



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1629/2002

ATAS/546/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

2^{ème} chambre

du vendredi 9 juillet 2004

En la cause

Monsieur B _____, comparant pas Me Jean-Pierre OBERSON,
avocat, en l'Etude duquel il élit domicile

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, 97, rue de
Lyon, 1203 Genève

intimé

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Valérie MONTANI, juges.

EN FAIT

1. Monsieur B_____, ressortissant portugais né en 1948, est arrivé en Suisse en 1982 pour y exercer son métier d'ouvrier.
2. Dans un premier temps, il a travaillé pour le compte de D_____ jusqu'à la faillite de cette entreprise en 1993. Dès le 28 mars 1993, il a été engagé par la société X_____ en tant que manoeuvre spécialisé dans la maçonnerie-coffrage. Selon les indications figurant sur le questionnaire pour l'employeur, son salaire en tant que maçon était de 25 fr. 50 par heure dès le 1^{er} janvier 1998. En moyenne, celui-ci a perçu par mois 4'433.- fr. en 1996 et 4'523.- fr. en 1997.
3. En raison de problèmes dorsaux, l'assuré a été en incapacité totale de travailler dès le 10 octobre 1997.
4. Dans son rapport du 11 novembre 1997 à l'attention du Dr A_____, ancien médecin traitant de l'assuré, le Dr B_____, spécialiste en neurochirurgie, a indiqué que le patient souffrait d'une claudication neurogène sur canal lombaire étroit et acquis. L'indication opératoire était tout à fait bien posée.
5. Suite à une consultation du 25 février 1998, le Dr C_____, chef de service adjoint au service de neurochirurgie de l'établissement hospitalier, a relevé que les suites opératoires après décompression lombaire pouvaient être considérées comme simples et que le status neurologique était normal.
6. Le 23 novembre 1998, l'assuré a déposé auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après OCAI) une demande de prestations d'assurance-invalidité visant à l'obtention d'une orientation professionnelle et d'une rente d'invalidité.
7. Dans son rapport médical à l'attention de l'OCAI du 11 janvier 1999, le Dr D_____, médecin traitant, a indiqué que son patient présentait une claudication neurogène sur un canal lombaire étroit. Le patient avait été opéré le 16 janvier 1998 par le Dr C_____ avec de bons résultats post-opératoires. Deux tentatives de reprise du travail à mi-temps en mai 1998 avaient échoué. Malgré les soins reçus et les médicaments prescrits, il n'y avait pas d'amélioration et l'incapacité de travail était de 100 % dès le 9 octobre 1997.
8. Le 8 février 1999, le Dr A_____, a confirmé le diagnostic de rétrécissement du canal lombaire congénital. Le patient avait souffert de douleurs lombaires en 1992, 1993 et 1997, mais la situation clinique avait empiré en totale inconcordance avec l'examen clinique, de sorte que ce médecin lui avait refusé le dépôt d'une demande d'invalidité. Après l'opération suggérée par le Dr B_____, le

résultat neurologique post opération était normal et la situation médicale encore acceptable. Vu la persistance du refus du Dr A _____ quant au dépôt d'une demande de prestations d'assurance-invalidité, l'assuré a changé de médecin traitant et a consulté le Dr D _____.

