RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1820/2003** **ATAS/310/2004**

# ARRÊT

# DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

## du 4 mai 2004

## 6ème Chambre

En la cause

**Monsieur R_____,** comparant par Maître Daniel RICHARD, en l'étude duquel il fait élection de domicile — recourant

contre

**OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE,** rue de Lyon 97, Genève — intimé

---

**Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Juliana BALDE et Karine STECK, Juges.**

---

## EN FAIT

1. Monsieur R_____, ressortissant portugais né en 1966, a exercé la profession de serveur jusqu'au 18 octobre 1997, date à laquelle il a été renversé par une voiture, alors qu'il roulait à scooter. Il a subi une fracture à deux étages de la diaphyse fémorale gauche.

2. En date du 16 novembre 1998, l'assuré a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité en vue d'une rééducation dans la même profession.

3. Son médecin traitant, le Dr A_____, a établi un rapport en date du 8 décembre 1998 à l'attention de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI). Il a diagnostiqué une pseudarthrose du fémur gauche, un status huit mois après une greffe osseuse autologue du fémur gauche et l'ablation d'une vis pour retard de consolidation du fémur gauche ainsi qu'un status treize mois après un enclavage centro-médullaire du fémur gauche pour fracture à deux étages. Son patient présentait une incapacité totale de travail depuis le 18 octobre 1997, pour une durée indéterminée. Une nouvelle opération était prévue pour le début de l'année 1999.

4. Dans un rapport intermédiaire du 2 décembre 1999, le Dr A_____ a relevé que l'état de santé de son patient était stationnaire. Celui-ci ne pouvait plus exercer la profession qui était la sienne avant l'accident, soit celle de serveur. Il présentait cependant une capacité totale de travail, sans diminution de rendement, dans une activité plus sédentaire, principalement en position assise, en évitant les longs parcours à pied, la même position du corps pendant longtemps, la position à genoux, accroupie et le port de charges, notamment.

5. L'assuré a été soumis à une expertise médicale, pour le compte de la SWICA assurances SA, en tant qu'assurance-accident, par le Dr B_____. Selon le rapport d'expertise du 13 décembre 1999, l'assuré avait été victime d'une fracture diaphysaire à deux étages du fémur gauche, dont l'évolution, après enclouage centro-médullaire avait été difficile avec un retard de consolidation, ayant nécessité, dans un premier temps, une décortication-greffe, puis une pseudarthrose du foyer de fracture proximale entraînant un changement de clou. L'état du patient n'était pas encore stabilisé. L'expertisé était incapable de reprendre son activité de serveur, mais, au vu de l'évolution actuellement favorable, l'on pouvait envisager une reprise partielle et progressive de l'activité professionnelle dans le courant du

mois de janvier 2000. Ce ne serait qu'après l'ablation du matériel d'ostéo-synthèse que l'on pourrait évaluer définitivement la capacité de travail dans la profession de serveur et juger d'une éventuelle invalidité. Dans une profession s'exerçant principalement en position assise, et dans un moindre mesure dans une position debout et ne nécessitant pas de déplacement continuel ou de port de charges, la capacité de travail serait complète, après un recyclage professionnel.

6. Dans un deuxième rapport intermédiaire du 7 juin 2001, le Dr A_____ a confirmé que son patient présentait une incapacité totale de travailler en tant que serveur, mais qu'une autre activité alternant les positions assise et debout était envisageable à plein temps.

7. L'assuré a effectué un stage d'orientation professionnelle au centre d'intégration professionnelle de l'assurance-invalidité du 26 février au 27 mai 2001. Les experts professionnels ont retenu une capacité de travail entière (rendement de 100% sur un plein temps) dans une activité légère en position principalement assise, dans les métiers d'ouvrier d'usine (horlogerie, cuir), d'aide-gainier, de monteur à l'établi et de servant de machines. Ils ont formulé les remarques suivantes : « L'évaluation professionnelle des capacités résiduelles de Monsieur R_____ conclut qu'actuellement, il est inefficace de mener à bien une mesure de reclassement dans le circuit économique normal, en raison de l'opposition constante de l'assuré qui se manifeste par la contestation des conclusions de l'évaluation professionnelle exécutée à OSER » (cf. rapport OSER du centre d'intégration professionnelle du 14 juin 2001).

