RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1765/2002 **ATAS/1076/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du mardi 21 décembre 2004

En la cause

Monsieur S_____ , comparant par Me Manuel MOURO en l'étude duquel il élit domicile	Recourant
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, rue de Lyon 97 à Genève	Intimé
OFFICE AI POUR LES ASSURES RESIDANT A L'ETRANGER, Av. Edmond-Vaucher 18 à Genève	appelé en cause

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Maya CRAMER, juges.

EN FAIT

1. Monsieur S_____, né en novembre 1947, d'origine portugaise, marié et père de deux enfants, a travaillé en tant que maçon auprès de l'entreprise X_____ SA dès le 22 avril 1986, à raison de 42 heures et demie par semaine. A ce titre, il percevait un salaire horaire de 24 fr. 65 en 1997.

2. Le 10 mars 1998, la doctoresse A_____ de la permanence de Cornavin a diagnostiqué des douleurs cervicales et aux coudes chroniques et a constaté l'incapacité totale de travailler de l'assuré. Un bilan radiologique a montré des troubles statiques et dégénératifs au niveau des coudes ainsi qu'au niveau cervical, une ostéophytose antérieure plus marquée du côté gauche ainsi que la présence de fragments intra-articulaires (ostéochondroses probables).

3. Le 23 mars 1999, l'assuré a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité auprès de l'office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) en sollicitant l'octroi d'une rente.

4. Le 21 juin 1999, la doctoresse A_____ a rédigé un rapport à l'attention de l'OCAI dans lequel elle a notamment diagnostiqué des troubles statiques de la colonne vertébrale, une discarthrose C7-D1 avec ostéophyte, une spondylose étagée lombaire, une sclérose atrophiées du trochiter gauche, une arthrose avec ostéophytose exubérant du coude gauche et une arthrose avec ostéochondromes du coude droit. Elle a relevé que l'état de santé de l'assuré était stationnaire et a joint un rapport du 14 mai 1998 du docteur B_____, spécialiste en médecine interne, expliquant que l'assuré présentait une symptomatologie douloureuse qui justifiait l'arrêt de travail, lequel évoluerait vers une invalidité permanente et définitive dans son métier de maçon. L'incapacité de travail était de 100% dès le 10 mars 1998.

5. Le 31 août 1999, le docteur C_____, chirurgien orthopédique, a également rédigé un rapport à l'attention de l'OCAI dans lequel il a diagnostiqué une arthrose sévère des deux coudes avec limitation fonctionnelle interdisant tout travail manuel, qu'il soit de force ou de précision. Il a expliqué que l'assuré ne pouvait utiliser les deux bras et les mains, ni lever, porter ou déplacer des charges de plus de 2 kilos. Il devait éviter les mouvements répétitifs des membres et du dos ainsi que le travail en hauteur ou avec risque de chute. La capacité de travail résiduelle dans son ancienne activité était inexistante vu l'impossibilité que rencontrait l'assuré à utiliser ses deux mains. Par contre, il existait une capacité de travail résiduelle de 50 à 75 % dans une autre activité adaptée.

6. Dans un rapport intermédiaire du 3 janvier 2001, la doctoresse A_____ a confirmé ses précédents diagnostics. La capacité de travail résiduelle de l'assuré était inexistante dans la profession précédemment exercée, mais demeurait de 50 %

dans une autre profession ne nécessitant pas d'efforts physiques ni la même position en continu. Cette praticienne a relevé que, concernant les capacités professionnelles de l'intéressé, une observation dans un contexte de réinsertion professionnelle était nécessaire.

7. Le 17 décembre 2001, les responsables du Centre d'intégration professionnelle (ci-après le CIP), agissant comme centre d'observation professionnelle de l'assurance-invalidité (ci-après COPAI), ont rédigé un rapport suite au stage effectué par l'assuré du 8 octobre au 2 décembre 2001. Ils ont conclu à une capacité résiduelle de travail de 50 % dans un travail pratique et léger, non répétitif, en position assise avec possibilité d'en changer, tel qu'ouvrier à l'usine, ouvrier à l'établi ou concierge. L'assuré devait limiter les ports de charges, éviter les travaux avec vibrations et ceux impliquant des mouvements répétitifs des membres supérieurs. Les responsables ont souligné que les gestes de l'assuré étaient professionnels, qu'il possédait une bonne maîtrise et précision et qu'il avait une bonne tenue des positions. Le docteur D_____, médecin-conseil du COPAI, a confirmé que la capacité résiduelle de travail de 50 % mise en avant lors du stage paraissait correspondre à la situation clinique de l'assuré.

8. Le 5 février 2002, la division de réadaptation professionnelle de l'OCAI a procédé au calcul du taux d'invalidité de l'intéressé en comparant son précédent revenu, indexé en 2001, avec le revenu qu'il pourrait réaliser en travaillant à 50 % en tant qu'ouvrier à l'usine ou ouvrier à l'établi, donc dans l'industrie manufacturière, en se basant sur le salaire moyen tiré de l'enquête suisse sur les salaires de 2000 (ESS 2000) et en tenant compte d'une réduction de 25 % afin de tenir compte des diverses limitations. Le degré d'invalidité ainsi calculé était de 65 %.

