

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1773/2002-2-AI

ATAS/482/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

2ème chambre

du mardi 22 juin 2004

En la cause

Monsieur R_____, comparant par Me Maurizio LOCCIOLA,
avocat, en l'Etude duquel il élit domicile,

recourant

contre

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

intimé

**Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Juliana
BALDE, juges.**

EN FAIT

1. Monsieur R_____ (ci-après le recourant), né en 1954 est chauffeur de taxi indépendant. Il souffre depuis 1994 d'une limitation de l'utilisation du membre supérieur droit et de douleurs.
2. Il a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité au mois de juillet 1997 visant l'octroi d'une rente.
3. Selon les documents médicaux au dossier, sa capacité de travail a varié entre 0 et 50% selon les périodes. Le COPAI, mandaté pour l'évaluation des capacités professionnelles du recourant, a rendu son rapport au mois de juin 2001. Selon les experts, la capacité résiduelle de travail du recourant est évaluée à 50%, soit un rendement exigible de 50% sur un plein temps dans les métiers suivants : chauffeur de taxi, chauffeur livreur (léger), ouvrier d'usine/servant de machines.
4. Selon le rapport de la division de réadaptation professionnelle du 25 septembre 2001, d'une part le recourant est capable d'exercer une activité plus légère, à raison de 50%, sans qu'il soit nécessaire de le réadapter professionnellement, d'autre part, il n'y a aucune perte de gain si l'on compare les revenus avant invalidité dans son activité de chauffeur de taxi aux revenus exigibles selon les ESS 1996 secteur 2 production, industrie manufacturière, activités simples, à 50%, y compris une réduction maximale de 25%.
5. Par décision du 18 février 2002, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) a accordé une rente entière d'invalidité au recourant sur la base d'un taux d'invalidité de 100%, du 1er octobre 1996 au 31 août 2001.
6. Dans son recours du 22 mars 2002, le recourant conteste être capable de travailler comme ouvrier d'usine/servant de machines à raison de 50%, la seule activité possible selon lui est chauffeur de taxi à mi-temps. Il conclut à l'annulation de la décision, l'octroi d'une rente entière jusqu'au 31 août 2001 puis d'une demi-rente dès le 1er septembre 2001, ainsi qu'à l'octroi de dépens. Il sollicite l'audition du Dr A_____.
7. Dans son préavis du 8 juillet 2002, l'OCAI conclut au rejet du recours au vu de l'évaluation faite par le centre d'intégration professionnelle.
8. Dans sa réplique du 23 août 2002, le recourant reprend son argumentation.
9. En date du 11 février 2003, le recourant a produit un courrier complété d'un certificat du Dr A_____, faisant état d'une nette aggravation de son état de santé.

10. Le dossier a été transféré au Tribunal de céans au 1er août 2003, vu la modification de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire, instituant un Tribunal cantonal des assurances sociales.

11. Le Tribunal a ordonné l'audition des parties ainsi que celle du Dr A_____.

Lors de son audition du 25 novembre 2003, celui-ci a rappelé les lésions dont souffre le recourant et précisé que tout travail qui nécessite de lever les bras en particulier au-dessus de l'horizontale est difficile de même que le fait de soulever les bras par rapport à la position assise à une table. L'activité d'ouvrier d'usine lui paraissait inadaptée en raison des gestes répétitifs que cela implique, et il est rare qu'un ouvrier d'usine puisse travailler avec les bras totalement en appui, à quoi s'ajoute la cadence de ce métier. Le médecin s'est également déterminé par rapport à la profession de chauffeur de taxi. Ses propos seront repris en tant que de besoin ultérieurement.

Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 25 novembre 2003, il a été décidé que l'OCAI soumettrait à nouveau le dossier à son service de réadaptation professionnelle, avec le procès-verbal d'enquêtes.

12. En date du 12 décembre 2003, le CIP a fait part de sa détermination. Il rappelle que la conclusion finale, déterminant à 50% la capacité de rendement du recourant, tient compte des limitations présentées par l'assuré. Les postes suivants étaient indiqués :

- Contrôleur visuel et dimensionnel dans le secteur de la micromécanique : activité qui s'exerce en position assise face à un établi, les mouvements réalisés s'effectuent près du corps avec une amplitude très réduite, il n'y a pas de mouvement en élévation et l'ouvrier a la possibilité de maintenir les avants-bras en appui:
- Ouvrier dans le conditionnement léger : le travail est effectué soit en position assise soit en position debout, les bras peuvent donc être tenus vers le bas. Le CIP précisait les entreprises existantes dans le canton de Genève, proposant de tels postes.

13. Une nouvelle comparution personnelle des parties s'est tenue en date du 21 janvier 2004, à l'issue de laquelle un délai a été accordé au recourant pour de nouvelles écritures, ensuite de quoi la cause serait gardée à juger.

14. Par écritures du 1er mars 2004, le recourant a repris ses conclusions. Il précise que la profession de chauffeur de taxi est la seule activité possible pour lui, car il peut organiser son temps de travail en fonction de son état de santé. Il conteste que les activités proposées soient adaptées. Il conteste également que l'OCAI ait démontré qu'il existerait un éventail diversifié d'offres d'emplois. Il conteste, enfin, avoir la formation professionnelle ou l'expérience nécessaire à ce type d'emplois.

