neurochirurgie, avec pose de cage C5-C6 et C6-C7.

f. Il a été hospitalisé aux Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) du 8 décembre 2020 au 1er janvier 2021 en raison d'une infection au Covid-19.

g. Des arrêts de travail ont été établis à 100% pour la période du 1er au 26 mars 2021 et à 50% pour la période du 27 mars au 25 juin 2021.

h. En mars 2021, l'assuré a consulté le docteur D_____, spécialiste FMH en neurologie, en raison de cervico-brachialgies et de lombalgies présentes depuis 2020.

i. Il a repris son poste de travail à 50% dès le 27 mars 2021.

j. Sur demande du Dr D_____, l'assuré a passé plusieurs examens :

- une imagerie par résonance magnétique (IRM) lombaire le 13 avril 2021 ;
- une nouvelle ENMG le 15 avril 2021 ;
- une IRM cervicale en mai 2021.

k. Le 1er juillet 2021, l'assuré a repris son poste de travail à 100%.

l. Le 31 mars 2022, il a passé une nouvelle IRM lombaire.

m. Le 4 avril 2022, il a subi une infiltration lombaire.

B. **a.** Le 9 juin 2021, l'assuré a déposé une demande auprès de l'office de l'assurance-invalidité du canton de Genève (ci-après : l'OAI).

b. Dans le cadre de l'instruction de son dossier, l'OAI a récolté divers documents médicaux, dont en particulier :

- le rapport d'IRM lombaire du 13 avril 2021 du docteur E_____, spécialiste FMH en radiologie ;
- les rapports des 30 avril, 18 mai et 2 août 2021 du Dr D_____ ;
- les rapports des 17 mai et 7 juillet 2021 du docteur E_____, spécialiste FMH en médecine interne générale.

c. Le dossier de l'assuré a été soumis à la division réadaptation professionnelle de l'OAI, laquelle a établi un rapport d'évaluation le 12 janvier 2022, selon lequel l'assuré lui avait expliqué qu'il avait insisté auprès de son médecin traitant pour reprendre son poste de travail à 50%, car il craignait de perdre son emploi, puis à 100% pour pouvoir bénéficier des vacances ; il était certes à moins de trois ans de l'âge AVS mais n'avait pas les moyens de prendre une retraite anticipée et pensait même continuer à travailler après ses 65 ans ; il n'assumait plus tout son cahier des charges mais comme son employeuse restait satisfaite de son travail, il souhaitait continuer à travailler tant bien que mal. La division réadaptation professionnelle proposait de suivre la situation de l'assuré durant un mois et de clore son dossier si la reprise de travail était toujours d'actualité.

d. Par courrier du même jour, l'OAI a informé l'assuré qu'un soutien dans la perspective du maintien au poste de travail lui était accordé entre le 11 janvier et le 15 février 2022, en tant que mesure d'intervention précoce.

e. Le 15 février 2022, la division réadaptation a clos le dossier de l'assuré. Elle estimait que la reprise du travail était durable et que l'assuré avait une capacité de travail de 100% dans son domaine d'activité. Elle répétait que l'assuré expliquait ne pas honorer tout son cahier des charges mais que malgré cela, son employeuse restait satisfaite.

f. Le 8 mars 2022, l'OAI a informé l'assuré qu'elle envisageait de rejeter sa demande, au motif que son incapacité de travail avait duré moins d'une année.

g. Par décision du 2 mai 2022, l'OAI a refusé d'accorder à l'assuré une rente et des mesures d'ordre professionnel, au motif qu'il avait subi une incapacité de travail (de 100%, puis de 50%) dans son activité habituelle seulement entre les mois de décembre 2020 et juin 2021, avant de recouvrer une pleine capacité de travail et de gain dès juillet 2021. Dès lors que l'incapacité de travail avait duré moins d'une année, les conditions permettant l'octroi d'une rente n'étaient pas remplies. La mise en œuvre de mesures d'ordre professionnel ne se justifiait pas non plus.

C. **a.** Par acte du 12 mai 2022, l'assuré a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre de céans) d'un recours contre cette décision. Depuis l'étude de son dossier par l'OAI, son état de santé s'était fortement précarisé, en raison notamment d'un rétrécissement du canal lombaire pour lequel il devait prochainement être opéré. Le docteur C_____, spécialiste FMH en neurochirurgie, qui le suivait depuis quelques années et l'avait opéré pour des hernies au niveau des cervicales, était le mieux à même d'expliquer la dégradation de sa colonne cervicale et son état de santé actuel. Il suggérait de prendre contact avec ses médecins, les Drs E_____, D_____ et C_____ afin que ceux-ci puissent « appuyer » son recours.

b. Le 24 mai 2022, l'intimé a transmis à la chambre de céans, comme objet de sa compétence, deux rapports établis par le Dr C_____ :