9. Le 4 mars 2002, l'OCAI a transmis à la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la CCGC) un prononcé indiquant les taux d'invalidité de l'assuré calculés par la division de réadaptation professionnelle, soit 100 % dès le 5 février 1999 et de 65 % dès le 1er mai 2001 ainsi que la motivation expliquant les calculs effectués pour fixer les taux.

10. Le 28 mars 2002, la CCGC a transmis le dossier de rente à la caisse suisse de compensation en expliquant que l'épouse de l'assuré revendiquait la rente complémentaire pour épouse et qu'elle était domiciliée au Portugal, raison pour laquelle la caisse suisse de compensation devait procéder aux calculs.

11. Par décision du 31 mai 2002, l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger (ci-après l'OAIE) a octroyé à l'assuré une demi-rente d'invalidité d'un montant de 381 fr. dès le 1er mai 2001 fondée sur un degré d'invalidité de 65 %. Il a joint le prononcé de l'OCAI du 4 mars 2002.

12. Par écriture du 2 juillet 2002, l'assuré a interjeté recours contre cette décision par l'entremise de son conseil en concluant notamment à l'octroi d'une rente entière

ainsi qu'à l'annulation de la décision. Il a également sollicité un délai supplémentaire afin de compléter son recours après avoir pris connaissance de son dossier de l'assurance-invalidité. Le recours a été enregistré sous le numéro de cause A/1765/2002-2-AI.

13. Le 12 août 2002, le recourant a complété son recours en contestant tant le revenu sans invalidité retenu pour le calcul du taux d'invalidité que le revenu d'invalide. En ce qui concerne le revenu sans invalidité, il a souligné que l'OCAI s'était contenté d'un simple téléphone à son ex-employeur pour déterminer son salaire, lequel avait indiqué un salaire correspondant au salaire minimum de la branche alors que le recourant avait travaillé 16 ans dans la même entreprise. Quant au salaire d'invalide, l'OCAI n'avait retenu que le salaire moyen tiré de l'ESS 2000 le moins favorable, soit celui de l'industrie manufacturière d'un montant de 4'618 fr., sans s'interroger sur l'opportunité de retenir d'autres salaires moyens dans d'autres rubriques telles que l'industrie alimentaire et boissons ou celle de la fabrication d'articles en caoutchouc et plastique. Un mode de procéder plus équitable aurait été par exemple de se fonder sur le salaire moyen du secteur de production. Ce caractère aléatoire du choix de la branche d'activité était d'autant moins acceptable que son taux d'invalidité était de 65 % et qu'une différence de salaire même minime pouvait avoir une incidence sur ce taux. En outre, l'OCAI aurait dû retenir les salaires moyens pour un travailleur qualifié et non ceux dans des activités simples et répétitives.

14. Par préavis du 28 novembre 2002, l'OCAI a proposé le rejet du recours en relevant que le calcul du taux d'invalidité tel qu'effectué était parfaitement exact et que les bases sur lesquelles il s'appuyait n'étaient pas critiquables. La division de réadaptation professionnelle avait retenu le salaire moyen de l'industrie manufacturière du fait des emplois proposés par les responsables du stage COPAI tels qu'ouvrier d'usine ou ouvrier à l'établi. Quant au salaire sans invalidité, ce dernier était exact et ne pouvait être remis en question. Au surplus, aurait-il dû retenir un salaire horaire de 26 fr. 90 ainsi que le prétendait le recourant, que le taux d'invalidité serait demeuré de 64,9 %. L'office intimé a encore rappelé la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA) en la matière en insistant sur le caractère mathématique strict du taux d'invalidité, lequel ne pouvait être fixé en faisant preuve de souplesse.

15. Par réplique du 30 janvier 2003, le recourant a persisté dans ses conclusions en insistant sur le caractère arbitraire du calcul du taux d'invalidité effectué. Il a à nouveau expliqué que le salaire sans invalidité ne pouvait pas se baser uniquement sur un téléphone à l'ex-employeur et que ce salaire aurait évolué puisque plus de quatre ans s'étaient écoulés entre son arrêt de travail et l'évaluation du revenu. Il a en outre expliqué qu'un examen plus attentif d'ESS 2000 devait amener le Tribunal de céans à retenir un salaire moyen dans le secteur de la construction selon le barème 1 (travaux les plus exigeants et tâches les plus difficiles) et non plus le

barème 3 ainsi qu'il l'avait d'abord relevé dans son complément au recours. Selon ses propres calculs, son taux d'invalidité s'élevait à 66,68 %, ce qui lui donnait droit à une rente entière.

