



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1762/2002-2-AI

ATAS/44/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du mardi 3 février 2004

2ème Chambre

En la cause

Monsieur T_____, comparant par le FORUM SANTE en les
bureaux duquel il élit domicile,

Recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, rue de
Saint-Jean 97 à Genève,

Intimé

**Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, MM Philippe CARRUZZO et Géraud
CRETTENAND, juges assesseurs.**

EN FAIT

1. Monsieur T_____, (ci-après le recourant), né en 1960, marié et père d'un enfant, est maçon de profession.

Il a travaillé dans cette profession de 1981 jusqu'au mois de septembre 1999 où il a été en arrêt de travail en raison de douleurs lombaires.

Au mois de novembre 2000 il a formé une demande de prestations de l'assurance-invalidité sous la forme d'un reclassement dans une nouvelle profession ou d'une rente.

2. Par décision du 3 septembre 2002, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) a accordé au recourant une demi-rente d'invalidité depuis le 1er septembre 2000, sur la base d'un taux d'invalidité de 57%.
 3. Dans son recours du 19 septembre 2000 et son complément de recours du 24 octobre 2002, le recourant conclut à ce qu'un taux d'invalidité de 80% au moins lui soit reconnu, que la décision de l'OCAI soit annulée et que des dépens lui soient alloués. Il considère qu'en suivant les conclusions du COPAI, l'OCAI a omis de tenir compte à tort des résultats du stage en entreprise lors duquel un rendement de 40% avait été retenu, de même que des rapports médicaux au dossier, d'ailleurs très disparates. Il conteste également le calcul de l'invalidité en tant qu'il ne tient pas compte d'une réduction sur le salaire théorique, réduction due en raison du faible rendement possible et du risque d'absence relevé par les médecins.
 4. Dans son préavis du 13 janvier 2003 l'OCAI considère avoir tenu compte de l'ensemble du dossier, comme le COPAI qui a procédé à une synthèse des différents éléments pour retenir finalement une capacité résiduelle de 65%, résultat confirmé par le Dr A_____. Pour le calcul de l'invalidité l'OCAI se réfère à la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances sociales et indique qu'en l'espèce, il n'y a pas lieu de procéder à une réduction puisque c'est le salaire le plus bas, et non le moyen, qui a été pris en compte. L'Office conclut au rejet du recours.
 5. Dans sa réplique du 30 janvier 2003 le recourant demande que toutes les observations faites par le COPAI soient prises en considération, y compris celles faites en entreprise où le rendement était plus bas qu'en atelier protégé. Il
-

demande également que les avis de son médecin traitant, le Dr B_____, ainsi que ceux de l'Hôpital cantonal soient également pris en considération, et non seulement l'avis du Dr A_____. Or ceux-ci attestent d'une incapacité de travail de 100% dans n'importe quelle activité.

6. Dans sa duplique du 4 mars 2003, l'OCAI a persisté dans ses conclusions.
 7. Figurent au dossier les rapports suivants :
 - Un rapport de l'hôpital cantonal – service orthopédie de juin 2002 : ce rapport indique que la capacité de travail est nulle dans toute activité mais que quoi qu'il en soit, il faudrait s'attendre à une diminution du rendement.
 - Un rapport de la division de la réadaptation professionnelle du 18 janvier 2002 : la capacité résiduelle à hauteur de 65% est confirmée dans un métier simple, léger, sans port de charge, à temps plein. Sur la base des données de l'Union industrielle de Genève, salaire minimum d'embauche 2001, calculé sur 13 mois avec un taux de 65% le revenu théorique retenu est de 27'462 fr. 50, ce qui comparé au revenu sans invalidité de 64'207 fr. donne un taux d'invalidité de 57%.
 - Le rapport de la division de réadaptation professionnelle du 25 mai 2001 : entre l'appréciation de l'assuré d'une capacité de travail de 0%, de celle du médecin traitant qui la fixe à 50% et de l'appréciation du médecin de l'AI qui considère une activité possible à 100%, la division de réadaptation professionnelle propose un stage au COPAI.
 - Deux rapports médicaux du Dr B_____, médecin traitant, de février et mars 2001 : selon le médecin il pourrait travailler 3 à 4 heures par jour, par exemple comme réceptionniste. Il y a un risque d'absentéisme en raison de son état de santé et du traitement médical. Il pourrait être également contrôleur sur un chantier à raison de 50%. La talonnette vise à compenser un raccourcissement de la jambe gauche dû à une fracture il y a 20 ans.
 - Le rapport du COPAI de décembre 2001: le COPAI constate que le rendement du recourant dépend de l'activité exercée. Durant la première quinzaine de stage en atelier le rendement moyen a été de 65% et durant la deuxième quinzaine de 60%. Lors du stage en entreprise il est relevé un rendement de 40%. Le recourant indiquait cependant à l'issue du stage que le travail ne l'intéressait pas et qu'il n'était pas compatible avec son atteinte. Dans sa synthèse le COPAI conclut à une capacité résiduelle de travail raisonnablement exigible de 65%
-