- Un questionnaire rempli le 19 mai 2022, dont il ressortait que le Dr C_____ retenait les diagnostics, avec effet sur la capacité de travail, de canal lombaire étroit et de parésie C7 persistante du côté droit. L'assuré n'avait jamais vraiment récupéré de son opération, en mars 2019, pour une atteinte motrice C7 gauche. En outre, il présentait, depuis quelques mois, des lombosciatalgies en relation avec un canal lombaire étroit sévère. Les limitations fonctionnelles concernaient les travaux avec les bras au-dessus des épaules, ainsi que les travaux debout et les piétinements sur place. À la question de savoir combien d'heures de travail par jour on pouvait raisonnablement exiger de l'assuré dans sa profession antérieure, le Dr C_____ répondait « 0 heure ». En revanche, il estimait que, dans une activité tenant compte de l'atteinte à la santé, on pouvait exiger de l'assuré trois à quatre heures de travail par jour. S'agissant du pronostic concernant une éventuelle réadaptation, une telle démarche n'aboutirait, selon lui, à « rien d'utile », vu l'âge de l'assuré et les conditions médicales (double atteinte cervicale et lombaire, avec parésie).
- Un rapport de consultation du Dr C_____ daté du 11 mai 2022 (joint au questionnaire rempli le 19 mai 2022), dont il ressortait que l'assuré se plaignait d'une symptomatologie lombaire, irradiant dans les deux membres inférieurs, surtout à droite, accentuée par la mise en charge et certains mouvements (tels que celui de se redresser à partir d'une flexion). Si la position assise était plutôt bien tolérée, l'assuré déplorait également des troubles de la sensibilité de la cuisse droite et des douleurs irradiant dans l'aine ; selon le Dr C_____, tout ceci avait un impact majeur sur la capacité de travail. En outre, une IRM réalisée le 31 mars 2022 mettait en évidence une sténose sévère L4-L5, une sténose plus discrète L3-L4 et une sténose des récessis L5-S1. Le Dr C_____ proposait de réaliser une laminectomie décompressive et estimait que « ces éléments » devaient conduire l'OAI à reconsidérer sa décision de refus de prestations.

c. Dans sa réponse du 13 juin 2022, l'intimé a conclu au rejet du recours. Le recourant ne critiquait pas directement la décision entreprise, qui se basait sur une

reprise par l'intéressé de son activité à plein temps. Il faisait valoir que de nouveaux éléments médicaux susceptibles d'entraver sa capacité de travail avaient été découverts par ses médecins traitants, sans toutefois produire de documents justificatifs. Les documents en sa possession faisaient état d'atteintes déjà connues et prises en charge. Quant aux potentiels nouveaux éléments, ils étaient postérieurs à la décision attaquée.

d. Le 11 juillet 2022, le recourant a demandé la reconsidération de la décision entreprise, en prenant en compte les nouveaux rapports qu'il produisait, à savoir :

- un rapport d'IRM lombaire du 31 mars 2022 du docteur G_____, spécialiste FMH en radiologie : une nouvelle IRM avait été réalisée en raison de lombosciatalgies droites. Comparativement à l'examen réalisé au mois d'avril 2021, l'IRM montrait un aspect globalement inchangé, à savoir un rétrécissement canalaire significatif de « grade C selon Schizas » en L4-L5 et L3-L4 (discrètement moins marqué) ; un rétrécissement foraminal significatif L5-S1 bilatéral, plus marqué à droite, pouvant être à l'origine d'une irritation à l'émergence de L5 droite (à noter une vraisemblable anomalie transitionnelle avec lombalisation de S1) ; de l'arthrose facettaire postérieure pluri-étagée avec une discrète poussée congestive L4-L5 bilatérale. Le Dr G_____ proposait de procéder à une infiltration L5-S1 droite au niveau foraminal avec possible infiltration épidurale à ce même niveau dans le même temps.
- un rapport d'infiltration lombaire du 4 avril 2022 du docteur H_____, spécialiste FMH en radiologie.

e. Le 12 juillet 2022, l'intimé a persisté dans ses conclusions, estimant que les derniers rapports du Dr C_____ étaient postérieurs à la décision litigieuse et qu'il n'était, en l'état, pas possible de se déterminer sur la caractère important ou durable de l'atteinte alléguée par le recourant.

À l'appui de sa position, il a produit un avis du 11 juillet 2022 du service médical régional de l'assurance-invalidité (ci-après : SMR). Selon cet avis, le recourant présentait des cervicobrachialgies et des lombalgies chroniques sur canal cervical étroit et canal lombaire, motivant des limitations fonctionnelles d'épargne du rachis cervical et lombaire : alternance des positions, pas de port de charges de plus de 5 kg, pas de mouvement en porte-à-faux du tronc, pas de déplacements prolongés, de position debout prolongée, de marche en terrain irrégulier, pas d'escaliers, d'échelles ou d'échafaudage à répétition, pas d'exposition aux vibrations, pas de travail avec les membres supérieurs au-dessus de la ligne des épaules, pas de mouvements répétitifs ni extrême avec la colonne cervicale. Le SMR considérait que dans une activité adaptée, la capacité de travail était de 50% dès le 27 mars 2021, de 100% dès le 1er juillet 2021, puis de 50% dès le mois de mai 2022. Concernant l'activité habituelle, le SMR ne pouvait pas se prononcer sur la capacité de travail résiduelle, ne connaissant pas avec précision la répartition du cahier des charges du poste de travail.

f. Le 10 août 2022, l'intimé a maintenu sa position et produit un nouvel avis du 9 août 2022 du SMR.