9. Dans un rapport intermédiaire du 27 avril 2000, le Dr D _____ a indiqué que l'incapacité de travail était toujours de 100 % depuis le 9 octobre 1997 et que l'état du patient était stationnaire.
10. Le 6 mars 2000, le Dr C _____ a fait savoir au Dr D _____, qui lui avait adressé le patient pour une consultation de policlinique, que la situation était difficile à évaluer dans son entier. Il existait des signes de douleurs dans la région antérieure du genou à droite. Selon ce spécialiste, « la clinique semblait peu parlante pour nécessiter une reprise chirurgicale ».
11. Dans son rapport du 25 octobre 2000, le Dr E _____, médecin conseil de l'OCAI, a relevé qu'il devait certainement exister une capacité de travail résiduelle, vu les rapports des médecins ayant suivi l'assuré. Un stage d'observation était préconisé.
12. Entre le 28 mai et le 23 septembre 2001, l'assuré a été soumis à un stage professionnel auprès du Centre d'observation professionnel de l'assurance-invalidité (ci-après COPAI) qui s'est déroulé auprès du Centre d'Intégration Professionnelle (CIP). Les capacités physiques et d'apprentissage de l'assuré étaient compatibles avec un emploi à plein temps et rendement normal dans une activité sérielle simple à moyennement complexe. Ses rendements après la première observation étaient de 70 % et devaient s'améliorer dans le cadre des stages en entreprise, mais l'assuré devait s'investir davantage. Lors des stages en entreprise, les rendements ont été moyens, soit entre 50 % et 61 %, mais les employeurs ont indiqué que le stagiaire serait capable d'occuper un poste à plein temps dans l'entreprise s'il montrait plus d'intérêt et de motivation. Au terme de l'observation, les maîtres de réadaptation ont conclu théoriquement que la capacité de travail de l'assuré était entière, soit un rendement de 100 % sur un travail à plein temps. Ils se fondaient sur la première observation en atelier, l'avis des employeurs et également l'avis du Dr D _____, qui avait confirmé par téléphone aux maîtres de réadaptation que son patient pourrait exercer une activité à temps complet en faisant preuve d'un meilleur engagement. Malheureusement, l'assuré n'entrait pas dans une démarche de reclassement.
13. La Division de réadaptation professionnelle de l'OCAI a rendu son rapport en date du 19 octobre 2001 et conclu que le taux d'invalidité de l'assuré était de 19,9 %. Une mesure d'aide au placement ne serait accordée que sur demande motivée de l'intéressé. Le calcul du taux était basé sur les conclusions de l'observation professionnelle et une réduction de 15 % du revenu théorique d'invalidité était

retenue, vu l'impossibilité de porter de lourdes charges et la nécessité de travailler en position essentiellement assise.

14. Dans un rapport du 21 novembre 2001, le Dr E_____ a indiqué que l'expertise professionnelle devait être considérée comme prépondérante par rapport à l'avis du médecin traitant, en raison de liens privilégiés avec son patient et le fait que son avis n'était que médico-théorique.
15. Le Dr D_____ a fait savoir à l'OCAI en date du 26 avril 2002 sur demande de ce dernier que l'état de son patient était stationnaire et qu'il avait recommencé à travailler à 50 % depuis le 1^{er} novembre 2001.
16. Par décision du 29 mai 2002, l'OCAI a fixé le taux d'invalidité de l'assuré à 19 % et rejeté la demande de prestations d'invalidité.
17. Par acte du 26 juin 2002, l'assuré a interjeté recours contre cette décision par-devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS/AI. Il concluait préalablement à la mise sur pied d'une expertise médicale et principalement à l'octroi d'une demi-rente d'invalidité au moins. A l'appui de son recours, l'assuré a produit le 19 juillet 2002 un certificat médical du Dr F_____, spécialiste en rhumatologie, duquel il ressortait qu'un changement professionnel s'imposait mais qu'il était douteux que le patient puisse reprendre une activité professionnelle à un taux supérieur à 50 %.
18. Par préavis du 24 septembre 2002, l'OCAI a conclu au rejet du recours, indiquant que le rapport de l'évaluation professionnelle avait fixé théoriquement une capacité de travail entière avec un rendement de 100 % et que l'état de santé était resté stationnaire depuis cette période, selon l'avis du médecin traitant de l'assuré. Une expertise médicale apparaissait tout à fait inutile.
19. En date du 25 septembre 2002, le recourant a transmis à la Commission de recours un rapport médical établi le 18 septembre 2002 par le Dr G_____, médecin consultant à la Division de Rhumatologie de l'établissement hospitalier. D'après ce spécialiste, le tableau clinique était superposable à celui d'avril 2002. La capacité de travail était jugée nulle comme manœuvre et à 50 % dans une activité légère ne nécessitant pas le port de charges, ni de position statique prolongée comme surveillant ou huissier.
20. Par réplique du 23 octobre 2002, le recourant a rappelé que plusieurs avis médicaux avaient estimé sa capacité de travail à 50% au maximum. Le rapport du COPAI évaluait la possibilité de réadaptation de manière théorique, ce qui ne renseignait pas sur sa capacité de travail ou de gain réelles. Dans les certificats qu'il avait produits, les médecins avaient évoqué la possibilité pour lui d'exercer les métiers de surveillant ou d'huissier. Toutefois, compte tenu du rapport du COPAI qui

mentionnait qu'il parlait mal le français, ne savait pas l'écrire et le lisait avec peine, ses compétences l'empêchaient d'exercer ces professions.

