

EN FAIT

1. Monsieur P_____, né en mai 1967, manœuvre au service de l'entreprise X_____ SA, a cessé toute activité lucrative depuis le 2 juin 1997, suite à un lumbago. Il a déposé le 2 septembre 1998 une demande auprès de l'Office cantonal AI, visant à obtenir la prise en charge d'une orientation professionnelle, d'un remplacement dans une nouvelle profession et une aide au placement.

2. Son médecin traitant la Doctoresse A_____ de la Permanence de Cornavin a précisé que son patient souffrait de lombalgies chroniques depuis juin 1997, d'une discopathie L5-S1, d'un canal un peu étroit, et d'un ulcère gastrique. Elle estime à 100% son incapacité de travail à compter du 2 juin 1997 (cf. rapport du 28 octobre 1998). Dans un rapport du 10 août 2000 concernant plus particulièrement les capacités professionnelles, elle précise que Monsieur P_____ ne peut plus travailler dans sa profession de manœuvre ; qu'en revanche dans une autre profession, il pourrait obtenir un rendement de 100%.

3. Le 19 décembre 2000, la Doctoresse A_____ fait état de malaises d'origine indéterminée depuis le 28 juillet 2000, et de cervicalgies.

4. Consulté par le médecin traitant, le Docteur B_____, spécialiste FMH en neurologie, a procédé à un examen électrophysiologique et constaté l'absence d'anomalie électroencéphalographique. Il n'a pas pu déterminer l'origine du malaise dont a souffert Monsieur P_____ pour la première fois le 28 juillet 2000, caractérisé par une perte de connaissance, des spasmes, une salivation, des mouvements tonico-cloniques puis un état post-critique et une fatigue intense de plusieurs heures (cf. rapport du 30 août 2000).

-
5. La division de réadaptation professionnelle de l'Office cantonal AI a proposé de soumettre Monsieur P_____ à un stage d'observation OSER afin de déterminer le rendement de l'assuré dans une activité adaptée. Monsieur P_____ a effectué ce stage du 30 avril 2000 au 26 août 2001.

 6. Du rapport OSER établi le 11 septembre 2001, il résulte que l'assuré peut être réadapté dans le circuit économique normal à plein temps avec un rendement situé entre 75 et 100%, en privilégiant la position assise avec quelques alternances en position debout, dans une activité légère, telle que servant de machines, monteur à l'établi ou encore employé au conditionnement léger. Les maîtres de réadaptation considèrent que Monsieur P_____ est capable de suivre une mise au courant pratique en entreprise, mais propose un stage d'un mois à l'APAIL, vu la bonne motivation de l'assuré, afin de lui permettre d'augmenter encore son rendement. Une prolongation de trois mois a au surplus été décidée sous forme d'un mandat de réadaptation ESPACE, soit un mois à l'atelier de préparation des activités industrielles légères, suivi de stages en entreprise.

 7. Le stage à l'APAIL a confirmé la capacité résiduelle de travail de 75% (rendement de 75% sur un plein temps) ; le stage en entreprise dans la fonction d'ouvrier sur cuir en revanche a révélé un rendement de 50% seulement sur un plein temps. Selon les maîtres de réadaptation, « nous estimons que les résultats de ce dernier stage ne sont pas significatifs sur le plan de la capacité de travail par rapport aux cinq mois d'activité à OSER et APAIL. Ainsi nous concluons que la capacité résiduelle de travail de 75% au minimum (rendement de 75% minimum sur un plein temps) est raisonnablement exigible dans des activités adaptées ». Ils ont en effet constaté que dès l'instant où Monsieur P_____ est confronté au circuit économique, il adopte une autre attitude (manque d'engagement) différente de celle observée en atelier OSER et APAIL (cf. rapport du 10 janvier 2002).