Selon ce nouvel avis, le SMR estimait, sur la base du rapport d'IRM lombaire du 31 mars 2022 et du rapport d'infiltration, qu'il existait très possiblement une aggravation des douleurs lombaires ayant motivé le geste antalgique réalisé par le Dr H_____ mais que la question qui se posait était de savoir si ceci avait causé une incapacité durable.

g. Le 28 septembre 2022, le recourant a versé à la procédure un nouveau rapport du 27 septembre 2022 du Dr E_____, selon lequel il présentait des atteintes articulaires dégénératives (de type arthrose) et sévères au niveau de la nuque, des lombaires et de l'épaule droite. Ces atteintes résultaient notamment d'une usure dans le contexte de l'exercice d'un métier manuel avec port de charges lourdes, mouvements répétitifs et usage des bras en l'air. Ainsi, l'exercice de son métier était devenu de plus en plus pénible et douloureux ces dernières années et avait entrainé de multiples et itératifs arrêts de travail, sur l'insistance du médecin traitant, car le recourant avait un tempérament volontaire et avait tenu à poursuivre son activité malgré la douleur et la dégradation de ses articulations. La décision de refus de l'intimé, du fait de la reprise de l'activité professionnelle que le recourant avait désiré malgré les mises en garde de ses médecins (les Drs C_____, D_____ et lui-même), récompensait mal le courage et l'abnégation de l'intéressé. Le Dr E_____ estimait étonnant de considérer l'atteinte lombaire comme une nouvelle atteinte, alors qu'elle résultait des mêmes causes que l'atteinte cervicale qui avait motivé le recourant à déposer sa demande AI. Selon ce médecin, il semblait important de reconsidérer la décision de l'intimé en retenant que les atteintes du recourant se cumulaient et s'aggravaient et qu'il était important qu'il arrête de travailler pour ne plus souffrir.

h. Le 28 octobre 2022, l'intimé a maintenu ses conclusions, estimant que la demande de prestation était prématurée, et transmis un nouvel avis du 27 octobre 2022 du SMR.

Selon ce dernier avis, le SMR reconnaissait une aggravation de l'état de santé du recourant, objectivée depuis l'IRM du 31 mars 2022 et, dans ces conditions, en se référant au rapport du 19 mai 2022 du Dr C_____, la capacité de travail dans une activité adaptée était de 50% maximum depuis le 31 mars 2022, en respectant les limitations fonctionnelles d'épargne du rachis cervical, lombaire et de l'épaule droite. L'activité de concierge/jardinier n'était plus exigible si elle ne respectait pas ces limitations fonctionnelles.

i. Interrogé par la chambre de céans sur la capacité de travail du recourant dans son activité habituelle de concierge/jardinier durant la période du 1er janvier 2021 au 31 mars 2022, le Dr D_____ a expliqué que chez un patient normal un arrêt de travail à 100% dans l'activité exigeante physiquement de concierge/jardinier aurait déjà été rédigé de longue date et un reclassement professionnel envisagé.

j. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1.

1.1 Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI - RS 831.20).

Selon l'art. 69 al. 1 let. a LAI, les décisions des offices AI cantonaux peuvent directement faire l'objet d'un recours devant le tribunal des assurances du domicile de l'office concerné.

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

1.2 À teneur de l'art. 1 al. 1 LAI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité, à moins que la loi n'y déroge expressément.

1.3 Le 1er janvier 2022, sont entrées en vigueur les modifications de la LAI du 19 juin 2020 (développement continu de l'AI ; RO 2021 705) ainsi que celles du 3 novembre 2021 du règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RAI – RS 831.201 ; RO 2021 706).

En cas de changement de règles de droit, la législation applicable est celle qui était en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, sous réserve de dispositions particulières de droit transitoire (cf. ATF 136 V 24 consid. 4.3 et la référence).

En l'occurrence, le recourant a déposé sa demande AI en juin 2021, en raison d'une incapacité de travail qui a débuté en 2020, de sorte que le droit à une éventuelle rente d'invalidité naitrait antérieurement au 1er janvier 2022, commandant l'application des dispositions légales dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021.

1.4 Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 de la de loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable.

2. Le litige porte sur le droit du recourant à des prestations de l'assurance-invalidité, en particulier une rente d'invalidité et/ou des mesures professionnelles.

3.

3.1 Aux termes des art. 8 al. 1 LPGA et 4 al. 1 LAI, est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée, résultant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident.

Conformément à l'art. 7 LPGA, est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur le marché du travail équilibré qui entre en considération, si cette diminution résulte d'une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (al. 1). Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable (al. 2).

Selon l'art. 6 LPGA, est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique ou psychique. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité.

Pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré (art. 16 LPGA et art. 28a al. 1 LAI).

Par ailleurs, selon la jurisprudence, la notion d'invalidité, au sens du droit des assurances sociales, est une notion économique et non médicale ; ce sont les conséquences économiques objectives de l'incapacité fonctionnelle qu'il importe d'évaluer (ATF 110 V 273 consid. 4a). L'atteinte à la santé n'est donc pas à elle seule déterminante et ne sera prise en considération que dans la mesure où elle entraîne une incapacité de travail ayant des effets sur la capacité de gain de l'assuré (arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 654/00 du 9 avril 2001 consid. 1).

S'agissant de la notion d'incapacité de travail, il sied de préciser qu'est également incapable de travailler toute personne qui ne peut exercer son activité qu'en risquant d'aggraver son état de santé (Ulrich MEYER/ Marc REICHMUTH, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, 4ème éd. 2022, n. 3 *ad* art. 4 LAI et les références).

3.2 En vertu des art. 28 al. 1 et 29 al. 1 LAI, le droit à la rente prend naissance au plus tôt à la date dès laquelle l'assuré a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGA) d'au moins 40% en moyenne pendant une année sans interruption notable et qu'au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40% au moins, mais au plus tôt à l'échéance d'une période de six mois à compter de la

date à laquelle l'assuré a fait valoir son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGA.

L'art. 28 al. 2 LAI, dans sa version, applicable en l'occurrence, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021, prévoit que l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins, à un trois-quarts de rente s'il est invalide à 60% au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50% au moins, ou à un quart de rente s'il est invalide à 40% au moins.

Selon l'art. 29 al. 3 LAI, la rente est versée dès le début du mois au cours duquel le droit prend naissance.

Selon la jurisprudence constante, seule l'incapacité de travail a de l'importance pour le délai d'attente. Il faut entendre par là - en tout cas dans le cadre de l'art. 29 al. 1 LAI - la perte de capacité fonctionnelle dans la profession ou le domaine de tâches exercé jusqu'alors, due à l'atteinte à la santé, tandis que les conséquences financières d'une telle perte sont en principe sans importance pour son évaluation pendant le délai d'attente (ATF 105 V 156 consid. 2.a ; 97 V 231 consid. 2 ; Michel VALTERIO, Commentaire de la Loi fédérale sur l'assurance-invalidité [LAI], 2018, n. 9 ad art. 28 LAI).

L'incapacité de travail au sens de l'art. 28 al. 1 let. b LAI correspond donc, chez les personnes qui exercent une activité lucrative, aux empêchement médicalement constatés dans la profession ou l'activité qu'elles exerçaient jusqu'alors (ATF 130 V 97 consid. 3.2 ; voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_174/2013, 8C_178/2013 du 21 octobre 2013, consid. 3.1) et chez celles qui n'exercent pas, à la diminution – attestée médicalement – du rendement fonctionnel dans l'accomplissement des travaux habituels (ATF 130 V 97 consid. 3.3). Cela étant, la jurisprudence a précisé que la diminution sensible du rendement ne doit pas nécessairement coïncider avec la cessation ou la réduction de l'activité. Il se peut en effet que l'assuré puisse, malgré une contre-indication médicale, continuer à travailler grâce à des aménagements du poste de travail (arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 238/05 du 2 novembre 2005 consid. 2.2). Le délai d'attente pourra en revanche commencer lorsque l'assuré continue de travailler au-delà de ce qui est raisonnablement exigible, c'est-à-dire au risque d'aggraver son état de santé (arrêt du Tribunal fédéral 8C_724/2011 du 24 juillet 2012 consid. 4.3 ; VALTERIO, op. cit., n. 9 ad art. 28 LAI).

En outre, s'il y a incapacité de travail, le délai d'attente peut également commencer à courir lorsque l'assuré se trouve notamment au bénéfice d'un salaire social (arrêt du Tribunal fédéral 9C_685/2008 du 26 novembre 2008 consid. 2.2.1). Il peut en aller de même lorsque l'employeur continue à verser le salaire (arrêt du Tribunal fédéral 9C_395/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.3 ; VALTERIO, op. cit., n. 11 ad art. 28 LAI).

Selon l'art. 29ter RAI, il y a interruption notable de l'incapacité de travail au sens de l'art. 28 al. 1 let. b LAI lorsque l'assuré a été entièrement apte au travail

pendant 30 jours consécutifs au moins. Par contre, le délai ne sera pas interrompu lorsque l'activité exercée met manifestement à trop lourde contribution les forces de l'assuré (Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral des assurances 1963 p. 260 consid. 3 p. 293 ; VALTERIO, op. cit., n. 15 ad art. 28 LAI).

