RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1720/2004 **ATAS/564/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

4ème chambre

du 15 juin 2005

En la cause

WINTERTHUR SOCIETE SUISSE D'ASSURANCES, Général-Guisansstrasse 40, 8401 Winterthur	recourante
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, rue de Lyon 97, Genève	intimé
et	
Monsieur F_____, domicilié à Vernier	appelé en cause

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente, Mesdames Karine STECK et Valérie MONTANI, juges.

EN FAIT

1. Monsieur F_____, né en 1964, a travaillé dès 1988 en qualité d'aide-soignant aux services des urgences des Hôpitaux universitaires genevois (HUG).

2. Le 20 septembre 2002, l'assuré a été victime d'une chute à vélo, lors de laquelle il subi une fracture-luxation postérieure du coude gauche avec fracture comminutive type III de la tête radiale. Le même jour, les médecins des HUG ont procédé à la réduction et la mise en place d'une prothèse de la tête radiale. L'assuré a été en incapacité de travail à 100 % dès le 20 septembre 2002 et la WINTERTHUR ASSURANCES a pris en charge l'accident.

3. L'évolution a permis une récupération partielle de la mobilité du coude gauche. Toutefois, en mars 2003, les médecins ont diagnostiqué un descellement de la prothèse de la tête radiale et ont procédé à son ablation le 28 octobre 2003. L'activité d'aide-soignant, trop lourde, ne pouvait plus être exercée.

4. L'assuré a déposé une demande de prestations datée du 27 mai 2003 auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après OCAI), reçue par ce dernier le 10 juin 2003, sollicitant une orientation professionnelle et un reclassement dans une nouvelle profession.

5. Une observation professionnelle a été effectuée du 22 mars 2004 au 22 juin 2004 au sein du Service de pédiatrie des HUG. Par décision du 15 juin 2004, l'assuré a été mis au bénéfice d'une indemnité journalière de 222 fr. durant cette période, fondée sur un revenu annuel déterminant de 80'993 fr.55.

6. Par décision du 18 juin 2004, avec copie à la WINTERTHUR ASSURANCES, l'OCAI a accordé à l'assuré un reclassement professionnel en qualité d'employé de commerce du 23 juin 2004 au 22 août 2004 au service de pédiatrie des HUG, ainsi que des indemnités journalières d'attente du 23 juin 2004 au 22 août 2004. Par décision du 25 juin 2004, l'assuré a été mis au bénéfice d'indemnités journalières d'attente de 222 fr. du 23 juin 2004 au 22 août 2004, réduites à 202 fr. dès le 23 août 2004, compte tenu du salaire d'apprenti de 600 fr. par mois, soit 20 fr. par jour.

7. Le 1er juillet 2004, la WINTERTHUR ASSURANCES a formé opposition à la décision du 18 juin 2004 concernant les indemnités journalières d'attente, estimant qu'elles sont dues à compter du 1er novembre 2003, soit au plus tard quatre mois après le dépôt de la demande.

8. Par décision du 15 juillet 2004, l'OCAI a rejeté l'opposition de l'assureur, au motif que des mesures concrètes de réadaptation ne pouvaient être envisagées avant l'issue du stage d'observation professionnelle, de sorte que les conditions mises au

versement d'indemnités journalières d'attente n'étaient pas remplies avant le 23 juin 2004.

9. La WINTERTHUR ASSURANCES a interjeté recours le 13 août 2004, faisant valoir que l'OCAI a décidé de procéder à une orientation professionnelle par communication du 22 août 2003 et qu'à ce moment-là déjà des mesures de réadaptation entraient sérieusement en compte pour l'assuré. De surcroît, le reclassement professionnel s'effectue au même poste que celui où l'orientation professionnelle a été effectuée. Il conclut en conséquence à l'octroi par l'OCAI d'indemnités journalières d'attente au plus tard quatre mois après le dépôt de la demande, soit le 28 septembre 2003.