15. Ces écritures ont été transmises à l'OCAI et la cause gardée à juger.
16. Par courrier du 8 avril 2004, le Tribunal a informé le recourant qu'il envisageait de réformer la décision à son détriment. Un délai pour se déterminer ou pour retirer son recours lui a été accordé au 30 avril.
17. Par courrier du 19 mai 2004, transmis à l'OCAI le 26 mai, le recourant a indiqué maintenir son recours, pour les motifs développés dans ses précédentes écritures.

EN DROIT

1. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.

- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1^{er}

août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à

remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc... qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts...). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1^{er} janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05) a été modifiée et a institué dès le 1^{er} 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.

3. 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 de la loi sur l'assurance-invalidité (ci-après LAI) et de son règlement (ci-après RAI) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.
4. Interjeté dans les délais et forme légaux, le recours est recevable (art. 69 LAI; RS 831.20) et 84 de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (ci-après LAVS; RS 831.10) en vigueur au 31.12.02.
5. Selon l'art. 4 LAI, 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. 28 al. 1 LAI, l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 66 2/3 % 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 ; dans les cas pénibles, l'assuré peut, d'après l'art. 28 al. 1bis LAI, prétendre une demi-rente s'il est invalide à 40 % au moins.

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 qu'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 générale, 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; ATF 104 V 136 consid. 2a et 2b). Pour évaluer le gain d'invalide, il y a lieu, conformément à une jurisprudence bien établie, de se référer aux données statistiques (Enquête suisse sur la structure des salaires [ESS]) lorsque, comme en l'espèce, l'assuré n'a pas repris d'activité lucrative (ATF 126 V 76 s. consid. 3b/aa et bb; VSI 2002 p. 68 consid. 3b). Lorsque le revenu d'invalide est évalué sur la base des statistiques sur les salaires moyens, certains empêchements propres à la personne de l'invalide (limitations liées au handicap, âge, années de service, nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation) exigent que l'on réduise le montant des salaires ainsi obtenus (ATF

126 V 79 s. consid. 5b/aa). De telles réductions ne doivent pas être effectuées de manière schématique, mais doivent tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier, et cela dans le but de déterminer, à partir de données statistiques, un revenu d'invalidé qui représente au mieux la mise en valeur économique exigible des activités compatibles avec la capacité de travail résiduelle de l'intéressé (ATF 126 V 80 consid. 5b/bb). Une déduction globale maximum de 25 % sur le salaire statistique permet de tenir compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative (ATF 126 V 80 consid. 5b/cc; VSI 2002 p. 64).

6. En l'espèce le litige porte exclusivement sur le calcul du taux de l'invalidité, soit sur la comparaison des revenus. En effet, il est établi et non contesté que la capacité résiduelle de travail est de 50%. Le recourant, cependant, considère que seule l'activité de chauffeur de taxi est exigible de lui, de sorte qu'une demi-rente doit lui être accordée depuis le 1^{er} septembre 2001. L'OCAI, pour sa part, constate l'absence de toute perte de gain vu l'activité d'usine possible et les revenus qui en découleraient, toutes déductions faites. Il a cependant octroyé une rente entière au recourant entre le 1^{er} octobre 1996 et le 31 août 2001.

Force est de constater que les calculs effectués par l'OCAI, soit pour lui la division de réadaptation professionnelle, à l'issue du stage du COPAI sont exacts. D'une part, l'instruction de la cause a montré que si certains mouvements ne pouvaient être effectués par le recourant, certaines activités étaient compatibles avec son état de santé, et existaient concrètement dans certaines usines du canton. D'autre part, le fait que l'état de santé du recourant exige qu'il puisse faire des pauses, et donc entraînerait une baisse de rendement, est pris en compte par le biais de la réduction maximum opérée par l'OCAI, soit 25%. A noter que selon les propos même du Dr A _____ la profession de chauffeur de taxi n'est pas si adaptée que cela puisque le port des valises et la fermeture des portes peuvent poser problème, alors que le respect d'un horaire n'en est pas un.

Il résulte des calculs effectués qu'en raison des faibles revenus provenant de son activité de chauffeur de taxi le recourant n'a aucune perte de gain, et donc aucun droit à la rente. Il apparaît que la rente entière a manifestement été accordée par l'OCAI jusqu'à l'obtention du rapport du COPAI, mais sans que cela se justifie sur le plan du calcul de l'invalidité. La décision dont est recours doit en conséquence être réformée au détriment du recourant, en ce sens qu'aucune rente n'est due. L'art. 89E LOJ permet, en effet, la reformatio in pejus, après que le recourant ait été invité à se déterminer. La procédure a été respectée en l'espèce. Le recourant ayant expressément maintenu son recours, la décision doit être réformée à son détriment.

A noter que l'aggravation de l'état de santé peut faire l'objet d'une procédure en révision, mais ne peut être prise en compte ici.

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

Statuant :

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

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Réforme la décision dont est recours dans le sens où le recourant n'a droit à aucune rente d'invalidité.
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 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:

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