Dans l'assurance-invalidité, l'invalidité est survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération. S'agissant de la détermination du droit à une rente d'invalidité, il faut ainsi examiner si les conditions de l'art. 28 al. 1 LAI sont remplies. Contrairement à l'assurance-invalidité, l'assurance-accidents est, quant à elle, chargée du traitement de l'atteinte à la santé (cf. art. 10 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981; RS 832.20) et le droit à une rente de cette assurance ne dépend pas de la durée de l'incapacité de travail, mais du moment à partir duquel il n'y a plus lieu d'attendre de la continuation du traitement médical une sensible amélioration de l'état de l'assuré et du terme d'éventuelles mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité. Les offices AI n'ont, quant à eux, pas à attendre l'issue des mesures thérapeutiques, ni la stabilisation du cas, mais sont tenus d'évaluer la capacité de gain des assurés bien avant (arrêt du Tribunal fédéral 8C_239/2020 du 19 avril 2021 consid. 8.2).

3.3 Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu un recours) a besoin de documents qu'un médecin, éventuellement d'autres spécialistes, doivent lui fournir. 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, à ce motif, 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 256 consid. 4 et les références).

Selon le principe de libre appréciation des preuves, pleinement valable en procédure judiciaire de recours dans le domaine des assurances sociales (cf. art. 61 let. c LPGA), le juge n'est pas lié par des règles formelles, mais doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. En cas de rapports médicaux contradictoires, le juge ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. L'élément déterminant pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni son origine, ni sa désignation, mais son contenu. À cet égard, il importe que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des interférences médicales soit claire et enfin que les conclusions de l'expert soient bien motivées

(ATF 134 V 231 consid. 5.1 ; ATF 133 V 450 consid. 11.1.3 ; ATF 125 V 351 consid. 3).

Sans remettre en cause le principe de la libre appréciation des preuves, le Tribunal fédéral des assurances a posé des lignes directrices en ce qui concerne la manière d'apprécier certains types d'expertises ou de rapports médicaux.

Un rapport du SMR a pour fonction d'opérer la synthèse des renseignements médicaux versés au dossier, de prendre position à leur sujet et de prodiguer des recommandations quant à la suite à donner au dossier sur le plan médical. En tant qu'il ne contient aucune observation clinique, il se distingue d'une expertise médicale (art. 44 LPGA) ou d'un examen médical auquel il arrive au SMR de procéder (art. 49 al. 2 RAI; ATF 142 V 58 consid. 5.1; arrêt du Tribunal fédéral 9C_542/2011 du 26 janvier 2012 consid. 4.1). De tels rapports ne sont cependant pas dénués de toute valeur probante, et il est admissible que l'office intimé, ou la juridiction cantonale, se fonde de manière déterminante sur leur contenu. Il convient toutefois de poser des exigences strictes en matière de preuve; une expertise devra être ordonnée si des doutes, même faibles, subsistent quant à la fiabilité ou à la pertinence des constatations effectuées par le SMR (ATF 142 V 58 consid. 5; ATF 135 V 465 consid. 4.4 et 4.6; arrêt du Tribunal fédéral 9C_371/2018 du 16 août 2018 consid. 4.3.1).

En ce qui concerne les rapports établis par les médecins traitants, le juge peut et doit tenir compte du fait que, selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc). S'il est vrai que la relation particulière de confiance unissant un patient et son médecin traitant peut influencer l'objectivité ou l'impartialité de celui-ci (cf. ATF 125 V 351 consid. 3a 52; ATF 122 V 157 consid. 1c et les références), ces relations ne justifient cependant pas en elles-mêmes l'éviction de tous les avis émanant des médecins traitants. Encore faut-il démontrer l'existence d'éléments pouvant jeter un doute sur la valeur probante du rapport du médecin concerné et, par conséquent, la violation du principe mentionné (arrêt du Tribunal fédéral 9C_973/2011 du 4 mai 2012 consid. 3.2.1).

3.4 Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; ATF 126 V 353 consid. 5b; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a).

Conformément au principe inquisitoire qui régit la procédure dans le domaine des assurances sociales, le juge des assurances sociales doit procéder à des investigations supplémentaires ou en ordonner lorsqu'il y a suffisamment de raisons pour le faire, eu égard aux griefs invoqués par les parties ou aux indices résultant du dossier. Il ne peut ignorer des griefs pertinents invoqués par les parties pour la simple raison qu'ils n'auraient pas été prouvés (VSI 5/1994 220 consid. 4a). En particulier, il doit mettre en œuvre une expertise lorsqu'il apparaît nécessaire de clarifier les aspects médicaux du cas (ATF 117 V 282 consid. 4a; RAMA 1985 p. 240 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 751/03 du 19 mars 2004 consid. 3.3).

Lorsque le juge des assurances sociales constate qu'une instruction est nécessaire, il doit en principe mettre lui-même en œuvre une expertise lorsqu'il considère que l'état de fait médical doit être élucidé par une expertise ou que l'expertise administrative n'a pas de valeur probante (ATF 137 V 210 consid. 4.4.1.3 et 4.4.1.4). Un renvoi à l'administration reste possible, notamment quand il est fondé uniquement sur une question restée complètement non instruite jusqu'ici, lorsqu'il s'agit de préciser un point de l'expertise ordonnée par l'administration ou de demander un complément à l'expert (ATF 137 V 210 consid. 4.4.1.3 et 4.4.1.4; SVR 2010 IV n. 49 p. 151, consid. 3.5; arrêt du Tribunal fédéral 8C_760/2011 du 26 janvier 2012 consid. 3).