21. Par duplique du 30 octobre 2002, l'OCAI a persisté dans ses conclusions. Le dossier avait été à nouveau soumis au Dr E _____, lequel n'avait relevé aucune évolution défavorable de la situation clinique, qui devait être considérée comme stabilisée. Il n'existait pas de fait médical nouveau et l'appréciation des médecins restait théorique. Il existait toujours une capacité de travail non négligeable.
22. Par courrier du 13 novembre 2002, le recourant a persisté dans ses conclusions.
23. Sur demande du Tribunal cantonal des assurances sociales (ci-après : TCAS), à qui la cause avait été transmise le 1^{er} août 2003, le Dr D _____ a indiqué par courrier du 21 juin 2004 ne pas se souvenir avoir confirmé aux maîtres de réadaptation par téléphone que son patient pourrait exercer une activité à temps complet. Il a confirmé que le recourant était en arrêt de travail à 50 % dès le 1^{er} novembre 2001.

EN DROIT

1. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise (ci-après Cst GE).

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.

- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1^{er} août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : « Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte

de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc... qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts...). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1^{er} janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

2. L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le

13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

3. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-invalidité ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour trancher du présent litige.
4. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, a entraîné de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-invalidité. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1, 121 V 386, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1er LPGA). Le présent litige sera en conséquence examiné à la lumière des dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (ci-après LAI) et du règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (ci-après RAI) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.
5. Déposé dans les forme et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable à la forme, en vertu des art. 69 LAI et 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 (ci-après LAVS).
6. L'invalidité est définie par la loi comme 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 (art 4 LAI). Le droit à la rente est déterminé par l'art. 28 al. 1^{er} LAI qui dispose que l'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40 pour cent au moins. La rente est entière pour une invalidité de 66 2/3% au moins, elle est d'une demie pour une invalidité de 50% au moins et d'un quart pour une invalidité de 40% au moins.

Dans le cadre de l'évaluation de l'invalidité, la tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré (ATF 125 V 261 consid. 4 ; 115 V 134 consid. 2 ; 114 V 314 consid. 3c ; 105 V 15). Le droit fédéral ne fixe aucune prescription sur la manière d'apprécier les moyens de preuve, le principe de la libre appréciation des preuves s'appliquant en matière de procédure administrative.

En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant, c'est 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 du contexte médical soit claire et enfin que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 122 V 160 ; VSI 2000, p.154). En outre, lorsque des expertises ordonnées au stade de la procédure administrative sont établies par des spécialistes reconnus, sur la base d'observations approfondies et d'investigations complètes, ainsi qu'en pleine connaissance du dossier, et que les experts aboutissent à des résultats convaincants, le juge ne saurait les écarter aussi longtemps qu'aucun indice concret ne permet de douter de leur bien-fondé (ATF 125 V 353).

Selon le chiffre 6007 de la Circulaire sur la procédure dans l'assurance-invalidité, édictée par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), on fait appel aux services du COPAI dans des cas particuliers, pour l'examen pratique de la capacité de travail d'un assuré. L'examen effectué par le COPAI concerne avant tout les catégories d'assurés suivantes : les assurés qui se déclarent incapables de travailler et prétendent à une rente mais pour lesquels une réadaptation dans l'économie libre paraît exécutable, compte tenu d'une atteinte à la santé relativement faible et les assurés qui ont une capacité résiduelle de travail (médicalement attestée), mais que l'office AI n'est pas en mesure d'objectiver pour un domaine particulier (p.ex. un domaine voisin de l'activité précédemment exercée).

Conformément au principe de la libre appréciation des preuves, l'administration ou le juge apprécie librement les preuves, sans être liés par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Le juge 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. Si les rapports médicaux sont contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre (ATF non publié du 1^{er} juillet 2003 en la cause I 167/03). On rappellera encore que la jurisprudence accorde plus de poids aux constatations faites par un spécialiste d'un centre d'observation de l'assurance-invalidité et d'une clinique universitaire qu'à l'appréciation de l'incapacité de travail par le médecin de famille (ATF 125 V 353 consid. 3b/cc et les références ; RJJ 1995, p. 44 ; RCC 1988 p. 504 consid. 2, ATFA non publié du 21 août 2002 en la cause I 698/01/Mh consid. 4).