-
8. Dans son rapport du 17 janvier 2002, la division de réadaptation professionnelle de l'Office cantonal AI constate que le premier but du reclassement professionnel, soit l'apprentissage d'une nouvelle activité, avait été atteint, mais pas le second, soit trouver un nouvel emploi, en raison de l'attitude de l'assuré à la fin du reclassement.
 9. Le 25 janvier 2002, l'OCAI a adressé à Monsieur P_____ un projet de décision, aux termes duquel un degré d'invalidité de 47% lui était reconnu dès le 2 juin 1998.
 10. Représenté par Maître Pierre GABUS, Monsieur P_____ a contesté ledit projet. Il rappelle que les médecins ont estimé à 100% son incapacité de travail, que le rendement constaté à l'issue du stage en atelier APAIL ne dépassait pas en réalité 50% sur un plein temps, et enfin que le TFA avait jugé qu'il convenait de procéder à une réduction de 25% pour le calcul du salaire avec invalidité.
 11. Invitée à se déterminer, la division de réadaptation professionnelle de l'assurance-invalidité indique que l'évaluation d'une incapacité totale de travail faite par les médecins est en totale contradiction avec l'observation en atelier qui conclut à une capacité de 75%. Dès lors, « comme toute évaluation médicale n'est en fait que théorique, alors qu'un stage professionnel montre concrètement ce que la personne peut faire ou ne pas faire, cet avis doit être privilégié. A signaler que le Docteur A_____ estimait possible un rendement de 100% dans un poste adapté » (rapport du 10 août 2000). A la question de savoir pour quel motif un rendement de 75% avait été retenu alors que seulement 50% avait été réalisé dans le cadre du stage en entreprise, la division de réadaptation professionnelle de l'assurance-invalidité répond comme suit :

« lors d'un stage de neuf jours (dont sept de présence effective), notre assuré a produit un rendement de 50% sur un plein temps. Son engagement a été jugé insuffisant et l'assuré

s'est montré peu intéressé par cette activité. En outre notre assuré a passé cinq mois d'activité à OSER et APAIL. Il convient donc de privilégier une observation sur une longue durée plutôt que sur une très courte durée. C'est la raison pour laquelle le CIP a conclu dans son rapport du 10 janvier 2002 à une capacité résiduelle de travail de 75% ».

12. S'agissant de la comparaison des gains, la division de réadaptation professionnelle de l'assurance-invalidité a indiqué qu'elle avait dans le cas d'espèce préféré la méthode basée sur le salaire minimum d'une convention de travail car plus proche du contexte économique du canton de Genève, et précisé que lors de l'utilisation des CCP, il convient de ne pas procéder à une réduction en raison des circonstances personnelles et professionnelles (rapport du 25 avril 2002). Son calcul aboutissait à un degré d'invalidité de 47%.
13. Le 21 mai 2002, la division de réadaptation professionnelle de l'assurance-invalidité a néanmoins effectué une comparaison des gains sur la base des statistiques salariales tirées des ESS (enquêtes suisses sur la structure des salaires).

Elle a ainsi pris en considération :

- Salaire sans invalidité, réactualisé 2002	Fr. 60'821,55
- Salaire selon ESS 2000 pour les hommes travaillant dans le secteur de la production en industrie manufacturière et occupés à des tâches simples et répétitives, réactualisé 2002	Fr. 58'627,--
- Diminution du rendement de 25%	Fr. 43'970,--
- Réduction supplémentaire de 25%	Fr. 32'978,--
- Degré d'invalidité	46%

14. Par décision du 16 mai 2002, l'OCAI a mis Monsieur P _____ au bénéficiaire d'un quart de rente d'invalidité, compte tenu d'un degré d'invalidité de 47%. La décision a été adressée directement à Monsieur P _____, et non pas à son mandataire.