10. Dans sa réponse du 15 octobre 2004, l'OCAI expose que suite au rapport du Professeur M_____ du 4 août 2003 il avait soumis le dossier de l'assuré au Service médical AI qui a confirmé que l'assuré n'était plus en mesure d'exercer son activité d'aide-soignant, mais qu'il disposait d'une pleine capacité de travail dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles décrites par le Professeur, à savoir sans port de charges supérieures à 5 kg et sans sollicitations excessives du bras gauche. Le dossier a été communiqué à la Division de réadaptation professionnelle afin d'étudier le droit de l'assuré aux mesures de réadaptation. Toutefois, le 27 octobre 2003, l'assuré a subi une nouvelle intervention chirurgicale pour l'ablation de la prothèse de la tête radiale du coude gauche. Le Professeur M_____ a établi un rapport intermédiaire le 26 avril 2004 à l'attention de la WINTERTHUR ASSURANCES, dans lequel il a signalé que le patient avait recouvré une pleine capacité de travail, dès le 15 mars 2004, dans un poste administratif sans effort pour le coude gauche. Dans l'intervalle, divers entretiens et tests ont été effectués par l'assuré en vue d'examiner les possibilités d'une réinsertion professionnelle auprès de l'employeur. Selon l'OCAI, le traitement médical de l'assuré n'a pas pu se terminer avant le 15 mars 2004 et le stage s'observation professionnelle était une mesure d'instruction. Il conclut au rejet du recours.

11. Invitée à se déterminer, la WINTERTHUR ASSURANCES a renoncé à répliquer.

12. Par ordonnance du 2 décembre 2004, le Tribunal de céans a appelé en cause Monsieur F_____ et lui a imparti un délai pour faire ses observations.

13. Par écriture du 11 février 2005, l'assuré a indiqué qu'à son avis, l'affaire a été traitée correctement par l'AI , relevant par ailleurs que sa situation était déjà assez compliquée, dès lors que la reconversion lui posait pas mal de problèmes. Il souhaitait que la procédure trouve un règlement correct pour les deux parties, de façon à ce qu'il ne soit pas encore plus pénalisé.

14. Après avoir communiqué les observations de l'assuré aux parties, le Tribunal a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît, en instance unique, des contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 – LAI, notamment (art. 56V LOJ).

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

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). En l'occurrence, le litige porte sur des indemnités d'attente à verser pour l'année 2003. Les dispositions matérielles de la LPGA s'appliquent en conséquence au cas d'espèce.

   L'assureur auquel la décision a été notifiée conformément à l'art. 49 al. 3 LPGA dispose des mêmes voie de droit que l'assuré. Il a ainsi qualité pour recourir au sens de l'art. 59 LPGA.

   Le recours de LA WINTERTHUR ASSURANCES a été déposé dans la forme et le délai prescrits par la loi, de sorte qu'il est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

4. L'objet du litige consiste à déterminer à partir de quand l'intimé doit verser des indemnités journalières d'attente.

5. a) Selon l'art. 22 al. 1, 1ère phrase LAI, l'assuré a droit à l'indemnité journalière pendant la réadaptation si les mesures de réadaptation l'empêchent d'exercer une activité lucrative durant trois jours consécutifs au moins ou s'il présente, dans son activité habituelle, une incapacité de travail (art. 6 LPGA) de 50 % au moins. L'art. 22 al. 6 LAI, en sa nouvelle teneur selon le ch. I de la loi fédérale du 21 mars 2004 (4ème révision AI) en vigueur dès le 1er janvier 2004, dispose que le Conseil fédéral

fixe les conditions auxquelles sont versées les indemnités journalières pour des jours isolés, pour la durée de l'instruction du cas, pour le temps précédant la réadaptation et pour la période de mise au courant dans un emploi, de même que lors d'une interruption des mesures de réadaptation pour cause de maladie, d'accident ou de maternité.

Sur cette base, le Conseil fédéral a promulgué l'art. 18 RAI , aux termes duquel l'assuré qui présente une incapacité de travail de 50 % au moins et qui doit attendre le début de prochaines mesures de réadaptation a droit, durant le délai d'attente, à une indemnité journalière (al. 1). Le droit à l'indemnité s'ouvre au moment ou l'office AI constate, sur la base de l'instruction, que des mesures de réadaptation sont indiquées, mais en tout cas quatre mois après le dépôt de la demande (al. 2).