16. Par duplique du 19 février 2003, l'OCAI a intégralement persisté dans ses conclusions.

17. La cause a été transmise d'office au Tribunal de céans avec effet au 1er août 2003.

18. Par courriers séparés du 18 novembre 2003 adressés à l'OCAI et à l'ex-employeur du recourant, le Tribunal de céans a demandé au premier de lui indiquer la ou les activités concrètes exigibles au vu des conclusions du rapport COPAI et au second de lui communiquer le salaire que le recourant aurait perçu compte tenu de son expérience chez lui et s'il était devenu, par exemple, chef d'équipe.

19. Par courrier du 18 décembre 2003, l'OCAI a répondu qu'il y avait lieu de se référer à la note interne du 25 novembre 2003 établie par sa division de réadaptation professionnelle. Cette dernière relevait que, d'après les renseignements figurant au dossier, le recourant aurait pu reprendre, dès 1999, une activité légère dans le montage de petits éléments de mécanique ou d'électricité, ainsi que dans le soudage de petits éléments de circuits électroniques. Le recourant présentait une habileté manuelle, une capacité à effectuer des travaux moyennement fins avec qualité ainsi qu'une capacité à procéder à des tâches sérielles à condition qu'il y ait aménagement du poste de travail (absence d'utilisation de la force et possibilité d'appuis des coudes). Quant au salaire sans invalidité, il a souligné que le salaire horaire au moment de la survenance de l'invalidité était de 24 fr. 65, ce qui correspondait au salaire de base accordé à un ouvrier de type « A » ayant de l'expérience sur le terrain mais aucune qualification spéciale de maçon (notamment pas de certificat fédéral de capacité). C'était le cas du recourant, qui, par ailleurs, n'aurait jamais pu devenir chef d'équipe, n'en ayant pas les compétences.

20. Par courrier du 9 février 2004, l'entreprise X_____ SA a répondu au Tribunal de céans qu'il était impossible de dire s'il aurait pu y avoir une hausse de salaire individuelle liée à l'amélioration des prestations du recourant, mais que, en tout cas, ce dernier n'aurait pas été promu chef d'équipe, n'en ayant pas les compétences. Il a joint les hausses conventionnelles de salaires dont le recourant aurait bénéficié jusqu'en 2004.

21. Par écriture du 19 mars 2004, le recourant a intégralement persisté dans ses conclusions. Il a souligné que son salaire sans invalidité ne pouvait être fixé en fonction des indications de l'employeur et que seul un recours aux données statistiques permettait de procéder à une comparaison équitable. Les données fournies par l'employeur étaient trop variables pour s'y fier et ne représentaient pas la réalité. A titre exemplatif, ce dernier avait déclaré une augmentation de salaire en 2000 de 0.55 fr. l'heure alors même que la convention collective prévoyait une

augmentation minimale de 0.60 fr. l'heure. Le recourant a ensuite répété qu'il y avait lieu de se baser, pour le calcul du salaire d'invalide, sur la catégorie du tableau prévoyant les travaux les plus exigeants et les tâches les plus difficiles et non pas sur les connaissances professionnelles spécialisées dès lors que le recourant avait eu une activité de maçon. Selon ses calculs, son degré d'invalidité s'élevait à 66,8 %. Ce dernier a également relevé que le type de travail demandant une capacité à effectuer des travaux moyennement fins mise en évidence par l'OCAI était généralement réservé à des femmes dont la dextérité pour les menus travaux manuels était supérieure. Le recourant a finalement souligné que l'OCAI n'avait manifestement pas pris connaissance de ses écritures en indiquant avoir pris note que le recourant ne contestait pas le revenu d'invalide, ce qui ne correspondait pas à la réalité.

22. Par ordonnance du 5 mai 2004, le Tribunal de céans a prononcé l'appel en cause de l'OAIE et ordonné la comparution de l'OCAI, de l'OAIE et du mandataire du recourant aux fins de clarification dès lors que le recours était dirigé contre une décision du 31 mai 2002 de l'OAIE, le recourant étant cependant domicilié en Suisse. L'audience a été fixée au 8 juin 2004.

23. Par courrier du 25 mai 2004, l'OCAI a informé le Tribunal de céans qu'il ne se présenterait pas à l'audience appointée tout en le priant de l'excuser. Il souhaitait toutefois obtenir un procès-verbal d'audience afin de communiquer ses éventuelles observations par écrit.

24. Par courrier du 4 juin 2004, l'OAIE a également répondu au Tribunal de céans qu'il ne se présenterait pas à l'audience dans la mesure où le seul point litigieux du recours relevant de sa compétence, à savoir le calcul des rentes en tenant compte des années de cotisations réalisées au Portugal, avait été rectifié par deux nouvelles décisions du 31 janvier et du 19 septembre 2003. Ces deux décisions prenaient en compte les périodes de cotisations réalisées au Portugal.