-
15. Agissant au nom et pour le compte de Monsieur P_____, Maître GABUS a interjeté recours le 17 juin contre ladite décision. Il persiste à dire que le rendement ne peut être évalué à plus de 50% ; il relève que selon le rapport de stage OSER, la capacité de travail a été estimée entre 70 et 75%, que l'application d'un degré de 70% lui permettrait de bénéficier d'une demi-rente d'invalidité ; qu'au vu des contradictions évidentes entre les rapports médicaux et les rapports de stage, il conclut à ce qu'une expertise médicale soit ordonnée afin de déterminer la capacité de travail résiduelle effective ; il conteste en outre le calcul du revenu exigible en tant que personne invalide établi par l'OCAI.
 16. Dans son préavis du 21 août 2002, l'OCAI conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Il rappelle plus particulièrement qu'un stage professionnel permet de montrer concrètement ce qu'un assuré est encore capable de réaliser, alors que l'évaluation médicale ne constitue que l'aspect théorique.
 17. Par décisions des 4 et 11 février 2003, l'OCAI a fixé le montant du rétroactif dû à Monsieur P_____ à compter du 1^{er} juin 1998 au 31 mai 2002. L'OCAI a transmis l'opposition formée par Monsieur P_____ à la Commission cantonale de recours AVS-AI comme objet de sa compétence, déclarant qu'« au vu du litige pendant devant la Commission relatif au même objet, il nous semble en effet que par économie de procédure, la correspondance du 27 février 2003 précitée doit être traitée non pas comme une opposition, mais directement comme un recours ».
 18. Par jugement du 16 avril 2003 en la cause No 441/2002, La Commission cantonale de recours AVS-AI a refusé d'entrer en matière, considérant que le texte de l'article 52 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) était clair et ne permettait aucune interprétation ; qu'il appartenait ainsi à l'OCAI de rendre une décision sur opposition.

EN DROIT

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

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

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS-AI. Le cas d'espèce reste toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467, consid. 1 ; 121 V 366).

La décision litigieuse a été notifiée directement à l'assuré, alors que Maître GABUS avait dûment informé l'OCAI de ce qu'il y avait élection de domicile en son Etude (article 76 RAI ; circulaire sur la procédure N° 3020 et ss. ; circulaire sur le contentieux N° 1012). L'assuré n'ayant subi aucun préjudice, il se justifie cependant de considérer que la décision a été valablement notifiée.

L'invalidité est définie par la loi comme la diminution de la capacité de gain, présumé 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. Une atteinte à la santé n'ouvre donc droit à des prestations de l'assurance invalidité que si elle entraîne une incapacité de gain présumée permanente ou de longue durée (article 4 LAI).

L'incapacité de gain consiste en la diminution moyenne prévisible des possibilités de gain de la personne concernée sur l'ensemble du marché du travail équilibré pouvant entrer en considération pour elle (cf. chiffre 1017 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence).

L'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40% au moins. En ce cas il recevra un quart de rente. S'il est invalide à 50%, il se verra octroyer une demi-rente et si son invalidité atteint 66 2/3% une rente entière (article 28 al. 1 LAI). Aux termes de l'article 28 al. 1^{bis} LAI, dans les cas pénibles, une invalidité de 40% au moins ouvre le droit à une demi-rente.

En l'espèce, il n'est pas contesté que Monsieur P _____ ne peut plus exercer son activité de manœuvre, depuis juin 1997 (cf. rapport de la Doctoresse A _____ du 28 octobre 1998). Des conclusions faites à l'issue des stages OSER et APAIL, il résulte que l'assuré peut exercer une activité adaptée avec un rendement estimé finalement à 75% sur un plein temps, étant précisé que « sa capacité est encore améliorable ». Un stage en entreprise a en revanche révélé un rendement inférieur de 50%.

Force est de constater qu'il n'y a en réalité pas de contradiction entre les rapports médicaux et les rapports de stage, étant rappelé que selon la Doctoresse A _____, Monsieur P _____ pourrait obtenir un rendement de 100% dans une profession autre que manœuvre. Il ne se justifie dès lors pas de soumettre l'assuré à une expertise médicale. S'agissant de déterminer quelles sont les répercussions des atteintes à la santé sur la capacité de travail, les stages apparaissent à l'évidence comme étant les moyens les plus adéquats pour définir quelle(s) activité(s) peut encore exercer l'assuré et dans quelle mesure, le cas échéant. Il n'est en effet pas permis de fixer sans autre un taux d'invalidité correspondant à l'incapacité de travail retenue par les médecins (cf. RCC 1962, p. 441). L'OCAI doit toujours examiner si, et au besoin dans quelle mesure, la capacité de travail résiduelle est utilisable au mieux et quel revenu pourrait être réalisé dans l'accomplissement des travaux raisonnablement exigibles (cf. CIIAI, chiffre 3004).