De jurisprudence constante, le droit à des indemnités journalières d'attente suppose, par définition, que l'assuré doive attendre le début de mesures de réadaptation et non pas simplement des mesures d'instruction destinées à réunir les coordonnées nécessaires sur son état de santé, son activité, sa capacité de travail, son aptitude à être réadapté ou encore sur l'indication de mesures de réadaptation (ATF 116 V 91 consid. 3b ; VSI 2000 p. 212 consid. 2a ; ATFA I 77/01 du 4 février 2002 consid 1b). Il faut que les mesures de réadaptation apparaissent indiquées, tant objectivement que subjectivement. Point n'est besoin, en revanche, que l'administration rende une décision à leur sujet ; il suffit que de telles mesures entrent sérieusement en ligne de compte dans le cas concret (ATF 117 V 277 consid, 2a ; VSI 2000 p. 212 consid. 2a).

b) Aux termes de 16 al. 1 de la loi sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA), l'assuré totalement ou partiellement incapable de travailler (art. 6 LPGA) à la suite d'un accident a droit à une indemnité journalière. Le droit à l'indemnité journalière prend naissance le troisième jour qui suit celui de l'accident et s'éteint notamment dès que l'assuré a recouvré sa pleine capacité de travail ou qu'une rente est versée (art. 16 al. 2 LAA). Lorsque l'assuré a droit à une indemnité journalière de l'assurance-invalidité, il ne peut bénéficier de l'indemnité journalière de l'assurance-accidents (art. 16 al. 3 LAA).

6. En l'occurrence, la recourante a octroyé à l'assuré des indemnités journalières du 23 septembre 2002 au 21 mars 2004, conformément à l'art. 16 LAA. Elle considère que dès le 22 août 2003, soit dès la communication de l'OCAI de procéder à une orientation professionnelle pour déterminer les possibilités de réinsertion professionnelle, des mesures entraient sérieusement en ligne de compte pour l'assuré ; en conséquence, l'assuré avait droit à des indemnités journalières d'attente quatre mois après le dépôt de la demande, soit dès le 28 septembre 2003.

Le Tribunal de céans constate cependant qu'en septembre 2003, il n'était pas possible, concrètement et objectivement, d'entreprendre des mesures de

réadaptation. En effet, l'OCAI avait préconisé une mesure d'observation professionnelle pour précisément examiner quelles mesures de réadaptation pourraient êtres entreprises. Il s'agit-là d'une mesure d'instruction au sens de l'art. 78 al. 3 RAI donnant droit à des indemnités fondées sur l'art. 17 RAI et qui n'a pu débuter que le 22 mars 2004 (cf. décisions OCAI des 11 mai 2004 et 15 juin 2004, pièces nos. 4 et 5, fourre 1 dossier OCAI). Jusque là, l'assuré était toujours en incapacité totale de travail, ainsi que le Professeur M_____ l'a attesté dans son rapport du 17 novembre 2003. De surcroît, il a subi une intervention en date du 28 octobre 2003, à savoir l'ablation de la prothèse du radius proximal gauche et un traitement de physiothérapie était en cours. Ce n'est que le 16 février 2004 que l'assuré a recouvré une capacité de travail de 50 % et le 15 mars 2004 que sa capacité de travail était totale dans un travail administratif pour le coude gauche, étant précisé que des séances de physiothérapie étaient toujours en cours (cf. rapport du Prof. M_____ du 26 avril 2004 à l'assureur accidents).

Dans le cas d'espèce, c'est à l'issue du stage d'observation professionnelle, soit le 22 juin 2004, que la mesure de reclassement professionnel au sens de l'art. 17 LAI a pu être mise en place à compter du 23 août 2004. En conséquence, le droit aux indemnités d'attente au sens de l'art. 18 RAI ne pouvait naître qu'à compter du 23 juin 2004.

Il y a lieu de rappeler au demeurant que lorsque l'asssurance-accidents applique encore un traitement médical au sens de la LAA pendant une période précédant les mesures de réadaptation prises en charge par l'AI, elle doit également verser l'indemnité journalière, en tant que prestation accessoire. Pour une telle période, il n'existe aucun droit à l'indemnité journalière selon l'art. 18 RAI. Ce n'est qu'une fois le traitement médical de l'assurance-accidents terminé que l'indemnité journalière versée par l'assureur-accidents sera remplacée par l'indemnité journalière de l'AI, dès que les conditions d'octroi selon l'art. 18 RAI seront remplies (cf. chiffre 1046 de la Circulaire concernant les indemnités journalières de l'assurance-invalidité - CIJ) ; tel n'est cependant pas le cas en l'occurrence, ainsi que vu ci-dessus.

Force est de constater que la décision de l'OCAI ne prête pas le flanc à la critique, de sorte que le recours, mal fondé, doit être rejeté.

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. Le rejette ;

3. Dit qu'aucun émolument ne sera perçu ;

4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier	La Présidente :
Walid BEN AMER	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