8. En date des 17 et 24 janvier 2002, l'assuré a été soumis à une expertise médicale, conduite par le Dr C_____, spécialiste FMH en chirurgie, sur mandat de l'OCAI. Une AMO du matériel d'ostéosynthèse était intervenue au début janvier 2002 et il était donc trop tôt pour se prononcer sur la capacité de travail actuelle dans une activité adaptée. Cependant, l'incapacité de travail comme serveur était toujours totale.

9. L'assuré a été soumis à une seconde expertise médicale, conduite par le Dr D_____, spécialiste en chirurgie orthopédique, agissant sur mandat de l'assurance ALLIANZ, assureur responsabilité civile du tiers responsable de l'accident. En l'état actuel, la situation semblait stabilisée et le patient était pratiquement guéri. Depuis l'expertise du Dr B_____, le patient était à même de reprendre une activité professionnelle à 100% dans une position semi-assise (cf. expertise du Dr D_____ du 17 juillet 2002).

10. Les médecins conseils de l'assurance-invalidité du centre d'examen SMR Léman ont repris les conclusions du Dr D_____. La capacité de travail de l'assuré s'élevait à 50% dans l'activité habituelle et à 100% dans une activité adaptée, semi-assise, sans port de charges régulier de plus de 10 à 15 kilos, sans monter sur des escaliers ou des échelles, avec une alternance des positions assises et debout (rapport d'examen du SMR Léman du 23 septembre 2002).

11. En date du 22 octobre 2002, la division de réadaptation professionnelle de l'assurance-invalidité a procédé à la comparaison des revenus avant et après invalidité et a, sur cette base, retenu un taux d'invalidité de 18,34%.

12. Par décision du 28 novembre 2002, l'OCAI a refusé l'octroi de mesures professionnelles. En effet, il apparaissait que l'assuré était apte à reprendre une activité lucrative à plein temps, adaptée à son état de santé, sans avoir besoin d'une nouvelle formation ou d'un complément de formation. Sur demande, l'assuré pouvait toutefois bénéficier du service de placement de l'assurance-invalidité.

13. Par courrier du 13 janvier 2003, Monsieur R_____ a formé opposition contre cette décision auprès de l'OCAI, concluant à l'octroi de mesures de reclassement professionnel visant à suivre une formation en travail de bureau, complétée de cours de base d'orthographe, de grammaire et de correspondance commerciale en français et en portugais, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité journalière durant la durée du reclassement. Il a fait valoir qu'il avait consulté une psychologue qui avait conclu que ses capacités d'adaptation étaient importantes et qu'il pourrait en un ou deux ans acquérir une formation en travail de bureau complétée de cours de base d'orthographe, de grammaire et de correspondance commerciale en français et en portugais. L'expert D_____ avait également estimé qu'un reclassement professionnel devait être envisagé. Il avait d'ailleurs déjà acquis une bonne maîtrise du traitement de texte et des programmes informatiques Word et Excel, ainsi que des outils de navigation internet. Enfin, il fallait considérer que son degré d'invalidité, calculé en tenant compte du salaire d'invalide qu'il pourrait obtenir sans formation professionnelle, lui ouvrait droit à des mesures de reclassement professionnel.

14. Par courrier du 20 janvier 2003, l'OCAI a transmis cette opposition à la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-invalidité pour objet de sa compétence.

15. Par décisions du 9 avril 2003, l'OCAI a octroyé à l'assuré une rente entière d'invalidité du 1er octobre 1998 au 31 mars 2000, puis une demi-rente du 1er avril 2000 au 30 juin 2002. Ces décisions n'ont pas été contestées.

16. Dans un préavis du 28 avril 2003, l'OCAI a fait valoir que le droit au reclassement dans une nouvelle profession ne s'ouvrait que si l'atteinte à la santé entraînait une perte de gain durable de 20% environ dans toute activité exigible. Or, le taux d'invalidité du recourant s'élevait à 18,34%, taux insuffisant pour l'octroi de mesures de reclassement. De surcroît, selon les maîtres de la réadaptation professionnelle, l'assuré présentait une capacité de travail entière dans une activité légère en position principalement assise dans les métiers d'ouvrier d'usine (horlogerie, cuir), d'aide-gainier, de monteur à l'établi et de servant de machines. Les experts professionnels avaient en outre relevé que l'assuré ne présentait pas les capacités intellectuelles nécessaires pour suivre une formation de travail de bureau ou dans l'informatique. La décision de l'OCAI était donc justifiée et le recours devait être rejeté. Enfin, l'assuré pourrait, sur demande, bénéficier d'une aide au placement.