25. Lors de la comparution personnelle des mandataires du 8 juin 2004, le conseil du recourant a produit un décompte de salaire de l'entreprise X_____ SA de décembre 1997 duquel il ressortait qu'une indemnité de repas et déplacements de 86 fr. avait été payée pour une semaine de travail. Il a expliqué que, l'entreprise ayant déjà varié dans ses déclarations, il souhaitait que la question des gains du recourant soit élucidée, raison pour laquelle il écrirait à l'entreprise. Il a également sollicité la reconvocation des parties et a pris note du fait que l'OAIE était convoquée non concernant la période de cotisations portugaises mais en raison du fait qu'il avait rendu une décision alors que son client habitait en Suisse au moment de la décision.

26. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 6 juillet 2004, l'OAIE a reconnu que la décision litigieuse n'aurait pas dû émaner de son office vu le

domicile en Suisse du recourant et qu'elle était de ce fait nulle ou annulable. Il a produit copie des décisions rendues par l'OCAI le 31 janvier 2003, portant sur les mêmes périodes de rentes que la décision contestée et qui avaient été adressées directement au recourant. Quant à l'OCAI, il a reconnu que ses décisions du 31 janvier 2003 n'avaient pas respecté l'élection de domicile du recourant. Le recourant a expliqué qu'il ferait succinctement opposition contre ces décisions, le cas échéant recours et que, dans cette hypothèse, il souhaitait que les affaires soient jointes. Il a relevé que c'était toujours l'OCAI qui s'était déterminé sur le fond du litige. Il a encore sollicité l'instruction par le Tribunal de céans auprès de l'ex-employeur dès lors que ce dernier n'avait pas répondu à son courrier envoyé le 16 juin 2004. Le Tribunal a fait droit à sa requête et a fixé un délai à fin septembre en vue de la jonction du recours en précisant qu'un court délai serait accordé aux parties pour écriture complémentaire, puis que la cause serait gardée à juger.

27. Le 14 juillet 2004, sur requête du Tribunal de céans du 7 juillet 2004, l'ex-employeur du recourant lui a transmis les certificats de salaire de l'assuré pour les années 1996 et 1997 ainsi qu'un extrait de son compte individuel pour 1997. En ce qui concernait les indemnités de repas, de transport et d'éloignement, il a expliqué que le recourant, de par son activité de maçon, avait relevé de la convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse et de la convention collective de travail du secteur principal de la construction du canton de Genève (ci-après CCT). L'art. 24 de la CCT prévoyait l'octroi de tel les indemnités en fonction de trois zones urbaines et, en décembre 1997, le recourant avait travaillé sur un chantier situé en zone II, raison pour laquelle il avait touché l'indemnité y relative de 21 fr. 50 par jour de travail. Selon l'entreprise, les indemnités n'étaient pas considérées comme salaire déterminant AVS et n'étaient par conséquent pas soumises aux charges sociales ni à l'impôt sur le revenu. Par ailleurs, elles n'étaient allouées que pour les jours réellement travaillés, ce qui excluait les absences de tout ordre, tel que jours fériés, vacances, maladie etc.

28. Par courrier du 14 juillet 2004, le recourant a formé opposition à l'encontre des décisions du 31 janvier 2003 rendue par l'OCAI, qui lui avaient été énumérée en audience. Il a notamment contesté le salaire sans invalidité retenu en relevant qu'il y avait lieu de prendre en compte les indemnités qu'il avait perçues en 1997, couvrant les repas, le transport et une indemnité pour éloignement.

29. Le 26 juillet 2004, le recourant a relevé que les indemnités accordées régulièrement pour le déplacement du domicile au lieu de travail habituel et pour les repas courants faisaient partie du salaire déterminant et étaient soumises à cotisations. Au vu du montant des indemnités versé et de leur caractère régulier, il apparaissait que ces versements étaient bien la règle et non l'exception, si bien qu'il était incontestable qu'ils constituaient un élément du revenu à prendre en considération. Le recourant a insisté pour que ses comptes individuels 1996 et début 1997 soient versés à la procédure. Il a souligné que, vu les difficultés rencontrées pour cerner le

revenu de l'assuré sans invalidité, la méthode d'un simple appel téléphonique à l'ex-employeur était cavalière.