3.5 De jurisprudence constante, le juge apprécie en règle générale la légalité des décisions entreprises d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 144 V 210 consid. 4.3.1 ; ATF 132 V 215 consid. 3.1.1). Même s'il a été rendu postérieurement à la date déterminante, un rapport médical doit cependant être pris en considération, dans la mesure où il a trait à la situation antérieure à cette date (ATF 99 V 98 consid. 4 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_259/2018 du 25 juillet 2018 consid. 4.2).

4. En l'espèce, l'intimé estime que l'incapacité de travail du recourant n'a duré qu'entre les mois de décembre 2020 et juin 2021, soit moins d'une année, de sorte que les conditions permettant l'octroi d'une rente ne seraient pas remplies. Par ailleurs, il considère que, s'il y a eu une potentielle aggravation, celle-ci est intervenue postérieurement à la décision litigieuse et qu'en conséquence la demande de prestations du recourant est prématurée.

Le recourant se réfère, quant à lui, aux avis de ses médecins traitants, les Drs E_____, D_____ et C_____, pour faire valoir que son état de santé s'est fortement aggravé.

Il ressort du dossier que le recourant présente des cervico-brachialgies, pour lesquelles il est suivi depuis 2014 et a été opéré en 2019 par le Dr C_____ avec pose de cage C5-C6 et C6-C7 (cf. rapport du 15 avril 2021 du Dr I_____, rapports des 30 avril et 2 août 2021 du Dr D_____, rapport du 17 mai 2021 du Dr E_____).

En raison de ces cervico-brachialgies – qui le faisaient à nouveau souffrir depuis 2020 –, le recourant s'est soumis, entre avril et mai 2021, à plusieurs examens cervicaux (clinique, ENMG et IRM), lesquels montrent des signes de canal carpien modéré (sans aggravation depuis 2014 ; cf. rapport du 15 avril 2021 du Dr I_____) mais surtout une accentuation de la compression située en C4-C5, avec compression plus marquée des racines C5 droites (cf. rapport du 15 avril 2021 du Dr I_____, rapports des 18 mai et 2 août 2021 du Dr D_____).

En outre, depuis 2020, le recourant souffre de lombalgies (rapport du 30 avril 2021 du Dr D_____ et rapport du 17 mai 2021 du Dr E_____). Une première IRM lombaire réalisée le 13 avril 2021 met en évidence une sténose canalaire sévère en L3-L4, « de score Schizas C » et d'étiologie mixte (débord discale, arthrose postérieure et lipomatose épidurale), ainsi qu'une sténose foraminale sévère en L4-L5 bilatérale, possiblement conflictuelle avec les racines L4 (cf. rapport du 13 avril 2021 du Dr J_____). Le 31 mars 2022, le recourant a passé une nouvelle IRM lombaire, laquelle met en évidence une sténose foraminale significative, « grade C selon Schizas », en L3-L4 et L4-L5 mais également une sténose foraminale significative en L5-S1 bilatérale pouvant être à l'origine d'une irritation à l'émergence de L5, ainsi que de l'arthrose facettaire postérieure pluri-étagée avec une discrète poussée congestive en L4-L5 bilatérale (cf. rapport du 31 mars 2022 du Dr G_____). Le 4 avril 2022, le recourant a bénéficié d'une infiltration lombaire en L4-L5 (cf. rapport du 4 avril 2022 du Dr H_____).

En mai 2022, le Dr C_____ relevait que le recourant se plaignait d'une symptomatologie lombaire, irradiant dans les deux membres inférieurs, surtout à droite, accentuée par la mise en charge et certains mouvements (tels que celui de se redresser à partir d'une flexion) et que si la position assise était plutôt bien tolérée, le recourant déplorait également des troubles de la sensibilité de la cuisse droite et des douleurs irradiant dans l'aine. Selon ce neurologue, ces atteintes avaient un impact majeur sur la capacité de travail. En outre, se référant à l'IRM du 31 mars 2022 (mettant en évidence une sténose sévère L4-L5, une sténose plus discrète L3-L4 et une sténose des récessis L5-S1), il proposait de réaliser une laminectomie décompressive. Il estimait que « ces éléments » devaient conduire l'intimé à reconsidérer sa décision de refus de prestations (cf. rapport du 11 mai 2022). Il retenait les diagnostics, avec effets sur la capacité de travail, de canal lombaire étroit et de parésie C7 persistante à droite – le recourant n'ayant jamais vraiment récupéré après son opération de 2019 – et de lombosciatalgies en relation avec un canal lombaire étroit sévère. Il estimait que la capacité de travail était nulle dans sa profession antérieure mais qu'elle serait de trois à quatre heures de travail par jour dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles, qui concernaient les travaux avec les bras au-dessus des épaules, ainsi que les travaux debout et les piétinements sur place (cf. rapport du 19 mai 2022).