17. Dans une réplique du 30 juin 2003, le recourant a allégué n'avoir jamais exercé d'autre activité que celle de serveur et ne posséder aucune formation spécifique. Il n'était dès lors pas en mesure d'exercer une activité lucrative sans avoir suivi une formation adéquate. En outre, les métiers proposés par les maîtres de la réadaptation professionnelle n'étaient possibles qu'après l'achèvement d'un programme de formation. Pour le surplus, il a persisté dans son mémoire de recours et ses conclusions.

## EN DROIT

1. Il convient au préalable de préciser que la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) a été modifiée et qu'un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué dès le 1er août 2003, statuant en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI ; cf. art. 1, let. r et 56V, al. 1, let. a, chiffre 2 LOJ). Conformément à l'art. 3, al. 3 de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, entrée en vigueur le 1er août 2003, la présente cause, introduite le 13 janvier 2003 et

pendante devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-invalidité, a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales.

2. Le Tribunal de céans constate en outre que le recours, interjeté dans les formes et délai légaux, est recevable à la forme, conformément aux art. 69 LAI et 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS) et compte tenu des suspensions des délais de recours, du 7ème jour avant Pâques au 7ème jour après Pâques inclusivement, prévues par l'art. 89C de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 et a entraîné la modification de nombreuses dispositions dans le domaine de l'assurance-invalidité. La législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 demeure toutefois déterminante en l'espèce. En effet, d'après la jurisprudence, la législation applicable en cas de changement de règles de droit reste celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 125 V 467 consid. 1 ; 126 V 166 consid. 4b), les faits sur lesquels l'autorité de recours peut être amenée à se prononcer dans le cadre d'une procédure de recours de droit administratif étant par ailleurs ceux qui se sont produits jusqu'au moment de la décision administrative litigieuse (ATF 121 V 366 consid. 1b). Le présent litige sera en conséquence examiné à la lumière des dispositions de la LAI et du règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (ci-après RAI) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

4. En l'occurrence, seule est litigieuse la question de l'octroi de mesures professionnelles, l'assuré n'ayant pas contesté les décisions de l'OCAI lui octroyant une rente entière d'invalidité du 1er octobre 1998 au 31 mars 2000, puis une demi-rente du 1er avril 2000 au 30 juin 2002. Partant, sa capacité de travail doit être reconnue entière à partir du 1er juillet 2002, dans une activité adaptée, ce qui est confirmé par les rapports médicaux et les expertises professionnelle et médicales.

   En effet, selon le médecin traitant, le Dr A_____, l'assuré présente une capacité totale de travail dans une activité alternant les positions assise et debout, à plein temps (rapport intermédiaire du 7 juin 2001). L'expert D_____ estime quant à lui que l'expertisé présente une capacité totale dans une profession s'exerçant principalement en position assise et dans une moindre mesure dans une position debout, ne nécessitant pas de déplacement continuel ou de port de charges, ceci depuis l'expertise du Dr B_____ du 13 décembre 1999 et après un recyclage professionnel. Il propose une activité telle qu'aide-horloger, aide-micro-mécanicien,

aide-machiniste, par exemple. Les médecins-conseils de l'assurance-invalidité du Centre d'examen SMR Léman ont repris les conclusions de Dr D_____.

Quant aux experts professionnels, ils ont retenu une capacité de travail entière (rendement de 100 % sur un plein-temps) dans une activité légère en position principalement assise, dans les métiers d'ouvrier d'usine (horlogerie, cuir), d'aide-gainier, de monteur à l'établi et de servant de machine (rapport OSER du Centre d'intégration professionnelle du 14 juin 2001). Ces derniers ont précisé que l'assuré revendiquait de manière réitérée une formation et proposait une formation de bureau ou d'informatique, alors qu'il n'en avait pas les capacités intellectuelles.

5. En vertu de l'art. 17 al. 1 LAI, l'assuré à droit au reclassement dans une nouvelle profession si son invalidité rend nécessaire le reclassement et si sa capacité de gain peut ainsi, selon toute vraisemblance, être sauvegardée ou améliorée de manière notable. Le droit au reclassement suppose que l'assuré soit invalide ou menacé d'une invalidité imminente (art. 8 al. 1 1ère phrase LAI). Est réputé invalide au sens de l'art. 17 LAI, celui qui n'est pas manifestement réadapté, l'activité lucrative exercée jusque-là n'étant plus raisonnablement exigible ou ne l'étant plus que partiellement en raison de la forme et de la gravité de l'atteinte à la santé. 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).