30. Par décision sur opposition du 30 août 2004, l'OCAI a rejeté l'opposition formée le 14 juillet 2004, confirmé ses décisions du 31 janvier 2003 et constaté que l'assuré pouvait prétendre à un trois quarts de rente d'invalidité dès le 1er janvier 2004, compte tenu de la modification législative survenue à cette date. Il a émis des doutes quant à la non-validité de ses décisions du 31 janvier 2003 malgré le vice de forme constaté en relevant qu'une rectification immédiate n'avait pas été jugée nécessaire ni par le Tribunal, ni par l'OAIE, ni par le recourant lui-même, vu l'avancement de la procédure et le fait que c'était toujours l'OCAI qui avait répondu sur le fond du litige. Sur le fond, l'OCAI a expliqué que, après un examen attentif et approfondi des documents complémentaires fournis par l'ex-employeur en cours de procédure, le recourant avait concrètement touché un salaire brut de 60'350 fr. 55 en 1997. Ce salaire comprenait les heures supplémentaires, les indemnités de repas, de transport et d'éloignement, les frais kilométriques, le 13ème salaire et les indemnités de vacances de 6'304 fr. versées par la caisse de compensation du bâtiment. En indexant ce salaire à l'année 1999, le salaire sans invalidité s'élevait ainsi à 60'915 fr. Après abattement de 25 %, la comparaison des revenus avait permis de fixer un degré d'invalidité de 65,4 %, insuffisant pour ouvrir le droit à une rente entière de l'assurance-invalidité. Les décisions d'octroi des demi-rentes étaient dès lors pleinement justifiées sur le fond.

31. Par écriture du 1er octobre 2004, l'assuré a interjeté recours à l'encontre de cette décision en concluant, préalablement, à la convocation de son ex-employeur et, principalement, à l'annulation de la décision rendue le 31 mai 2002 par l'OAIE, à l'annulation des quatre décisions du 31 janvier 2003 rendues par l'OCAI, à l'octroi d'une rente entière et à la condamnation de l'OCAI à verser une équitable indemnité à titre de participation aux honoraires de son conseil et à sa distraction. Le recourant a tout d'abord relevé que les décisions émanant de l'OAIE étaient toutes nulles ou annulables au motif que son domicile avait toujours été à Genève. Par ailleurs, les décisions rendues par l'OCAI le 31 janvier 2003 n'avaient pas respecté l'élection de domicile faite en l'étude de son conseil, si bien qu'elles n'avaient pas été valablement notifiées. Sur le fond, il a souligné que le mode de fixation du revenu sans invalidité tel qu'il ressortait des différentes décisions n'était pas clair et que tous les spécialistes appelés à se déterminer avaient obtenu un degré d'invalidité différent. Il a expliqué que, pour le revenu sans invalidité, il y avait lieu de prendre en compte un revenu de 62'901 fr. 65 en 1997 (50'636 fr. 55 + 3'398 fr. d'indemnités de panier + 2'563 fr. 10 d'indemnités journalières versées par la GENEVOISE ASSURANCE + 6'304 fr. d'indemnités de vacances). Réactualisé à 1999, le revenu sans invalidité s'élevait à 63'489 fr. 90, ce qui permettait de fixer le degré d'invalidité à 66,8 % après comparaison avec un revenu d'invalide de 21'062 fr. Le recourant a encore relevé qu'il ne comprenait pas pourquoi la comparaison des revenus s'était opérée sur les revenus de 1999 et non de 2002 et a repris ses

calculs avec des revenus de cette dernière année. Le Tribunal de céans a enregistré le recours sous le numéro de cause A/2064/2004-2-AI.

32. Par ordonnance du 7 octobre 2004, le Tribunal de céans a ordonné la jonction des causes A/1765/2002-2-AI et A/2064/2004-2-AI sous cause A/1765/2002-2-AI, transmis copie du recours du 1er octobre 2004 à l'OCAI, l'a invité à répondre d'ici au 5 novembre 2004, en particulier sur le calcul de revenu sans invalidité, et a réservé la suite de la procédure.

33. Dans sa réponse du 4 novembre 2004, l'OCAI a persisté dans ses conclusions en reconnaissant que la note du 30 août 2004 de sa division de réadaptation professionnelle contenait une divergence d'appréciation quant à la fixation des salaires par rapport aux précédentes évaluations. Il a expliqué que les précédents rapports de la division de réadaptation professionnelle des 5 février 2002 et 25 novembre 2003 étaient erronés car ils retenaient une année de référence erronée pour la comparaison des gains, raison pour laquelle ces inadvertances avaient été corrigées par la suite. L'OCAI a rappelé au recourant que, conformément à la jurisprudence, étaient déterminants pour procéder à la comparaison des revenus les rapports existants au moment du début du droit à la rente, soit, en l'occurrence, l'année 1999. L'OCAI a par ailleurs maintenu que le dernier salaire perçu par l'assuré en 1997 était de 60'350 fr. 55 et de 60'915 fr. après réactualisation en 1999. Il n'y avait pas lieu de rajouter au salaire sans invalidité les prestations d'assurances versées par la GENEVOISE ASSURANCE.

34. Par pli du 10 novembre 2004, ces écritures ont été transmises au recourant et les parties informées que la cause était gardée 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. Conformément à l'art. 3 al. 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'assurance-invalidité ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique, sur les contestations

en matière d'assurance-invalidité notamment (cf. art. 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

3. La 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 revanche, en ce qui concerne la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). C'est pourquoi les procédures introduites après le 1er janvier 2003 devant un tribunal cantonal compétent en matière d'assurances sociales sont régies par les nouvelles règles de procédure contenues dans la LPGA et par les dispositions de procédure contenues dans les différentes lois spéciales modifiées par la LPGA.