Selon le Dr E_____, en juillet 2021, la capacité de travail du recourant était de 50% dans son activité habituelle et de 100% dans une activité adaptée

(cf. questionnaire rempli le 7 juillet 2021). En 2022, ce médecin retenait des atteintes articulaires dégénératives (de type arthrose) et sévères, qui se cumulaient et s'aggravaient, au niveau de la nuque, des lombaires et de l'épaule droite, résultant notamment d'une usure dans le contexte de l'exercice d'un métier manuel avec port de charges lourdes, mouvements répétitifs et usage des bras en l'air. Il mentionne que malgré les mises en garde de ses médecins (les Drs C_____, D_____ et lui-même), le recourant a voulu reprendre son emploi. Par ailleurs, le Dr E_____ considérait que l'atteinte lombaire résultait des mêmes causes que l'atteinte cervicale qui avait motivé le recourant à déposer sa demande AI (cf. rapport du 27 septembre 2022 du Dr E_____).

En mai 2021, le Dr D_____ relevait, en comparant l'IRM cervicale réalisée entre avril et mai 2021 aux examens réalisés antérieurement, une accentuation de la compression située en relation avec le segment C4-C5 avec une compression plus marquée qu'en 2019 de la racine C5 droite. Il estimait que la poursuite de son activité professionnelle, physiquement exigeante, était à risque dans le contexte d'une décompression étagée de la situation au niveau cervical ou d'une aggravation de la problématique lombaire (cf. rapport du 18 mai 2021). En août 2021, ce neurologue mentionnait que le recourant présentait des cervico-brachialgies persistantes depuis 2020 et toujours présentes en 2021, se caractérisant par des douleurs et des paresthésies du membre supérieur droit. Il estimait que les examens réalisés en 2021 avaient confirmé une aggravation de la cervico-discarthrose située en C4-C5 avec compression plus marquée des racines C5 droites. En tenant uniquement compte de la pathologie cervicale, il réitérait les risques d'aggravation de l'état de santé sans adaptation professionnelle, relevant que s'ajoutaient en plus des cervico-brachialgies, des lombalgies. Selon le Dr D_____, il fallait envisager, pour autant qu'il n'y ait pas d'aggravation de la situation au niveau cervical, un reclassement professionnel dans une activité dépourvue totalement de port de charges et évitant le maintien prolongé d'une position. Si la situation s'aggravait, il estimait que la possibilité d'une rente devrait même être envisagée. Interrogé par la chambre de céans en 2023, le Dr D_____ a rappelé qu'il suivait depuis longtemps le recourant dans le contexte des cervico-brachialgies et que cette situation nécessitait de longue date une adaptation de l'activité professionnelle, en raison des risques d'aggravation, voire de décompensation aiguë, liés au port de charges et aux mouvements répétés. Il estimait que le recourant avait toujours été extrêmement volontaire et avait souhaité poursuivre son activité malgré les déficits et les risques discutés. Il estimait que la survenance des problèmes lombaires ne faisait que renforcer sa conviction. Il n'avait jamais rédigé personnellement d'arrêt de travail en faveur du recourant, lequel était, selon lui, victime de son volontarisme mais il considérait que chez un patient normal, un arrêt de travail à 100% dans l'activité exigeante physiquement de concierge/jardinier aurait déjà été rédigé de longue date.

Quant au SMR, il s'est référé en particulier au rapport du 19 mai 2022 du Dr C_____ pour retenir que la capacité de travail dans une activité adaptée est de 50% dès le 27 mars 2021, puis de 100% dès le 1er juillet 2021 et que, en raison d'une aggravation de l'état de santé du recourant objectivée lors de l'IRM lombaire du 31 mars 2022, elle est d'au maximum 50% dès cette date. Selon le SMR, l'activité adaptée doit respecter les limitations fonctionnelles d'épargne du rachis cervical, lombaire et de l'épaule droite et l'activité de concierge/jardinier n'est plus exigible si elle ne respecte pas ces limitations.

4.1 La chambre de céans constate d'abord que si le SMR retient dans une activité adaptée une capacité de travail de 50% dès le 27 mars 2021, de 100% dès le 1er juillet 2021 et de 50% maximum dès le 31 mars 2022, il indique ne pas pouvoir se prononcer sur la capacité de travail dans l'activité habituelle du recourant, ne connaissant pas avec précision la répartition du cahier des charges du poste de travail.

Or, le Dr E_____ estimait déjà en juillet 2021 que le recourant présentait des limitations fonctionnelles du type port de charges, mouvements répétitifs, travail avec les bras en l'air et que la capacité de travail était de 50% seulement dans l'activité habituelle.

En outre, interrogé par la chambre de céans sur la capacité de travail du recourant dans son activité habituelle de concierge/jardinier durant la période du 1er janvier 2021 au 31 mars 2022, le Dr D_____ a expliqué qu'il n'avait personnellement jamais rédigé d'arrêt de travail mais qu'il estimait que le recourant était victime de son volontarisme et que chez un patient normal, un arrêt de travail à 100% dans l'activité exigeante physiquement de concierge/jardinier aurait déjà été rédigé de longue date.