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. Dans la mesure où ces revenus ne peuvent être chiffrés exactement, ils doivent être estimés d'après les éléments connus dans le cas particulier, après quoi l'on compare entre elles les valeurs approximatives ainsi obtenues. 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 222 et 128 V 174).

6. L'intimé a fixé la diminution de la capacité de gain à 18 % (projet d'acceptation de rente du 7 novembre 2002). Procédant à la comparaison des revenus, il s'est fondé sur un revenu sans invalidité de 53'612 fr. et sur un revenu d'invalide de 43'791 fr. Le recourant soutient que ce degré d'invalidité lui donne droit à des mesures de reclassement professionnel et sollicite une formation en travail de bureau.

   Il convient dès lors de procéder à la comparaison des revenus, l'OCAI n'expliquant aucunement sur quelle base il a retenu les salaires avant et après invalidité. Le début du droit à la rente du recourant a pris naissance en octobre 1998. C'est donc cette année qui sera l'année de référence pour la comparaison des revenus.

   Concernant le revenu avant invalidité, il y a lieu de se référer au questionnaire pour l'employeur, du 30 novembre 1998, selon lequel le recourant aurait gagné en 1998 4'000 fr. par mois. Etant entré en octobre 1998 dans sa deuxième année de travail, il aurait eu droit, selon la convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés, au 50 % du salaire mensuel brut, à titre de 13ème salaire. Par conséquent, le revenu avant invalidité qu'aurait obtenu le recourant en 1998 s'élève à 4000 fr. X 12 + 2'000 fr. (13ème salaire), soit à 50'000 fr. Il n'y a pas lieu d'ajouter à ce montant les pourboires, qui n'ont pas été prouvés et qui ne figurent d'ailleurs pas au compte individuel des cotisations de l'assuré.

   Quant au salaire d'invalide, il faut se référer aux salaires auxquels peuvent prétendre en 1998 les hommes effectuant des activités simples et répétitives dans le secteur privé, à savoir 4'268 fr. par mois (Office fédéral de la statistique, Enquête sur la structure des salaires 1998, TA1, p. 25, niveau de qualification 4), compte tenu du fait que le recourant est à même d'exercer une activité simple et répétitive telle que celle d'ouvrier d'usine, d'aide-gainier, de monteur à l'établi ou de servant de machine. Comme les salaires bruts standardisés tiennent compte d'un horaire de travail de 40 heures, soit d'une durée hebdomadaire inférieure à la moyenne usuelle dans les entreprises en 1998 (41,9 heures ; La vie économique 1999/8 annexe p. 27, tableau B9.2), ce montant doit être porté à 4'470 fr., soit à 53'640 fr. par an.

   Cependant, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, le montant d'invalide obtenu sera, le cas échéant, encore réduit en fonction des empêchements propres à la personne de l'invalide, comme par exemple certaines limitations liées au handicap, à l'âge, à la nationalité, à la catégorie de permis de séjour ou au taux d'occupation. Il n'y a toutefois pas lieu d'opérer des déductions distinctes pour chacun des facteurs entrant en considération, mais il convient plutôt de procéder à une évaluation globale des effets de ces facteurs sur le revenu d'invalide, compte

tenu de l'ensemble des circonstances du cas concret. La jurisprudence n'admet pas de déduction globale supérieure à 25 % (ATF 126 V 78 consid. 5).

En l'occurrence, le recourant est né en octobre 1966. Il est au bénéfice d'une autorisation d'établissement de type C et d'une expérience professionnelle acquise en Suisse depuis 1991. Il ne présente aucune limitation liée à l'âge ou à la catégorie d'autorisation de séjour. Le fait que l'atteinte à la santé l'oblige à éviter les travaux lourds (pas de port de charges régulier de plus de 10 à 15 kilos), dans une position semi-assise, avec une alternance des positions assises et debout, justifie un abattement maximum de 15 % (cf. également ATF non publié du 22 décembre 2003, cause n° I 807/02). Compte tenu de cette réduction de 15 %, le revenu annuel après invalidité s'élève à 45'594 fr.

La comparaison des revenus déterminants avant et après invalidité conduit ainsi à retenir un taux d'invalidité de 8,812 % (50'000 fr. - 45'594 fr.) X 100 : 50'000 fr. = 8,812 %) qui n'ouvre pas droit à des mesures de reclassement professionnel.

7. Au vu de ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté.

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

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

**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 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).

| La greffière : | La Présidente : |
|---|---|
| Nancy BISIN | Valérie MONTANI |

La secrétaire-juriste : Frédérique GLAUSER

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