Persiste en revanche une contradiction entre le rendement constaté lors des stages OSER et APAIL, soit 75% et le stage en entreprise, soit 50%.

Durant les stages OSER et APAIL, il est apparu que l'assuré avait été capable d'augmenter son rendement jusqu'à 75%, alors que dans le cadre d'une entreprise, il n'avait fourni que 50%. Il est vrai que le fait d'être confronté au circuit économique réel peut être de nature à déstabiliser un assuré en réadaptation, au point de diminuer quelque peu son rendement. Le changement radical du comportement du recourant est en revanche inexplicable. Le Tribunal de céans est d'avis qu'après une période de réadaptation le cas échéant, le rendement devrait rapidement atteindre celui observé durant les stages. Le stage en entreprise s'étant déroulé du 13 au 23 novembre 2001, avec deux jours d'absence, n'est pas significatif parce que portant sur une durée trop courte. Il se justifie en conséquence de retenir un rendement de 75%.

On peut raisonnablement attendre du recourant vu son âge, qu'il fasse les efforts nécessaires pour s'adapter à un nouveau type d'emploi (Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence N°1024).

Reste à examiner la capacité de gain de Monsieur P_____.

S'agissant de l'évaluation de l'invalidité des assurés qui exercent une activité lucrative, l'alinéa 2 de l'art. 28 LAI dispose :

« Pour l'évaluation de l'invalidité, le revenu du travail que l'invalidé pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut 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 ».

La méthode de comparaison des revenus consiste à déterminer le taux d'invalidité en comparant deux revenus hypothétiques, soit le revenu hypothétique d'une personne non invalide et le revenu hypothétique d'invalidé (cf. Circulaire

concernant l'invalidité et l'impotence de l'Office fédéral des assurances sociales [CIIAI], chiffre 3013). La comparaison doit en règle générale se faire de telle manière que les deux revenus hypothétiques soient chiffrés le plus exactement possible et mis en parallèle, leur différence permettant le degré d'invalidité. Si leur montant ne peut être déterminé avec précision, il conviendra de les évaluer selon les éléments connus dans le cas particulier et de comparer entre elles les valeurs approximatives ainsi retenues (VSI 2000 p. 84, considérant 1b ; VSI 2000 p. 316 considérant 1a).

On entend par revenu hypothétique d'une personne non invalide, celui que la personne assurée réaliserait vraisemblablement, eu égard à l'ensemble des circonstances, si elle n'était pas devenue invalide (cf. RCC 1973, p. 198 ; 1964, p. 388 ; 1961, p. 338). Comme point de départ, on prendra en considération le revenu d'une personne saine de corps et d'esprit, de même âge, ayant la même formation et une situation professionnelle correspondante ou analogue dans le même environnement local (cf. RCC 1989, p. 456 ; 1986, p. 432). Il convient de se baser sur les indications fournies par le dernier employeur (VSI 2000 p. 308 considérant 3a). Sont déterminants les revenus sur lesquels des cotisations AVS ont été perçues (article 25 al. 1 RAI). Ce montant est ensuite adapté à l'évolution des salaires nominaux de la branche d'activité à la date déterminante pour l'évaluation de l'invalidité (VSI 2000 p. 313 considérant 2c).

Le revenu d'invalide correspond au revenu qu'une personne handicapée pourrait encore réaliser en exerçant une activité que l'on peut raisonnablement attendre d'elle, après d'éventuelles mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail.

Dans la décision litigieuse, l'OCAI s'est fondé dans un premier temps sur un salaire sans invalidité de Fr. 59'820.--. Ce montant n'est pas contesté.

