RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1893/2003 **ATAS/495/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 22 juin 2004

1ère Chambre

En la cause

Monsieur K_____, recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE, intimé
domicilié Rue de Lyon 97 à Genève

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Juliana BALDE et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. Monsieur K_____, né le juin 1961, d'origine turque, a déposé le 5 février 2002 une demande auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après OCAI) visant à l'octroi d'une rente. Il allègue souffrir d'ostéoporose depuis le 22 septembre 2000.

   Il a travaillé en dernier lieu en qualité d'employé polyvalent en cuisine pour un salaire de 3'350 fr. Il a cessé toute activité à compter du 17 avril 2001 et a été licencié avec effet au 30 avril 2001 en raison de ses trop longues absences.

2. Le Docteur A_____, médecin traitant, a dans un rapport du 7 mai 2002 adressé à l'OCAI posé les diagnostics, ayant des répercussions sur la capacité de travail, suivants : lombalgies chroniques sur la base de discopathies protrusives L4-L5, L5-S1, arthrose facettaire L4-L5, canal lombaire modérément étroit, ostéoposose assez sévère avec perte osseuse d'environ 40% (aux risques fracturaires). Il a fixé le taux d'incapacité de travail de son patient à 100% du 17 septembre au 17 décembre 2001 et à compter du 22 février 2002 pour une durée indéterminée dans sa profession de plongeur en cuisine. En annexe audit rapport, le médecin précise que son patient ne peut pas rester debout longtemps et se plaint de lombalgies ; il considère qu'il pourrait exercer une activité dans laquelle il alternerait les positions assise et debout et sans port de poids de plus de 5 kg.

3. A la demande de l'Office cantonal de l'emploi (OCE), le Docteur B_____, spécialiste FMH en médecine interne, a examiné l'assuré et constaté que celui-ci « est un lombalgique chronique dont le syndrome vertébral douloureux ne s'explique ni par l'examen somatique, ni par les examens complémentaires, radiculographie et minéralométrie comprises. Ces lombalgies sont incontournables, il faut en tenir compte. En conclusion, j'ai écrit au chômage que votre patient ne pouvait plus exercer une activité quelconque comportant des efforts physiques ou comme vous l'avez précisé le port de charges excédant 5 kg. En revanche, son aptitude est entière pour un travail léger et cette aptitude est fixée pour le 17 décembre 2001. A ce propos il faut engager au plus vite le patient à faire une demande d'AI non pas pour une rente mais pour une réadaptation professionnelle » (cf. courrier adressé au Docteur A_____ le 7 décembre 2001).

4. Consulté par le Docteur A_____, le Docteur C_____, du département de rhumatologie de l'établissement hospitalier, indique que le patient présente une ostéoporose dont l'origine est peu claire. Selon lui, il n'y pas d'argument sur le dernier bilan biologique réalisé pour une ostéomalacie (qui ne peut toutefois pas être exclue en présence d'une calcémie et d'une phosophorémie normales). Le Docteur C_____ suggère qu'il soit envisagé une réadaptation professionnelle (cf. courrier adressé au Docteur A_____ le 19 juin 2002).

5. Après avoir examiné le cas de l'assuré, la Division de réadaptation professionnelle de l'OCAI a proposé de prendre en charge un stage d'observation professionnelle de type COPAI au Centre d'intégration professionnelle – CIP - pour une durée de quatre semaines.

6. L'assuré a ainsi accompli un stage du 6 janvier au 9 février 2003. Il résulte du rapport établi le 28 février 2003 à l'issue de ce stage, que le rendement exigible sur un plein temps est de 70%, que les capacités physiques sont compatibles avec un emploi dans un secteur professionnel tel que l'emballage et le conditionnement léger, ouvrier à l'établi dans le cuir ou encore contrôleur d'accès en milieu industriel. Selon le Docteur D_____, médecin du CIP, la capacité de travail de l'ordre de 70% « correspond bien à l'impression clinique qu'il donne ». Il est précisé que la mesure s'est déroulée principalement à mi-temps. Ce nonobstant, le rendement évalué à 70% l'a été sur un plein temps, au motif qu'il n'a pas été observé de manque de résistance. Il était cependant prévu qu'une semaine de prolongation à plein temps dans l'atelier APAIL, afin de compenser le mi-temps, permettrait de préciser l'estimation. Le responsable de l'atelier COPAI a déclaré que durant le stage d'une semaine, l'assuré s'était montré « collaborant et à l'écoute ». Il a cependant relevé que « l'effort fourni était limité dans le temps. Il n'est pas sûr qu'il maintienne ces rendements (70 à 80%) sur un long terme » (rapport du 10 février 2003).