Enfin, lorsqu'il apprécie des 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. Ainsi, la jurisprudence accorde plus

de poids aux constatations faites par un spécialiste qu'à l'appréciation de l'incapacité de travail par le médecin de famille (ATF 125 V 353 consid. 3b/cc et les références, RJJ 1995, p. 44; RCC 1988 p. 504 consid. 2).

7. En l'espèce, le recourant estime que l'OCAI n'aurait pas dû se baser sur les conclusions du COPAI pour effectuer le calcul du taux d'invalidité, mais sur celles des Dr D_____, G_____ et F_____, lesquels mentionnaient une capacité résiduelle de travail de 50 %. Cette manière de voir est erronée.

Tout d'abord, dans son rapport médical à l'attention de l'OCAI du 11 janvier 1999, le Dr D_____ a indiqué que le patient était incapable de travailler dans sa profession, mais que des mesures professionnelles étaient indiquées. De plus, par rapport à la situation qui prévalait au mois de mai 1998, lorsque le patient avait tenté de reprendre son activité professionnelle, l'état de santé était stationnaire. Le 27 avril 2000, le Dr D_____ a confirmé que le patient ne pouvait pas travailler mais que son état était toujours stationnaire. Enfin, en mai 2002, le Dr D_____ jugeait toujours l'état de santé stationnaire, mais le patient avait repris une activité à 50 %. Ainsi, la capacité de travail s'était améliorée, alors que l'état restait stationnaire, selon le médecin traitant.

Le Dr F_____ a quant à lui indiqué dans un rapport médical qu'il doutait qu'une reprise du travail dans un emploi adapté à plus de 50 % soit raisonnable. Il n'a toutefois pas déclaré que la possibilité de reprendre une activité à un taux supérieur à 50 % était totalement irréaliste.

Enfin, s'agissant du Dr G_____, il a confirmé dans son rapport du 18 septembre 2002 que le patient ne pouvait plus exercer sa profession de manœuvre, mais qu'il était envisageable qu'il effectue une activité légère à 50 %.

Sur la base de ces renseignements médicaux, l'OCAI a constaté à juste titre que l'état de santé de l'assuré était stationnaire et qu'il existait une capacité résiduelle de travail dans un poste adapté. C'est la raison pour laquelle il a décidé en octobre 2000 de faire suivre à l'assuré un stage d'observation professionnelle, afin d'observer la réalité, ce qui était plus fiable qu'un simple avis médical et permettait de déterminer dans quelles activités et à quel taux cette capacité de travail pouvait être mise à profit.

En l'espèce, le rapport COPAI repose sur l'observation professionnelle du recourant durant quelque quatre mois, dont une première partie a consisté dans l'établissement d'un bilan des capacités réelles de l'assuré. A la lecture attentive du rapport, force est de reconnaître que ce dernier est très bien étayé, tant en ce qui concerne la personnalité du recourant, qu'en ce qui concerne les limitations observées. Les responsables ont décrit en détail les activités et travaux qu'il était en mesure d'effectuer, tout en soulignant qu'il ne prenait que peu d'initiative dans son

travail. Ils ont également mis en évidence les problèmes rencontrés par l'assuré. A l'issue de cette observation, les capacités physiques de l'assuré étaient jugées compatibles avec un emploi à plein temps et un rendement de 100 % dans une activité sérielle simple à moyennement complexe. Ses capacités d'adaptation et d'apprentissage limitaient l'orientation à un placement direct, dans une activité pratique simple à moyennement complexe via une brève mise au courant. Quant aux capacités d'intégration sociale du recourant, elles étaient compatibles avec un emploi dans le circuit économique normal. L'évaluation intermédiaire après l'observation concluait que le stagiaire pouvait travailler à plein temps avec un plein rendement dans le circuit économique normal, mais les rendements obtenus en atelier étaient inférieurs (70 %). Afin de confirmer cette évaluation, l'assuré a été envoyé en stage en entreprise durant 6 semaines. A l'issue de ces stages (chez X_____ et Y_____), il était confirmé tant par les maîtres de réadaptation que par les entreprises ayant engagé le stagiaire que ce dernier pouvait être réadapté dans le circuit économique normal comme ouvrier dans l'industrie légère ou comme polisseur, en position essentiellement assise et en évitant le port de charges. L'assuré ne pouvait toutefois pas réaliser de travaux fins et les rendements obtenus sur une courte période étaient situés entre 50 et 61 %.

