

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1748/2009

ATAS/1381/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 11 novembre 2009

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENEVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître J. Potter Van LOON

recourant

contre

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

intimé

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Nicole BOUQUIN et Olivier LEVY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après l'assuré ou le recourant), né en 1946, de nationalité italienne, a travaillé dès l'âge de 16 ans comme apprenti maçon en Italie. Arrivé en Suisse à l'âge de 18 ans, l'assuré a travaillé comme maçon, puis comme chef contremaître dans des entreprises du bâtiment. Suite à un licenciement en 1993, il s'est installé à son compte, en tant qu'indépendant dans le bâtiment.
2. Souffrant de problèmes de santé depuis 2003, l'assuré a dû cesser son activité indépendante en janvier 2005. Le 17 décembre 2007, il a déposé une demande de prestations auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après OCAI), visant à l'octroi d'une rente.
3. Dans un rapport du 24 juin 2008, la Dresse L_____, interniste, a diagnostiqué une obésité (BMI 35 kg/m²), ainsi qu'une dyspnée sur BPCO modérée et obésité. Les autres diagnostics, à savoir le status post-fibrillation auriculaire symptomatique avec status post-thermo-ablation et retour sinusal, la dyslipidémie et le status post-prostatectomie totale pour adénocarcinome prostatique sont sans influence sur la capacité de travail. Ce médecin a indiqué qu'aucun arrêt de travail n'avait été établi par le service. L'assuré présente une restriction physique due à l'obésité qui se manifeste par une dyspnée. D'un point de vue médical, l'activité exercée est encore exigible à raison de 50 à 100%, selon le BMI. Les restrictions peuvent être réduites par une perte pondérale. S'agissant de la reprise de l'activité professionnelle, elle est possible à 100% mais difficilement quantifiable, car cela dépend de la motivation du patient à perdre du poids.
4. Dans un avis du 14 juillet 2008, sous la plume du Dr M_____, le SMR Suisse romande a considéré que l'assuré ne présente aucune atteinte à la santé incapacitante au sens de la loi sur l'assurance-invalidité.
5. Le projet de décision de refus de prestations du 11 août 2008 a été contesté par l'assuré, représenté par son mandataire. Dans son courrier du 12 septembre 2008, l'assuré relève que l'activité indépendante qu'il a exercée jusqu'en décembre 2005 contrevient à la plupart des limitations fonctionnelles décrites par la Dresse L_____ des HUG et prie l'OCAI d'effectuer une instruction complémentaire auprès du Dr N_____, qu'il a consulté dans le courant de l'été.
6. Le 15 septembre 2008, l'intéressé a produit un rapport établi le 11 septembre 2008 par le Dr Laurent N_____, spécialiste FMH en médecine interne et néphrologie, aux termes duquel, en plus de plaintes, l'assuré présentait clairement un état anxio-dépressif, probablement réactionnel à son état de santé et qu'il a dû cesser toute activité indépendante depuis 2005. Selon ce médecin, au vu des nombreux antécédents médicaux et des symptômes évoqués, il est d'avis que son patient présente des symptômes fortement invalidants justifiant une incapacité de

travail de 100% dans son ancienne activité, qui était physique. En ce qui concerne une capacité résiduelle dans une autre profession, cette option lui paraissait peu envisageable au vu de l'état anxio-dépressif qui, par ailleurs, nécessitait une prise en charge médicale.