4. En ce qui concerne le recours déposé le 2 juillet 2002 à l'encontre de la décision du 31 mai 2002 de l'OAIE, l'écriture est recevable conformément aux art. 69 LAI et 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS) alors applicables.

   Cependant, la question se pose de savoir si la décision du 31 mai 2002 émanant de l'OAIE est valable dès lors que l'assuré résidait à ce moment-là, et réside toujours, en Suisse.

   Selon l'art. 55 LAI, l'office de l'assurance-invalidité (office AI) compétent est, en règle générale, celui du canton dans lequel l'assuré est domicilié au moment où il exerce son droit aux prestations. Le Conseil fédéral règle la compétence dans les cas spéciaux. L'art. 40 al. 1 let. a RAI précise qu'est compétent pour enregistrer et examiner les demandes l'office AI dans le secteur d'activité duquel les assurés sont domiciliés. L'office AI compétent lors de l'enregistrement de la demande le demeure durant toute la procédure (art. 40 al. 3 RAI).

   En l'espèce, la décision émane de l'OAIE alors que l'assuré est domicilié à Genève, ce que l'office intimé n'ignorait pas dès lors qu'elle a fait parvenir sa décision au domicile du recourant à Genève. Il apparaît ainsi que c'est par erreur que l'OAIE a pris la décision du 31 mai 2002 ainsi qu'il l'a lui-même reconnu en audience de comparution personnelles des parties le 6 juillet 2004. Or, une décision rendue par un organe incompétent est soit nulle, soit annulable. La nullité sera retenue en cas d'incompétence fonctionnelle ou matérielle et dans les cas où l'importance déterminante de la violation de la loi l'emporte sur le principe de la sécurité du droit attaché au maintien des actes ayant précédé la décision contestée (M. IMBODEN/ R. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bâle,

1976, pp. 242-243). En cas de doute entre l'annulabilité et la nullité l'autorité choisira l'annulabilité. En conséquence il y a lieu d'annuler la décision du 31 mai 2002 émanant de l'OAIE (cf. ATAS N° 367/2004 du 19 mai 2004). Par conséquent, le recours du 2 juillet 2002 devient sans objet.

5. Le recours déposé le 1er octobre 2004 à l'encontre de la décision sur opposition de l'OCAI du 30 août 2004 notifiée le 1er septembre 2004 est recevable (art. 56, 59 et 60 LPGA).

6. Le litige porte sur le calcul du taux d'invalidité du recourant. La capacité résiduelle de travail du recourant n'est en l'espèce pas contestée, l'OCAI et le recourant se fondant sur la capacité résiduelle de travail de 50 % mise en évidence dans le rapport COPAI du 17 décembre 2001.

7. Sur le fond, le Tribunal de céans relève que, la décision sur opposition litigieuse ayant été rendue en date du 30 août 2004 mais statuant sur un état de fait juridiquement déterminant remontant à 2002, le présent litige sera examiné à la lumière des dispositions de la LAI et de son règlement en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002. Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

8. a) L'art.4 al. 1 LAI stipule que 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. 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. Pour qu'une invalidité soit reconnue, il est nécessaire, dans chaque cas, qu'un diagnostic médical pertinent soit posé par un spécialiste et que soit mise en évidence une diminution importante de la capacité de travail (et de gain) (ATF 127 V 299).

   L'art. 28 al.1 LAI prévoit que l'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40 pour cent au moins. La rente est d'un quart si l'assuré présente une invalidité de 40 pour cent, d'une demie pour une invalidité de 50 pour cent au moins et entière dès 66 2/3 % au moins d'invalidité. Depuis le 1er janvier 2004 cependant, un trois-quart de rente est dû dès 60 % d'invalidité (nouvel art. 28 al. 1 LAI). Chez les assurés actifs, le degré d'invalidité doit être déterminé sur la base d'une comparaison des revenus. Pour cela, le revenu du travail que l'invalide 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, est comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide (art. 28 al 2 LAI). 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 128 V 30 consid. 1, 104 V 136 consid. 2a et 2b).

Sont déterminants, lors de la comparaison des revenus au sens de l'article 28 alinéa 2 LAI, les rapports existant au moment de l'ouverture du droit à une éventuelle rente, ainsi que les modifications significatives des données hypothétiques déterminantes survenues jusqu'au moment de la décision qui ont des conséquences sur le droit à la rente (ATF 128 V 174; ATFA non publié du 18 octobre 2002 en la cause I 761/01, ATFA non publié du 22 août 2002 en la cause I 440/01). Le revenu sans invalidité se détermine en général d'après le dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à sa santé (RCC 1991 p. 332).