7. La Division de réadaptation professionnelle a procédé à l'évaluation de l'invalidité. A été retenu le salaire annuel de 43'550 fr. réalisé par l'assuré lorsqu'il travaillait comme employé polyvalent dans les cuisines de la société DSR pour l'année 2001. Ce salaire a été réactualisé pour 2003 à 45'254 fr. La Division de réadaptation professionnelle s'est par ailleurs fondée, pour le salaire avec invalidité, sur l'Enquête suisse sur la structure des salaires 2000 (ESS), tableau TA 1, dans une activité de niveau 4 (activités simples et répétitives) pour fixer le salaire de l'assuré avec invalidité à 53'244 fr. Tenant compte d'une diminution du rendement de 30%, puis d'une réduction supplémentaire de 25%,

un salaire avec invalidité brut par année a été obtenu de 29'777 fr. Comparé au salaire sans invalidité de 45'254 fr., le degré d'invalidité est de 34,2%.

8. Par décision du 18 mars 2003, l'OCAI a informé l'assuré que le degré d'invalidité retenu était de 34,2% et que par conséquent sa demande de rente était rejetée. L'OCAI lui a par ailleurs rappelé que d'autres mesures professionnelles n'étaient pas envisageables du fait de son opposition et de son obstination à chercher tout moyen de justifier une incapacité à reprendre une activité professionnelle à plein temps.

9. L'intéressé a été entendu le 9 mai. Il conteste les conclusions du rapport COPAI. Il explique à ce propos qu'il n'a pu travailler à plein temps que pendant la première semaine et ceci grâce à la prise massive de médicaments contre les douleurs au dos et aux jambes ; qu'après cette première semaine, son médecin lui avait permis de continuer le stage uniquement à 50% ; que ceci lui avait été possible mais seulement grâce à de fréquentes et longues interruptions du travail.

10. Par décision sur opposition du 26 mai 2003, l'OCAI a confirmé la décision litigieuse.

11. L'intéressé a interjeté recours le 17 juin contre ladite décision. Il fait valoir que son médecin traitant, le Docteur A_____, estime qu'une expertise psychiatrique serait nécessaire, que le Docteur B_____, médecin conseil de l'OCE a considéré que sa capacité de travail n'excédait pas 50%, qu'il était du reste indemnisé par l'assurance-chômage en raison d'une aptitude au placement de 50% et avait été mis au bénéfice des prestations PCM pour le reste. Il sollicite dès lors l'octroi d'une demi-rente d'invalidité.

12. Dans son préavis du 4 juillet 2003, l'OCAI a conclu au rejet du recours, étant encore précisé qu'aucun problème psychique n'ayant été relevé par les médecins, une expertise psychiatrique ne se justifiait pas.

13. Le recourant a produit un certificat établi le 1er septembre 2003 par le Docteur E_____, spécialiste FMH en psychiatrie, qui atteste d'un arrêt de travail à 100% dès le 1er septembre 2003 et d'une reprise totale dès le 1er octobre 2003.

EN DROIT

1. a) 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 (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, 4ème 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 1er

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 1er 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. 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 ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'AVS-AI (cf. article 56 V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

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 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS-AI. Elle est applicable au cas d'espèce, la décision litigieuse datant du 25 mars 2003.

   Le recours interjeté en temps utile auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI est recevable (articles 84 LAVS et 69 LAI).

4. L'article 4 alinéa 1 LAI définit l'invalidité comme étant 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 (art. 7 et 8 LPGA).

   Selon l'art. 28 al. 1 LAI, l'assuré a droit à un quart de rente si son degré d'invalidité est de 40% au moins, à une demi rente s'il est de 50% au moins et d'une rente entière s'il est de 66 2/3% au moins.

   Dans le cadre de l'évaluation de l'invalidité, la tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré (ATF 125 V 261 consid. 4 ; 115 V 134 consid. 2 ; 114 V 314 consid. 3c ; 105 V 15). Le droit fédéral ne fixe aucune prescription sur la manière d'apprécier les moyens de preuve, le principe de la libre appréciation des preuves s'appliquant en matière de procédure administrative.

   En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant, c'est que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description du contexte médical soit claire et enfin que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 122 V 160 ; VSI 2000, p.154). En outre, lorsque des expertises ordonnées au stade de la procédure administrative sont établies par des spécialistes reconnus, sur la base d'observations approfondies et d'investigations complètes, ainsi qu'en pleine

connaissance du dossier, et que les experts aboutissent à des résultats convaincants, le juge ne saurait les écarter aussi longtemps qu'aucun indice concret ne permet de douter de leur bien-fondé (ATF 125 V 353).