La position de ces deux médecins est parfaitement crédible, ce d'autant plus que, selon les renseignements transmis par l'employeuse, l'activité habituelle du recourant nécessite une grande endurance et comporte notamment des tâches d'entretien du jardin extérieur, de marche et de station debout, de port de charges légères à lourdes, d'entretien et de réparation des machines, d'assistance des propriétaires et locataires, de passage de l'aspirateur et nettoyage en montées et de balayage des garages et parking. Cette activité ne respectait dès lors plus les limitations fonctionnelles du recourant déjà présentes en 2021.

Par ailleurs, bien que le recourant ait officiellement repris son poste de travail à 100% dès juillet 2021 auprès de son employeuse, il explique à plusieurs reprises avoir dû insister auprès de ses médecins pour reprendre le travail, par peur de perdre son emploi, mais ne plus honorer tout son cahier des charges en raison de ses atteintes.

Quoi qu'il en soit, il sied de rappeler qu'est également incapable de travailler au sens de l'art. 4 LAI, toute personne qui ne peut exercer son activité qu'en risquant d'aggraver son état de santé (cf. supra consid. 3.1).

Or, force est de constater que l'état de santé du recourant s'est encore aggravé, ce qui vient confirmer la position des médecins traitants, en particulier du Dr D_____, qui a répété à plusieurs reprises que la poursuite d'une activité professionnelle, physiquement exigeante comme l'activité habituelle du recourant, était à risque d'une aggravation des problèmes cervicaux et/ou lombaires.

D'ailleurs, les Drs C_____ et E_____, de même que le SMR, retiennent tous une aggravation de l'état de santé du recourant qui serait intervenue antérieurement à la décision litigieuse du 2 mai 2022. Le SMR a estimé que cette aggravation est objectivée par l'IRM du 31 mars 2022. Cette IRM met effectivement en évidence une nouvelle atteinte lombaire en L5-S1 qui n'apparaissait pas à l'IRM du 13 avril 2021 et en raison de laquelle, d'ailleurs, une infiltration a été effectuée le 4 avril 2022. Certes, les derniers rapports des médecins traitants, faisant notamment état de cette aggravation (cf. rapports des 11 et 19 mai 2022 du Dr C_____ et du 27 septembre 2022 du Dr E_____) ont été établis postérieurement à la décision entreprise, cela étant ils se réfèrent au même état de santé révélé par l'IRM du 31 mars 2022. Il convient ainsi également de reconnaître qu'une aggravation, avec des conséquences sur la capacité de travail du recourant, est bien intervenue avant que l'intimé ne rende sa décision du 2 mai 2022.

Au vu de tous ces éléments et des atteintes attestées par les médecins traitants et reconnues par le SMR, il apparaît, au degré de la vraisemblance prépondérante, que depuis le début de son incapacité de travail en décembre 2020, le recourant n'a jamais récupéré une pleine capacité de travail dans son activité habituelle de concierge/jardinier. Tout au plus, a-t-il recouvert une capacité de travail de 50% maximum dans son activité habituelle.

Il sied dès lors de retenir que depuis décembre 2020, la capacité de travail dans l'activité habituelle n'a jamais été supérieure à 50% et ce jusqu'à l'aggravation de l'état de santé du recourant, laquelle, selon le SMR, a causé une incapacité totale de travailler dans l'activité habituelle. Dès lors, la condition d'incapacité de travail de 40% au minimum en moyenne durant le délai d'attente d'une année était remplie et l'intimé ne pouvait pas rejeter la demande du recourant sur cette base.

Le fait que le recourant ait repris son poste de travail à 100% dès juillet 2021 et continué à percevoir son salaire n'a, à ce stade, pas d'importance. Cependant, il convient de rappeler qu'il occupait ce poste auprès de la même employeuse depuis plus de 20 ans et que plusieurs éléments au dossier tendent à dire qu'il ne remplissait vraisemblablement plus tout son cahier des charges de concierge/jardinier. Aussi pourrait-on se poser la question d'un éventuel salaire social, que l'intimé devra instruire auprès de l'employeuse.

5. Partant, la décision querellée sera annulée et la cause renvoyée à l'intimé pour instruction complémentaire et nouvelle décision, dans le sens des considérants.

L'assuré n'étant pas représenté, aucune indemnité ne lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]).

La procédure de recours en matière de contestation portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'assurance-invalidité étant soumise à des frais de justice, un émolument de CHF 200.- est mis à charge de l'intimé (art. 69 al. 1 bis LAI).

******

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Renvoie la cause à l'intimé pour instruction complémentaire et nouvelle décision, dans le sens des considérants.
4. Met un émolument de CHF 200.- à la charge de l'intimé.
5. Dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité.
6. 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
Sylvie CARDINAUX	Eleanor McGREGOR

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