7. Sur proposition du SMR, l'OCAI a mandaté le Dr O _____, spécialiste FMH en médecine interne et pneumologie, à l'Hôpital de la Tour, pour consilium pneumologique.
8. Dans son rapport du 18 mars 2009 de consilium pneumologique, le Dr O _____ a retenu les diagnostics de broncho-pneumopathie chronique obstructive sur ancien tabagisme avec un syndrome obstructif modéré et une obésité morbide avec un BMI de 40kg/m². Le test d'effort pneumologique révèle une capacité d'effort normale en termes de millilitre par minute, qui est cependant très abaissée quand elle est rapportée au poids en raison de l'obésité. Le facteur limitatif à l'effort n'est pas la limitation ventilatoire, ni une perturbation des échanges gazeux, mais bien une inadaptation cardiovasculaire secondaire à l'obésité.
9. Par décision du 9 avril 2009, l'OCAI, se fondant sur le consilium pneumologique, a rejeté la demande de prestations, au motif que l'assuré ne présente pas de maladie justifiant une diminution de sa capacité de travail de longue durée.
10. Par l'intermédiaire de son mandataire, l'assuré interjette recours en date du 19 mai 2009. Il rappelle qu'il a commencé à souffrir d'un problème de dyspnée dès 2003, diagnostiqué comme secondaire à une fibrillation auriculaire paroxystique à réponse ventriculaire rapide. Suite à un échec d'une tentative de cardioversion de façon médicamenteuse, un traitement anticoagulant a été mis en place. Du 17 décembre 2005 au 21 décembre 2005, le recourant a dû être hospitalisé pour une récurrence de fibrillation auriculaire paroxystique. Le 19 mai 2006, il a subi une IRM cardiaque de stress, toutefois demeurée incomplète en termes de fréquence cardiaque selon le Dr N _____. Il a à nouveau été hospitalisé du 26 novembre 2006 au 28 novembre 2006 pour une ablation par radiofréquence d'une fibrillation auriculaire par isolement des veines pulmonaires, par ponction transeptale et ponction artérielle fémorale droite. Enfin, du 4 mai 2008 au 9 mai 2008, il a été hospitalisé pour une prostatectomie radicale par laparoscopie pour un adénocarcinome de la prostate. Il a de plus été également traité pour un problème d'hypercholestérolémie et d'obésité. Après s'être rendu compte que son problème de dyspnée devenait irrémédiable, le recourant a déposé une demande de rente auprès de l'AI. Il se réfère aux limitations évoquées par la Dresse L _____ dans son rapport du 24 juin 2008, à savoir qu'il ne peut plus se pencher, travailler avec les bras au-dessus de la tête, être accroupi, à genoux, monter sur une échelle ou un échafaudage, qu'il est limité dans sa capacité à soulever des poids de plus de 15 kilos et que sa résistance est limitée en raison de sa dyspnée. S'agissant des tests

mis en place par le Dr O _____, le recourant fait valoir qu'ils ne reflètent pas les conditions réelles dans lesquelles il travaille, dans la mesure où sur un chantier, sa dyspnée ne se traduit pas de la même manière que lorsqu'il doit rouler quelques minutes sur un vélo d'appartement, tel que cela a été pratiqué chez le Dr O _____. De plus, dans la mesure où ce dernier est pneumologue, il a outrepassé ses compétences médicales et le mandat qui lui a été confié lorsqu'il a indiqué que le problème cardiovasculaire était secondaire à l'obésité. Le recourant conteste ainsi les conclusions du Dr O _____, au motif que ses problèmes de dyspnée étaient apparus antérieurement à sa prise de poids. Il explique qu'il a commencé à prendre du poids après avoir arrêté de fumer au début de l'année 2004, alors que ses problèmes de dyspnée étaient déjà apparus. Cette prise de poids a été accentuée par le fait qu'il a dû cesser de travailler en 2005 en raison de ses problèmes de santé. Il se réfère au rapport du Dr N _____ qui a confirmé qu'anamnestiquement la prise pondérale et ses conséquences ont fait suite aux problèmes médicaux. De surcroît, l'état anxio-dépressif et réactionnel était clairement secondaire aux différents antécédents médicaux qui ont eu comme conséquence une cessation de l'activité en tant qu'indépendant, avec toutes les répercussions économiques que cela entraîne. Le recourant relève que par rapport au poids relevé lors du consilium pneumologique effectué le 18 mars 2009, il a perdu 12 kilos. Malgré cela, son problème de dyspnée demeure inchangé et il est toujours dans l'incapacité d'exercer une activité dans le secteur du bâtiment. Dans ses conclusions, le recourant propose la suspension de la cause pendant un an, afin qu'il puisse prouver les faits qu'il avance en effectuant de nouveaux tests médicaux, soit une expertise pluridisciplinaire, une fois qu'il aura perdu du poids. Sur le fond, il souligne les contradictions entre les avis médicaux et conclut à l'octroi d'une rente entière d'invalidité.

11. Dans sa réponse du 17 juin 2009, l'OCAI conclut au rejet du recours, se référant à la position du SMR et au consilium pneumologique, considérant que le cas a été suffisamment instruit.
12. Le Tribunal de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle en date du 16 septembre 2009. Le recourant a déclaré qu'il avait commencé à travailler dès l'âge de 15 ans sur les chantiers et jusqu'à l'âge de 59 ans, sans avoir été en arrêt de travail. Même lorsqu'il a eu ses premiers problèmes cardiaques, il a continué à travailler. C'est suite à deux récidives qu'il a dû finalement abandonner son activité professionnelle. Il a précisé qu'il ne prenait pas d'antidépresseurs. Le recourant a expliqué qu'il rencontrait des problèmes dès qu'il faisait un effort, même pour faire les courses et monter les escaliers.

La représentante de l'OCAI a admis que le Dr O _____ ne s'était pas prononcé quant à la capacité de travail de l'assuré. Ce médecin a cependant relevé qu'il n'y avait pas de perturbations ventilatoires des échanges gazeux. Pour

l'OCAI, le recourant présente une capacité de travail totale, aussi bien dans son ancienne activité que dans une activité adaptée.