(soit un rendement de 65% sur un temps plein) dans un emploi pratique léger. Le recourant est décrit comme collaborant et bon élève au début de l'observation. Dans la deuxième quinzaine il est indiqué qu'il ne collabore plus et qu'il contredit tout-à-coup ce qui lui est dit, et qu'il a des attitudes hostiles vis-à-vis du maître. Les domaines d'activités retenues sont : ouvrier d'usine, ouvrier dans le conditionnement, surveillant. Si le COPAI a maintenu son appréciation d'un taux de capacité résiduelle de 65% c'est en tenant compte de l'expérience en entreprise, pondéré pour le peu d'engagement du recourant.

- Une note du Dr A_____ du mois de décembre 2001 qui confirme l'évaluation retenue par le COPAI. Il mentionne que le recourant devrait porter une talonnette de compensation qu'il ne porte pas et qu'il utilise la canne du mauvais côté. Il considère peu vraisemblable que la situation s'améliore dans ces conditions.
 - 8. Vu les certificats médicaux du médecin traitant et la note du Dr A_____, le Tribunal s'est adressé par écrit au Dr B_____ le 2 septembre 2003. Il lui a été demandé quelle était la cause du risque important d'absentéisme et en quoi le traitement médical limitait la capacité de travail. Il a également été instruit sur la question de savoir comment, selon ce médecin traitant, le recourant avait pu suivre le stage complet auprès du COPAI, et ce qu'il en était de la talonnette et de l'utilisation de la canne.
 - 9. Par courrier du 5 décembre 2003, le Dr B_____ répond comme suit : l'état algique et la consommation d'alcool sont des raisons pour un risque important d'absentéisme. Le recourant pourrait améliorer son état en faisant de la physiothérapie, des exercices et suivre une cure de désintoxication. Les stages ont été suivis avec beaucoup de difficulté par le recourant qui devait s'arrêter plusieurs fois dans la journée pour se reposer. La talonnette ne lui convient pas, et il confirme la mauvaise utilisation de la canne par le recourant.
 - 10. Ces documents ayant été transmis aux parties, celles-ci se sont déterminées par écritures des 22 décembre 2003 et 8 janvier 2004. L'OCAI pour sa part relève que la consommation d'alcool à l'origine du risque d'absentéisme ne relève pas de l'AI. S'agissant de la fatigabilité rencontrée par le recourant, le COPAI a tenu compte de son rythme de fonctionnement et de sa fatigabilité et c'est bien pour cette raison que le taux de rendement a été évalué à 65% sur un temps plein. Il persiste dans ses conclusions. Quant au recourant, il confirme également ses précédentes conclusions. Sur quoi la cause a été gardée à juger.
-

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05) a été modifiée et a institué dès le 1er août 2003 un Tribunal cantonal des assurances sociales. Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS et d'AI ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique (cf. article 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.
 2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA : RS 830.1) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine des assurances sociales. 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 postérieur à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1, 121 V 836, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité). Le présent litige sera par conséquent examiné à la lumière des dispositions et de son règlement (ci-après aRAI) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.
 3. Interjeté dans les délais et forme légaux, le recours est recevable (art. 69 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (ci-après aLAI; RS 831.20) et 84 de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (ci-après aLAVS; RS 831.10) en vigueur au 31.12.02.
 4. Aux termes de la loi, l'invalidité est 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. L'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération (art. 4 aLAI).
-

Les assurés invalides ou menacés d'une invalidité imminente ont droit aux mesures de réadaptation qui sont nécessaires et de nature à rétablir leur capacité de gain, à l'améliorer, à la sauvegarder ou à en favoriser l'usage (art. 8 al. 1 aLAI).

Par ailleurs, l'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40% au moins (1/4 de rente) à 50% au moins (1/2 rente) ou 66,2/3 au moins (rente entière) (art. 28 al. 1 aLAI).

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

5. En l'espèce, les mesures de réadaptation n'entrent pas en ligne de compte. Tant les médecins que le COPAI ont constaté que de telles mesures n'étaient pas adaptées, et le recourant lui-même conclut dans le cadre de son recours uniquement à l'octroi d'une rente.

L'état de santé du recourant, qui souffre de lombalgies et de sciatalgies, fait l'objet de constatations unanimes et n'est pas en cause ici. Seule se pose la question de sa capacité de travail résiduelle, et par voie de conséquence de son taux d'invalidité.