Au vu des rendements observés dans le cadre de l'observation, soit des rendements de 70 % en atelier et entre 50 % et 61 % en entreprise comme on vient de le voir, il semble difficile d'admettre que le recourant parvienne réellement à des rendements de 100 % après une période de mise au courant ainsi que l'a conclu théoriquement le COPAI. Dès lors, le Tribunal de céans retiendra dans ce cas uniquement les rendements observés et effectivement réalisés dans le cadre du stage, dont il est certain qu'ils peuvent être atteints par le recourant. La possibilité d'exercer un travail à 100 % avec des rendements de 70 % sera donc retenue, en tant qu'elle correspond aux observations du travail du recourant par les maîtres de réadaptation. A noter ici que le Dr D_____ a indiqué au Tribunal ne pas se souvenir avoir confirmé au COPAI que son patient pourrait travailler à plein temps avec des rendements de 100 %, raison supplémentaire pour laquelle cette dernière conclusion ne peut être retenue.

L'appréciation du COPAI émane d'une institution de l'assurance-invalidité dont la fonction est de compléter les données médicales en examinant concrètement dans quelle mesure l'assuré est à même de mettre en valeur une capacité de travail et de gain sur le marché du travail (« L'instruction des possibilités de gain des personnes prétendant une rente, compte-rendu d'une séance du 10 novembre 1989 consacrée aux problèmes de l'expertise médicale et professionnelle », RCC 1990 p. 59 ss ; Karl ABEGG, « Coup d'œil sur l'activité des centres d'observation professionnelle de l'assurance-invalidité »; ATFA non publié du 24 octobre 2003 en la cause I 35/03 consid. 4.3). Dès lors, dans la mesure où cette appréciation apparaît globalement exacte et suffisamment proche de celle des médecins en ce qui

concerne la capacité de travail résiduelle de l'assuré, qu'elle est motivée et tout à fait convaincante, on ne voit pas pourquoi l'intimé aurait dû s'en écarter. En effet, la possibilité d'exercer un travail à plein temps dans un poste adapté avec des rendements de 70 % n'est pas incompatible avec les rapports des médecins que le recourant a versés à la procédure. Tout d'abord, le Dr D _____ s'est contenté à plusieurs reprises d'indiquer que son patient avait repris une activité à 50 % alors que son état de santé était resté inchangé, sans jamais préciser qu'il était illusoire d'imaginer que celui-ci augmente encore quelque peu son taux d'activité ou sa productivité. Le Dr G _____, quant à lui a indiqué que le patient pouvait travailler à 50 % dans un poste adapté, de sorte que l'observation de la réalité constatant que celui-ci pouvait obtenir des rendements de 70 % dans un tel poste n'est que peu éloignée de son avis. Enfin, le Dr F _____ a relevé qu'il « doutait que les possibilités de recouvrer une activité professionnelle à plus de 50 % soit dans les limites du raisonnable ». Une telle appréciation laisse précisément penser que l'observation professionnelle pourra déterminer les capacités exactes du patient dans une activité adaptée. Une fois encore, le fait de retenir un rendement possible de 70 % est donc compatible avec cet avis.

Au vu de ces éléments, le rapport du COPAI ne prête pas le flanc à la critique et ses conclusions quant aux observations réalisées seront retenues par le Tribunal de céans, soit un rendement de 70 % dans une activité adaptée. Il reste à déterminer le taux d'invalidité.

8. S'agissant d'un assuré ayant dû interrompre ou cesser son activité lucrative pour cause de maladie ou d'accident et qui, sans handicap, continuerait à exercer une activité lucrative, le taux d'invalidité de l'assuré doit être déterminé en recourant à la méthode générale de comparaison des revenus, (Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence de l'assurance-invalidité - CIIAI, n° 3009).

Pour l'évaluation de l'invalidité, le revenu du travail que l'invalidé pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui, après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, est comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide (art 28 al. 2 LAI).