Pour chiffrer le revenu d'invalide, on peut se référer, selon la jurisprudence, à ce que l'on appelle des tableaux de salaires. Cette possibilité est retenue en particulier lorsque l'assuré n'a repris, après la survenance de l'atteinte à la santé, aucune activité lucrative du tout ou aucune activité lucrative pouvant être raisonnablement attendue de lui (ATF 124 V 322 ; VSI 2000 p. 85). A cet égard, les statistiques de l'Office fédéral de la statistique, qui distinguent les salaires selon le niveau de qualification, le domaine d'activité et le sexe, constituent une source d'information fiable. On se réfèrera alors à la statistique des salaires bruts standardisés en se fondant toujours sur la médiane ou la valeur centrale (ATF 125 V 32 ; pratique VSI 1999 page 182).

Pour les barèmes, on tiendra néanmoins compte du fait que certains empêchements propres à la personne de l'invalide exigent que l'on réduise le montant des salaires ressortant des statistiques. Toutefois, de telles déductions ne doivent pas être effectuées de manière schématique, mais tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier, cela dans le but de déterminer, à partir de données statistiques, un revenu d'invalide qui représente au mieux la mise en valeur économique exigible des activités compatibles avec la capacité de travail résiduelle de l'intéressé. Une déduction 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 déductions 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'invalide, 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 ; ATFA non publié du 10 juillet 2003 en la cause I 148/03).

b) En premier lieu, il sied de relever que, contrairement aux calculs effectués par le recourant, la fixation du taux d'invalidité s'effectue en fonction des rapports existants au moment de l'ouverture du droit à une éventuelle rente, et non en fonction de ceux existants au moment de la décision ainsi qu'il l'a été rappelé dans la jurisprudence susmentionnée. Il convenait dès lors de tenir compte des rapports existants en 1999, date de l'ouverture du droit à la rente.

En ce qui concerne le salaire sans invalidité, le salaire retenu par l'office intimé ne prête pas le flanc à la critique. S'il est vrai qu'un simple appel téléphonique à l'ex-employeur ne suffisait manifestement pas à établir avec précision le revenu réalisé sans invalidité, l'OCAI a ensuite tenu compte des différents documents produits en cours de procédure. Ainsi, selon le compte individuel du recourant pour l'année 1997 ainsi que le certificat de salaire pour la même année, documents produits par l'ex-employeur par courrier du 14 juillet 2004, le dernier salaire de l'assuré s'élevait en 1997 à 60'350 fr. 55, soit 54'046 fr. 55 de salaire brut (cf. extrait du compte individuel 1997) plus une indemnité de vacances de 6'304 fr. versée par la caisse de compensation du bâtiment (cf. extrait du compte individuel -CI-, pièce 1, fourre 5 OCAI). Il y a lieu de relever que le montant retenu de 54'046 fr. 55 de salaire brut comprend les indemnités de panier, ainsi que les indemnités pour heures fériées, heures supplémentaires, absences justifiées, indemnité voiture et 13ème salaire (cf. extrait du compte individuel 1997). Contrairement à ce qu'affirme le recourant, ces données sont fiables et reflètent parfaitement le revenu sans invalidité qu'il aurait obtenu en 1999 s'il n'était pas devenu invalide. Par ailleurs, il sied de relever que l'entreprise X_____ SA a précisé dans son courrier du 9 février 2004 que l'assuré n'aurait jamais occupé un poste de chef d'équipe, n'en ayant pas les compétences, ce qui permet de conclure avec vraisemblance que le salaire du recourant n'aurait pas fondamentalement varié avec le temps, hormis les augmentations usuelles dans la branche.

Le Tribunal relèvera par ailleurs que, conformément à ce qu'a indiqué l'OCAI, le montant de 2'563 fr. 10 versé par la GENEVOISE ASSURANCE dans le courant de l'année 1997 n'a pas à être pris en compte. En effet, le salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS ne comprend pas seulement la rémunération pour du travail fourni pour un temps déterminé ou indéterminé mais aussi, notamment, diverses allocations liées économiquement au rapport de travail (cf. art. 7 RAVS). En font partie les prestations que l'employeur continue à verser à titre de rémunération partielle ou intégrale pour compenser les pertes de salaire en cas de maladie ou d'accident (art. 7 let. m RAVS). Savoir si ces versements sont effectués en vertu de la loi, du contrat ou à titre purement volontaire est sans incidence au regard de l'AVS (Hanspeter KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2ème éd., 1996, p. 148 ch. 4.106). Est en revanche décisif le point de savoir si ce versement est le fait de l'employeur seul ou s'il s'agit de prestations de tiers (compagnie d'assurance, caisse-maladie ou accidents). Dans le revenu provenant d'une activité lucrative ne sont pas comprises les prestations

d'assurance en cas d'accident, de maladie ou d'invalidité, à l'exception des indemnités journalières selon l'art. 25ter LAI (art. 6 al. 2 let. b RAVS ATFA non publié du 22 septembre 2000 en la cause I 332/00 et les arrêts cités).

Ainsi, le salaire sans invalidité, réactualisé pour 1999, s'éleve à 60'914 fr. 90.