L'assuré a relevé que l'avis du Dr O_____ selon laquelle le problème cardiaque serait consécutif à l'obésité est contredit par le Dr N_____. Il a exposé que le test d'effort effectué à l'hôpital cantonal le 31 juillet 2008, alors qu'il avait un poids de 96,5 kilos, a donné à peu près les mêmes résultats, ce qui démontre que ses problèmes ne sont pas dus à l'obésité. En outre, depuis mars 2009, il suit un régime et a perdu 17 kilos. Le recourant a souligné qu'il n'avait jamais d'aide et qu'il avait vécu avec ses propres économies. S'agissant de l'état anxio-dépressif, il n'a pas consulté de spécialiste. Le mandataire du recourant a proposé de suspendre la cause dans l'attente que son client retrouve un poids idéal, afin de démontrer que les problèmes de dyspnée ne sont pas consécutifs à un problème de poids. Il a rappelé que le Dr N_____ considère que le recourant est incapable de travailler à 100% dans son ancienne activité.

A l'issue de l'audience, le Tribunal a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI ; RS 831.20).

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

2. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, s'applique au cas d'espèce.

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 130 V 229 consid. 1.1 et les références). En particulier, les dispositions de la nouvelle du 21 mars 2003 modifiant la LAI (4^e révision), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2004 (RO 2003 3852), et celles de la nouvelle du 6 octobre 2006 (5^e révision), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008, sont régies par ce principe. D'autre part, le juge des assurances sociales se doit, en règle générale, d'apprécier la légalité des décisions attaquées d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 121 V 366 consid. 1b et les références citées).

3. En l'espèce, les faits déterminants s'étant réalisés en partie avant et en partie après l'entrée en vigueur de la nouvelle du 6 octobre 2006, le droit aux prestations doit être examiné au regard de l'ancien droit pour ce qui concerne les faits survenus avant le

31 décembre 2007 et au regard de la nouvelle réglementation légale pour les faits survenus après cette date, ce qui demeure sans importance dans le cas présent, vu que les normes ad hoc n'ont pas fait l'objet d'une modification

4. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA, art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA ; RS E 5 10).
5. Le litige consiste à déterminer si le recourant présente une atteinte à la santé ouvrant droit à des prestations de l'assurance-invalidité.
6. Est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle présumée permanente ou de longue durée, résultant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art. 8 al. 1 LPGA et 4 al. 1 LAI). 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 ou mentale et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (art. 7 LPGA). Il y a lieu de préciser que 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 275 consid. 4a, 105 V 207 consid. 2).

Selon l'art. 28 al. 1 LAI dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007 (art. 28 al. 2 LAI dès le 1^{er} janvier 2008), l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins, à 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. 4 al. 2 LAI, l'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération. S'agissant du droit à une rente, la survenance de l'invalidité se situe au moment où il prend naissance, conformément à l'art. 29 al. 1 LAI dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007, soit dès que l'assuré présente une incapacité de gain durable de 40% au moins ou dès qu'il a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année sans interruption notable, mais au plus tôt le premier jour du mois qui suit le dix-huitième anniversaire de l'assuré (art. 29 al. 2 aLAI ; ATF 126 V 5 consid. 2b et les références). Il y a interruption notable de l'incapacité de travail au sens de l'art. 29 al. 1 LAI, lorsque l'assuré a été entièrement apte au travail pendant trente jours consécutifs au moins (cf. art. 29ter RAI).

Enfin, selon l'art. 17 LAI, l'assuré a droit au reclassement dans une nouvelle profession si son invalidité rend cette mesure nécessaire et que sa capacité de gain peut ainsi, selon toute vraisemblance, être sauvegardée ou améliorée (al. 1). La

rééducation dans la même profession est assimilée au reclassement (al. 2). Le seuil minimum fixé par la jurisprudence pour ouvrir droit à une mesure de reclassement est une diminution de la capacité de gain de 20 % environ (ATF 124 V 110 consid. 2b et les références).