Sont déterminants pour la comparaison des revenus les rapports existants au moment de la naissance du droit à la rente, ainsi que les modifications éventuelles survenues jusqu'au moment de la décision qui ont des conséquences sur le droit à la rente (ATF 129 V 222 ; ATFA I 670/01 du 2 février 2003).

En conséquence, à la lecture de la jurisprudence précitée, l'année déterminante pour la comparaison sera l'année 1998, durant laquelle le recourant aurait été capable de reprendre une activité adaptée avec un rendement de 70 %, son état de santé étant stationnaire depuis lors.

-
9. S'agissant du revenu sans invalidité, il ressort du dossier qu'au moment où le recourant a cessé son activité professionnelle en 1997, il était employé comme maçon par la société X_____. Son salaire horaire était de 25 fr. 50 dès le 1^{er} janvier 1998. L'horaire était variable et l'engagement également, vu qu'ils changeaient en fonction des chantiers sur lesquels l'assuré était placé. Ainsi, on remarque à titre d'exemple que l'assuré n'avait perçu que 1'445 fr. 40 durant le mois d'août 1997 et que 2'991 fr. 30 en décembre 1996. Il ne travaillait donc pas durant toute l'année sans interruption, de sorte qu'il ne réalisait pas un nombre plein de 41,5 heures hebdomadaires de travail sur toute l'année, soit 179,6 heures par mois.

De janvier à septembre 1997, son salaire s'est élevé à 4'523 fr. par mois ($(42'000 - 1'291) / 9$), qu'il conviendra d'annualiser.

Compte tenu de ce qui précède, le salaire annuel du recourant sans invalidité en 1997 s'élève à 54'276 fr. ($4'523 \times 12$). Réactualisé pour l'année 1998 par la biais de l'indice des salaires nominaux par catégories de travailleurs (hommes ouvriers ; 1997 = 1964, 1998 = 1968) le salaire sans invalidité en 1998 est de 54'387 fr. ($54'276 \times 1968 / 1964$).

10. Le revenu d'invalidé, selon la jurisprudence, doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé - soit lorsque l'assuré, après la survenance de l'atteinte à la santé, n'a pas repris d'activité ou alors aucune activité adaptée, normalement exigible -, le revenu d'invalidé doit être évalué sur la base des statistiques sur les salaires moyens (cf. ATF 126 V 76). On se réfère alors à la statistique des salaires bruts standardisés, en se fondant toujours sur la médiane ou la valeur centrale (ATF 124 V 323 ; VSI 1999 p. 182). Dans ce cas, la jurisprudence considère que certains empêchements propres à la personne de l'invalidé exigent que l'on réduise le montant des salaires ressortant des statistiques. Toutefois, de telles réductions ne doivent pas être effectuées de manière schématique, mais tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier, et cela dans le but de déterminer, à partir de données statistiques, un revenu d'invalidé qui représente au mieux la mise en valeur économique exigible des activités compatibles avec la capacité de travail résiduelle de l'intéressé. Une réduction ne doit pas être opérée automatiquement, mais seulement lorsqu'il existe des indices qu'en raison d'un ou de plusieurs facteurs, l'assuré ne peut mettre en valeur sa capacité résiduelle de travail sur le marché du travail qu'avec un résultat économique inférieur à la moyenne. Par ailleurs, il n'y a pas lieu de procéder à des réductions distinctes pour chacun des facteurs entrant en considération comme les limitations liées au handicap, l'âge, les années de service, la nationalité ou la catégorie de permis de séjour, ou encore le taux d'occupation. Il faut bien plutôt procéder à une évaluation globale, dans les limites du pouvoir d'appréciation, des effets de ces facteurs sur le revenu d'invalidé, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas concret. Enfin, on ne peut

procéder à une déduction globale supérieure à 25 %. L'administration doit motiver brièvement la déduction opérée. Quant au juge, il ne peut, sans motif pertinent, substituer son appréciation à celle de l'administration (ATF 126 V 75 ; VSI 2002 p. 70).