Pour déterminer le revenu avec invalidité, l'OCAI a, dans son premier calcul préféré prendre en considération le salaire minimum de la convention de travail et a ainsi retenu le montant de Fr. 42'250,--, duquel il a déduit 25% pour tenir compte du rendement de 75% (42'250,-- moins 25% = 31'687,--), ce qui implique un degré d'invalidité de 47%.

Selon Monsieur P _____, le revenu déterminant doit être calculé sur la base d'un rendement de 70%. On obtient ce faisant un montant de Fr. 29'575,-- (42'250,-- moins 30%). Il considère encore qu'une pondération à raison de 25% doit être déduite, ce qui donne un revenu de Fr. 22'181,-- et un degré d'invalidité de 62,9%.

Le TFA a à cet égard précisé qu'il fallait tenir compte du fait que les personnes atteintes dans leur santé, qui sont handicapées même dans l'accomplissement de travaux auxiliaires légers, sont désavantagées sur le plan de la rémunération par rapport à des travailleurs en pleine possession de leur capacité de travail et parfaitement aptes à être engagés, et qu'elles doivent généralement tabler sur un salaire proportionnellement moins élevé (VSI 2000 p. 84, considérant 2b ; VSI 1999 p. 185, considérant 3b ; VSI 1999 p. 55, considérant 3b, VSI 1998 p. 181, considérant 3a). Le cas échéant, il conviendra donc de procéder à une réduction du salaire statistique. Toutefois cette réduction, compte tenu de tous les facteurs entrant en ligne de compte ne devra pas dépasser globalement 25% (VSI 2000 p. 321, considérant 5b).

Elle n'intervient pas de manière générale et dans chaque cas. Elle dépend de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles du cas concret. En l'espèce, le recourant soutient que cette réduction doit être de 25%. Le TFA n'a cependant tenu compte d'une telle réduction que dans les cas fondés sur l'ESS (VSI 1998, p. 179 ; VSI 1999, p. 184).

C'est ainsi à juste titre que l'OCAI a refusé de tenir compte d'une pondération lors de l'utilisation de la convention de travail.

A ce sujet, il sied de relever que la référence aux seuls salaires minimaux fixés par convention collective n'est pas pertinente, car elle ne tient pas compte, notamment du fait que les occupations compatibles avec le handicap du recourant ne sont pas nécessairement limitées à un domaine particulier, les activités proposées englobant des postes aussi variés que ceux de pompiste, servant de machines, monteur à l'étable, ou encore employé au conditionnement. A cet égard, les statistiques de l'OFS, qui distinguent les salaires selon le niveau de qualification, le domaine d'activité et le sexe constituent une source d'information plus fiable (cf. ATFA du 15 juin 2001 en la cause I 581/00 et références). Il y a donc lieu de se référer à la statistique des salaires bruts standardisés, en se fondant toujours sur la médiane ou valeur centrale (ATF 124 V 323 ; VSI 1999 p. 182 et ATFA du 29 juillet 2003 en la cause I 405/03).

Si l'on se base ainsi sur les tableaux statistiques ESS et si l'on retient le revenu réalisable en moyenne par un homme dans une activité simple et répétitive du secteur de la production, soit Fr. 55'416,-- (ESS 2000) si l'on traduit ce revenu indexé 2002 pour une durée hebdomadaire de 41,90 heures (VSI 1999 p. 51), si l'on en déduit 25% afin de tenir compte du rendement global dans le cas d'espèce, puis 25% pour les empêchements propres à la personne de l'assuré, on obtient un revenu d'invalidé de Fr. 32'978,--. La comparaison des gains, compte tenu d'un revenu sans invalidité de Fr. 60'821,55 (salaire réactualisé 2002), donne le degré d'invalidité de 46%.

La décision de l'OCAI doit dès lors être confirmée.

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

Statuant

A la forme :

1. Reçoit le recours ;

Au fond :

2. Le rejette ;
3. 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 qu'elle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :

Marie-Louise QUELOZ

La Présidente :

Doris WANGELER

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