Quant au salaire d'invalide, on relèvera tout d'abord que le tableau statistique à prendre en compte pour les calculs n'est pas celui d'ESS 2000, mais d'ESS 1998 conformément à ce qui a déjà été rappelé. Force est ensuite de constater que les critiques émises par le recourant ne sont pas dénuées de pertinence. En effet, retenir le salaire moyen qu'il est possible d'obtenir dans l'industrie manufacturière afin d'effectuer la comparaison des revenus ne semble pas adéquat vu les limitations présentées par le recourant. A cet égard, le rapport du COPAI du 17 décembre 2001 a indiqué que l'assuré était habile de ses mains, qu'il était particulièrement à l'aise dans les travaux légers et moyennement fins et qu'il pouvait être précis. Il a cependant également expliqué qu'il devait travailler dans une activité professionnelle exempte de vibrations, sans mouvements répétitifs avec les membres supérieurs et en limitant le port de charge (cf. rapport p. 5-6). Les responsables ont ajouté qu'il pouvait travailler en tant qu'ouvrier à l'usine, ouvrier à l'établi ou concierge. Lors du stage en entreprise, il a encore été relevé que les aptitudes physiques de l'assuré étaient plutôt moyennes car, bien que le poste fût adapté, la force était insuffisante. Par contre, la dextérité et la précision demeuraient bonnes (cf. rapport, p. 13). Au vu de ces explications, il conviendrait plutôt pour le recourant de travailler dans un autre domaine que l'industrie manufacturière, ce domaine présentant des travaux en usine très répétitifs ne semblant pas convenir à son état de santé. En suivant l'avis des responsables du COPAI, le Tribunal de céans estime que le recourant pourrait travailler dans le secteur des services, par exemple dans le domaine « assainissement, voirie », ce dernier se révélant proche de la conciergerie. Un poste dans le domaine de la fabrication d'équipements électriques et la mécanique de précision serait aussi envisageable, l'OCAI ayant souligné dans son courrier du 18 décembre 2003 que le recourant pourrait travailler dans une activité légère dans le montage de petits éléments de mécanique ou d'électricité ainsi que dans le soudage de petits éléments de circuits électroniques.

Cela étant, le salaire auquel pouvaient prétendre les hommes dans les secteurs privé et public dans l'assainissement et la voirie en 1998 était de 4'395 fr. par mois compte tenu d'un horaire de travail de 40 heures par semaine (ESS 1998 p.19, TA3, niveau de qualification 4). Il doit ensuite être porté à 4'604 fr. (soit 4'395 : 40 x 41,9), soit 55'245 fr. par an, dès lors que la moyenne usuelle de travail dans les entreprises en 1998 était de 41,9 heures (La Vie économique 12/2002 p. 88, tableau B 9.2). Indexé pour 1999 en tenant compte des indices nominaux par catégorie absolue de travailleurs, ce revenu est de 55'335 fr. (1835 : 1832 x 55'245 fr.). Compte tenu d'une capacité résiduelle de travail de 50 %, il est de 27'668 fr. A cela s'ajoute encore une réduction de 25 % vu les limitations présentées par le recourant

(âge, limitations importantes au niveau des mains et des membres supérieurs, manque de force, travail dans une activité légère, méconnaissance de la branche).

Ainsi calculé, le revenu d'invalide est de 20’751 fr. et la comparaison avec le revenu sans invalidité de 60'914 fr. 90 conduit à un taux d'invalidité de **65,9 %.**

Par ailleurs, le taux d’invalidité résultant de la comparaison entre le revenu sans invalidité et un revenu d’invalide de 20'595 fr. (revenu d’invalide calculé à partir d’un revenu mensuel de 4'362 fr. dans le domaine de la fabrication d’équipements électriques et de mécanique de précision, ESS 1998 p.19, TA3, niveau de qualification 4, cf. calculs ci-dessus) serait de **66,19 %.**

9. Ces taux d’invalidité ouvrent le droit à une demi-rente d’invalidité et non à une rente entière.

   Au vu de ces éléments, le recours sera rejeté et la décision sur opposition de l’OCAI du 30 août 2004 confirmée. Il sera cependant constaté que le recourant a droit à 3/4 de rente dès le 1er janvier 2004.

*****

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

(statuant conformément à la disposition transitoire de l’art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Dit que les recours sont recevables.

Au fond :

2. Annule la décision du 31 mai 2002 émanant de l’office de l’assurance-invalidité pour les résidants à l’étranger.

3. Constate que le recours du 2 juillet 2002 est devenu sans objet.

4. Rejette le recours interjeté le 1er octobre 2004.

5. Confirme la décision sur opposition de l’OCAI du 30 août 2004.

6. Dit que le recourant a droit à un ¾ de rente dès le 1er janvier 2004.

7. Dit que la procédure est gratuite.

8. 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 :

Pierre RIES Isabelle DUBOIS

La secrétaire-juriste :

Flore PRIMAULT

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