11. En l'occurrence, compte tenu de l'activité légère de substitution, le salaire statistique de référence est celui auquel peuvent prétendre les hommes effectuant des activités simples et répétitives dans le secteur de la production en 1998, à savoir 4'434 fr. par mois (Enquête suisse sur la structure des salaires 1998, tableau TA3; n° 10-45, niveau de qualification 4). Comme les salaires bruts standardisés tiennent compte d'un horaire de travail de quarante heures, soit une durée hebdomadaire inférieure à la moyenne usuelle dans les entreprises (41,9 heures en 1998 ; Office fédéral de la statistique, Chiffres clés du marché du travail), ce montant doit être porté à 4'645 fr. ($4'434 \times 41,9 / 40$), ce qui donne un salaire annuel de 55'740 fr. Adapté à un rendement de 70 % tel qu'il a été retenu dans le cadre de la présente procédure, le salaire avec invalidité se monte à 39'018.- ($55'740 \times 0.7$).

La déduction à apporter à ce montant peut être fixée en se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue dans des cas similaires. Ainsi, dans le cas d'une personne sans formation professionnelle, n'ayant pas exercé d'activité depuis plusieurs années et souffrant de diverses atteintes à la santé (important déconditionnement musculaire et cardio-vasculaire, troubles du comportement, personnalité borderline, troubles du dos et de la hanche), un abattement de 10% a été retenu (ATFA non publié du 8 juillet 2003 I 9/03).

Dans un autre cas, notre Haute Cour a procédé à un abattement de 15% pour tenir compte en particulier de la nationalité étrangère du recourant et de l'empêchement à effectuer des travaux lourds ou de la nécessité d'alterner les positions assis/debout (ATFA non publié du 30 novembre 2001 I 422/01).

Par ailleurs, l'abattement a été fixé à 15% dans le cas d'un ressortissant portugais d'un cinquantaine d'années subissant des limitations importantes de l'épaule (ATFA non publié du 18 juillet 2003 I 225/03).

Enfin, dans un arrêt du 23 octobre 2000 (ATFA non publié en la cause I 177/00), le Tribunal fédéral a indiqué qu'il n'y avait pas lieu de retenir un abattement de 10% en raison de la limitation à des activités légères dans le cadre d'activités simples et répétitives que recouvrent les secteurs de la production et des services, car au regard du large éventail d'activités que recouvre cette catégorie, on doit convenir qu'un nombre significatif de ces activités sont légères et permettent l'alternance des positions et sont donc adaptées au handicap des assurés qui ne peuvent plus effectuer de travaux lourds et doit éviter les positions statiques prolongées.

En l'espèce, la réduction de 30 % du rendement est uniquement due aux limitations physiques du recourant. Dans la mesure où celui-ci souffre de limitations complémentaires importantes, il y aura lieu, à la lecture de la jurisprudence précitée, de tenir compte dans le cas d'espèce d'un abattement supplémentaire de 20 % dû à l'âge et aux limitations d'adaptation et d'apprentissage relevées dans le cadre de l'observation professionnelle (communication limitée en français, impossibilité d'écrire en français, absence de formation, manque d'initiative et incapacité d'exécuter un travail de précision) de sorte qu'il en résulte un revenu d'invalidité de 31'214 fr. ($39'018 \times 0.8$). En effet, les limitations sont supérieures ici aux cas de jurisprudence cités.

Si l'on compare ce montant avec le revenu sans invalidité ($[54'387 - 31'214] / 54'387 \times 100$), on obtient un degré d'invalidité de 42,6 %, qui ouvre à l'assuré le droit à un quart de rente de l'assurance-invalidité.

Le droit à la rente a pris naissance le 1^{er} octobre 1998, soit un an après que le recourant ait subi une incapacité de travail de 40 % au moins durant une année et à partir de laquelle il aurait pu reprendre son travail dans une activité adaptée (art. 29 LAI).

12. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens à titre de participation à ses frais ainsi qu'à ceux de son mandataire, qui seront fixés en l'espèce à 1'500 fr.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :
Statuant (conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)**

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision litigieuse.
4. Dit que le recourant a droit à un quart de rente de l'assurance-invalidité dès le 1^{er} octobre 1998.
5. Condamne l'Office cantonal de l'assurance-invalidité à verser au recourant, à titre de dépens, la somme de 1'500 fr.
6. 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).

Le greffier :

Pierre RIES

La Présidente :

Isabelle DUBOIS

Le secrétaire-juriste : Marius HAEMMIG

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