- a. S'agissant de la capacité de travail résiduelle le Tribunal constate que c'est à juste titre que l'OCAI s'est référée aux conclusions du COPAI. L'évaluation par le COPAI ayant en effet été ordonnée en raison de l'appréciation différente de l'incapacité de travail entre le recourant, son médecin traitant et le médecin-conseil de l'AI, il s'agissait donc de clarifier cette capacité de travail résiduelle au moyen d'observations concrètes, en atelier et en entreprise. Or, après deux fois deux semaines de stage en atelier et dix jours de stage en entreprise, le COPAI a effectué une synthèse des différentes conclusions. C'est donc en toute connaissance de cause et après avoir pris en compte l'ensemble du dossier, que les examinateurs ont conclu à une capacité résiduelle de 65%, plus exactement à une capacité de travail de 100% avec un rendement de 65%.

Il est donc inexact de dire que le mauvais rendement obtenu en entreprise n'a pas été pris en considération. Cependant, l'attitude du recourant qui, à cette occasion, n'était pas collaborant, a exprimé ne pas aimer cette activité et considéré qu'elle n'était pas adaptée à son état de santé, a justifié le fait que le mauvais rendement obtenu ne soit pas pris comme base pour la décision finale. On peut remarquer par ailleurs que le résultat obtenu pendant la première quinzaine puis dans le

deuxième quinzaine de stage en atelier est très proche puisqu'il est du 60% dans un cas et de 65% dans l'autre. En outre, il est faux de dire également que le COPAI n'a pas tenu compte de la fatigabilité du recourant, puisque bien au contraire c'est en raison de cette fatigabilité, du changement de position fréquent nécessaire, qu'un rendement diminué a été retenu. A cela s'ajoute que le recourant ne semble pas faire tout ce qui est exigible de sa part pour améliorer son état de santé puisque, comme l'a relevé le Dr A _____, et l'a confirmé son médecin traitant le Dr B _____, le recourant devrait faire de la physiothérapie, devrait entreprendre une cure de désintoxication, devrait également porter sa talonnette et utiliser correctement sa canne. Ces éléments sont de nature à diminuer, de façon fautive, sa capacité de travail ou son rendement.

En résumé, on constatera que le COPAI a pris en compte l'ensemble des éléments ressortant du dossier et a correctement évalué les stages effectués par le recourant. Sa constatation ne saurait donc être remise en cause. Il faut constater également qu'elle n'est pas contradictoire avec les conclusions du médecin traitant, qui dans ses deux rapports constate lui-même qu'une capacité de travail de l'ordre de 50% est conservée. Quant au certificat des HUG l'on ne peut se baser sur ce certificat pour remettre en cause les conclusions du médecin traitant et du COPAI. On peut relever également que l'hôpital lui-même se détermine sur une baisse de rendement, ce qui suppose une certaine capacité de travail.

En conclusion c'est à juste titre que l'OCAI s'est fondée sur le résultat du COPAI, soit une capacité résiduelle de travail de 65%.

- b. S'agissant de l'évaluation de l'invalidité au sens de l'art. 28 al. 2 aLAI, le recourant considère qu'une réduction de l'ordre de 25% aurait dû être opérée sur le salaire théorique, en application de la jurisprudence fédérale. Cependant cette façon de voir est erronée. S'il est exact que le Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA) indique qu'il y a lieu de procéder à une réduction sur le salaire théorique, qui n'est pas systématiquement de 25% mais est fonction de différents éléments dont la capacité de rendement, l'âge, la formation et l'état de santé, cette réduction s'applique lorsque le salaire théorique est calculé sur la base de l'enquête sur la structure des salaires (ESS) publiée par l'Office fédéral de la statistique. En effet il s'agit-là de statistiques des salaires bruts standardisés, dont on prend toujours la médiane, qui peut s'avérer plus élevée que des salaires fixés par des conventions collectives de travail. Dans le cas d'espèce l'OCAI s'est fondé sur la convention collective de travail, dont on peut constater qu'elle est plus favorable au recourant que les statistiques susmentionnées.
-

Dans un arrêt du 25 juillet 2003, le TFA a considéré qu'il n'était pas possible de se fonder sur les données des conventions collectives de travail, car le chiffre obtenu ne reposait sur aucune donnée vérifiable, et qu'une simple référence ou renseignement recueilli auprès de la FTMH ne pouvaient suffire.

Dans le cas d'espèce le Tribunal considère que les chiffres retenus par la division de réadaptation professionnelle ressortant de conventions collectives de travail il ne s'agit pas de simples indications téléphoniques données par un syndicat, et que l'on peut s'y fier. Cependant, comme l'OCAI a pris le salaire minimum dû au regard de la convention et que ce salaire est inférieur à ceux publiés par l'enquête économique, il n'y a pas lieu de pratiquer de réduction sur ce salaire théorique.

Enfin, le calcul de l'invalidité du recourant tel qu'opéré par l'OCAI doit être confirmé également. Le recourant obtenant ainsi un taux d'invalidité de 57%, c'est bien à une demi-rente qu'il a droit.

En conclusion le recours ne peut donc qu'être rejeté.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
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 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).

Le greffier :

Pierre RIES

La Présidente :

Isabelle DUBOIS

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