7. Chez les assurés actifs, le degré d'invalidité doit être évalué sur la base d'une comparaison des revenus. Pour cela, 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. La comparaison des revenus s'effectue, en règle ordinaire, en chiffrant aussi exactement que possible les montants de ces deux revenus et en les confrontant l'un avec l'autre, la différence permettant de calculer le taux d'invalidité (méthode générale de comparaison des revenus; ATF 130 V 348 consid. 3.4, 128 V 30 consid. 1, 104 V 136 consid. 2a et 2b; jusqu'au 31 décembre 2002: art. 28 al. 2 LAI; du 1er janvier au 31 décembre 2003: art. 1 al. 1 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA; depuis le 1er janvier 2004: art. 28 al. 2 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA). Pour procéder à la comparaison des revenus, il convient de se placer au moment de la naissance du droit à la rente; les revenus avec et sans invalidité doivent être déterminés par rapport à un même moment et les modifications de ces revenus susceptibles d'influencer le droit à la rente, survenues jusqu'au moment où la décision est rendue, doivent être prises en compte (ATF 129 V 223 consid. 4.1, 128 V 174).

Le revenu d'invalidité doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé. S'agissant du revenu de la personne valide, il se détermine en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce qu'elle aurait effectivement pu réaliser au moment déterminant si elle était en bonne santé (ATF 129 V 224 consid. 4.3.1 et la référence). Il doit être évalué de manière aussi concrète que possible si bien qu'il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé.

8. 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 261 consid. 4, 115 V 134 consid. 2, 114 V 314 consid. 3c, 105 V 158 consid. 1). Ces données médicales permettent généralement une appréciation objective du cas. Elles l'emportent sur les constatations qui peuvent être faites à l'occasion d'un stage d'observation professionnelle, lesquelles sont susceptibles d'être influencées par des éléments subjectifs liés au comportement de l'assuré pendant le stage (ATFA non publié du 6 mai 2003, I 762/02).

En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et enfin que les conclusions de l'expert soient dûment motivées. Au demeurant, l'élément déterminant pour la valeur probante n'est ni l'origine du moyen de preuve ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 125 V 352 consid. 3a, 122 V 160 consid. 1c et les références).

9. En l'espèce, le recourant présente plusieurs pathologies, notamment une dyspnée. Selon la Dresse L_____, l'activité exercée et encore exigible de 50 à 100 %. Une reprise de travail à 100 % serait possible, en cas de perte de poids. Le Dr N_____ considère quant à lui que le recourant présente des symptômes fortement invalidants justifiant une incapacité de travail de 100 % dans son ancienne activité qui était physique. S'agissant de la capacité de travail dans une autre profession, cette option lui paraît peu envisageable, au vu de l'état anxio-dépressif qui nécessite une prise en charge médicale.

A la demande de l'intimé, le Dr O_____ a diagnostiqué une broncho-pneumopathie chronique obstructive avec un syndrome obstructif modéré et une obésité morbide. Selon ce médecin, le facteur limitatif à l'effort n'est pas la limitation ventilatoire ni une perturbation des échanges gazeux, mais bien une inadaptation cardiovasculaire secondaire à l'obésité. Le Dr O_____ ne s'est par ailleurs pas prononcé sur la capacité de travail du recourant, que ce soit dans l'ancienne activité ou dans une activité adaptée, de sorte que l'on ne saurait se fonder sur son rapport pour en conclure qu'il n'y a pas d'atteinte à la santé invalidante. A cela s'ajoute le fait que selon le Dr N_____, anamnestiquement, la prise pondérale de son patient et ses conséquences ont fait suite aux problèmes médicaux rencontrés et ne les ont pas précédés et que l'état anxio-dépressif et réactionnel est clairement secondaire aux différents antécédents médicaux.

Force est de constater que les avis médicaux sont contradictoires quant aux conséquences des atteintes à la santé sur la capacité de travail du recourant et que certains aspects de son état de santé, notamment du point de vue psychiatrique, n'ont pas fait l'objet d'investigations.

10. En l'état actuel du dossier, le Tribunal n'est pas en mesure tirer des conclusions définitives quant aux atteintes à la santé du recourant et à leurs répercussions sur sa capacité de travail. Le dossier sera par conséquent renvoyé à l'intimé pour instruction complémentaire sous forme d'une expertise pluridisciplinaire, au regard des pathologies présentées par le recourant. Il appartiendra aux experts de poser des

diagnostics clairs et précis, de décrire les limitations et de se prononcer sur les conséquences des atteintes à la santé, tant dans l'activité habituelle que dans une activité adaptée.

11. Le recourant a droit à une indemnité à titre de dépens, fixée en l'espèce à 1'800 fr. (art. 89H LPA).
12. Un émolument de 1'000 fr. est mis à la charge de l'intimé, qui succombe (art. 69 al. 1 bis LAI).

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet et annule la décision litigieuse.
3. Renvoie la cause à l'OCAI pour instruction complémentaire dans le sens des considérants et nouvelle décision.
4. Condamne l'OCAI à payer au recourant la somme de 1'800 fr. à titre de participation à ses frais et dépens.
5. Met un émolument de 1000 fr. à la charge de l'OCAI.
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

Isabelle CASTILLO

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