Selon le chiffre 6007 de la Circulaire sur la procédure dans l'assurance-invalidité, édictée par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), on fait appel aux services du Centre d'observation professionnelle de l'AI (ci-après COPAI) dans des cas particuliers, pour l'examen pratique de la capacité de travail d'un assuré. L'examen effectué par le COPAI concerne avant tout les catégories d'assurés suivantes : les assurés qui se déclarent incapables de travailler et prétendent à une rente mais pour lesquels une réadaptation dans l'économie libre paraît exécutable, compte tenu d'une atteinte à la santé relativement faible et les assurés qui ont une capacité résiduelle de travail (médicalement attestée), mais que l'office AI n'est pas en mesure d'objectiver pour un domaine particulier (p.ex. un domaine voisin de l'activité précédemment exercée).

Conformément au principe de la libre appréciation des preuves, l'administration ou le juge apprécient librement les preuves, sans être liés par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Si les rapports médicaux sont contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre (ATF non publié du 1er juillet 2003 en la cause I 167/03). On rappellera encore que la jurisprudence accorde plus de poids aux constatations faites par un spécialiste d'un centre d'observation de l'assurance-invalidité et d'une clinique universitaire qu'à l'appréciation de l'incapacité de travail par le médecin de famille (ATF 125 V 353 consid. 3b/cc et les références ; RJJ 1995, p. 44 ; RCC 1988 p. 504 consid. 2, ATFA non publié du 21 août 2002 en la cause I 698/01/Mh consid. 4).

Enfin, lorsqu'il apprécie des rapports établis par les médecins traitants, le juge peut et doit tenir compte du fait que, selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier. Ainsi, la jurisprudence accorde plus de poids aux constatations faites par un spécialiste qu'à l'appréciation de l'incapacité de travail par le médecin de famille (ATF 125 V 353 consid. 3b/cc et les références, RJJ 1995, p. 44; RCC 1988 p. 504 consid. 2).

5. En l'espèce, l'assuré souffre de lombalgies chroniques sur la base de discopathies protrusives L4-L5, L5-S1, d'arthrose facettaire L4-L5, d'un canal lombaire modérément étroit et d'ostéoposose assez sévère avec perte osseuse d'environ 40% et risques fracturaires. Son médecin traitant, le Docteur A_____, le considère incapable de travailler à 100% dans sa profession de plongeur en cuisine. Il n'est pas contesté qu'il ne puisse plus exercer cette activité. Les responsables du COPAI ont considéré qu'il présentait une capacité résiduelle de travail de 70% sur un plein temps dans une activité adaptée à son état de santé à savoir une activité dans l'emballage et le conditionnement léger, comme ouvrier à l'établi dans le cuir ou encore comme contrôleur d'accès en milieu industriel.

   Les maîtres d'atelier ont insisté sur le fait que l'assuré se considérait incapable de travailler à plein temps. Le Docteur D_____ relève à cet égard qu'il « reste convaincu de son incapacité à reprendre une activité professionnelle et déploie beaucoup d'efforts pour obtenir des certificats d'arrêt de travail qui entrave toutes les tentatives de reprise durable ».

   Le Tribunal de céans constate que le stage dans le cadre du COPAI s'étant en réalité déroulé à mi-temps, l'estimation d'un rendement sur un plein temps ne peut être que théorique. Du reste, une semaine de prolongation à plein temps à l'atelier APAIL a été considérée comme nécessaire afin de préciser l'estimation faite. Or, le responsable de l'entreprise dans le cadre du stage APAIL a relevé que l'effort fourni était limité dans le temps et qu'il n'était pas sûr que l'assuré maintienne les rendements évalués à 70 – 80% sur un long terme.

   Il n'est donc pas établi que la capacité de travail dans une activité adaptée soit réellement de 70%. Le Tribunal relève cependant que lorsqu'elle a calculé le salaire avec invalidité, la Division de réadaptation professionnelle a tenu compte d'une diminution supplémentaire de 25%. Dans ces conditions, il se justifie de confirmer le degré d'invalidité obtenu de 34,2%, lequel ne donne pas droit à une rente d'invalidité.

   S'agissant de l'expertise psychiatrique sollicitée par le recourant, force est de rappeler que celui-ci n'a consulté un psychiatre que depuis septembre 2003, soit bien après que les décisions litigieuses aient été rendues. Il y a lieu de constater à cet égard que l'assuré a déjà déposé une nouvelle demande de prestations AI le 7 avril 2004. Le psychiatre traitant sera dès lors interrogé dans le cadre de la procédure y relative.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 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 :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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