

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2096/2007

ATAS/224/2008

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 4**

**du 27 février 2008**

En la cause

Monsieur F \_\_\_\_\_, domicilié à AÏRE, représenté par FORUM recourant  
SANTÉ

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, sis rue intimé  
de Lyon 97, GENEVE

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Nathalie BLOCH et Dominique  
JECKELMANN, Juges assesseurs**

---

### **EN FAIT**

1. Monsieur F \_\_\_\_\_, né en 1968 et originaire du Kosovo (République de Serbie et Monténégro) a travaillé dès 1990 en tant que marbrier, puis, à partir de 1998, comme plâtrier. Dans cette activité, il a obtenu, en dernier lieu, un salaire horaire de 29 fr. 65 à raison de 41 heures par semaine.
2. Le 10 décembre 2000, il a déposé une demande de prestations de l'assurance invalidité tendant à une orientation professionnelle et à des mesures médicales en raison de douleurs vertébrales existant depuis 1994.
3. Dans un rapport d'expertise du 17 septembre 2002 demandé par l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : OCAI), le Dr L \_\_\_\_\_, rhumatologue, a diagnostiqué une lombosciatique S1 droite avec déficit sensitif, des lombalgies chroniques, une obésité et des séquelles de maladie de Scheuermann. Il a exposé que l'assuré souffrait, depuis 1994, de lombalgies chroniques compliquées d'une irradiation douloureuse dans le membre inférieur droit dès le milieu de l'année 2000 et, depuis environ un mois, d'un syndrome cervical accompagné de brachialgies gauches actuellement en voie de résolution. Il a également indiqué que les examens radiologiques mettaient en évidence une hernie discale L5-S1 à l'origine de la symptomatologie. Il a considéré que la capacité de travail dans l'ancienne activité de marbrier et de plâtrier était nulle dès le 15 août 2000 et qu'elle était de 75 % dans une activité légère évitant le port de charges de plus de 15 kilos de manière répétitive ainsi que les mouvements du rachis en porte-à-faux et permettant l'alternance des positions assises et debout.
4. Par prononcé du 18 août 2003, l'OCAI a fixé le taux d'invalidité à 42 % dès le 18 mai 2001 selon la méthode de la comparaison des revenus en retenant un revenu sans invalidité de 68'460 fr. et un revenu avec invalidité de 39'574 fr. établi selon l'Enquête suisse sur la structure des salaires 2000 dans l'industrie manufacturière (ci-après : ESS ; tableau TA1), après avoir procédé à un abattement de 10 %.
5. Par décisions du 16 décembre 2003, l'OCAI a alloué à l'assuré un quart de rente ordinaire simple dès le 1<sup>er</sup> septembre 2001 étant précisé qu'il a eu droit à une demi-rente pour cas pénible du 1<sup>er</sup> juillet 2002 au 31 décembre 2003.
6. Le 6 janvier 2004, l'assuré a formé opposition contre lesdites décisions et a réclamé l'octroi d'une rente entière d'invalidité.
7. Par décision sur opposition du 18 février 2004, l'OCAI a maintenu sa position. Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours de sorte qu'elle est entrée en force.
8. Le 6 août 2004, l'assuré a adressé à l'OCAI une demande de réexamen au motif que l'IRM de la région cervicale du 25 février 2003 avait notamment mis en évidence

une hernie discale en C5-C6 ainsi que deux protrusions discales en C3-C4 et C6-C7 de sorte qu'il souffrait de pathologies plus graves ou plus étendues que celles reconnues par l'expert en septembre 2002.

9. Dans un rapport du 20 septembre 2004, le Dr M \_\_\_\_\_, médecin adjoint au service de neurochirurgie des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG), a indiqué que, depuis la fin août 2004, le patient se plaignait d'une exacerbation des sciatiques devenues très invalidantes avec fourmillements au petit orteil (droit). Il a précisé qu'une IRM effectuée en avril 2004 avait mis en évidence une petite hernie discale L5-S1 touchant la racine S1 de sorte qu'il avait pratiqué une discectomie L5-S1 en date du 14 septembre 2004. Il a attesté une incapacité de travail entière du 12 au 16 septembre 2004.
10. Dans un rapport du 17 mai 2005, le Dr N \_\_\_\_\_, médecin au service médical régional de l'assurance-invalidité (ci-après : SMR) ainsi que spécialiste en médecine physique et rééducation, a diagnostiqué, d'une part avec répercussion sur la capacité de travail, des lombosciatalgies droites chroniques sur troubles dégénératifs dans un contexte de protrusion discale L4-L5 et hernie discale L5-S1, status après discectomie L5-S1 en septembre 2004 ainsi que des cervicalgies chroniques gauches avec syndrome cervical sur troubles dégénératifs, protrusion discale C3-C4 et hernie discale C5-C6, d'autre part sans répercussion sur la capacité de travail, une obésité avec BMI à 32.5 et un syndrome algique chronique d'origine organique. Il a indiqué que les suites post-opératoires après l'intervention de septembre 2004 avaient été marquées par une exacerbation de la symptomatologie algique tant au niveau dorso-lombaire que de l'irradiation du membre inférieur droit. Il a exposé que l'assuré présentait des pathologies ostéoarticulaires du rachis cervical et lombaire génératrices de douleurs potentiellement chroniques mais que la globalité des plaintes alléguées était disproportionnée par rapport aux éléments objectifs et que l'examen clinique avait mis en évidence de nombreux signes de non-organicité. Il a considéré que les plaintes et le comportement de l'assuré lors de l'examen étaient peu crédibles. En tenant également compte de la pathologie cervicale, il a conclu à une capacité de travail exigible de 70 % dans une activité adaptée en raison d'une baisse de rendement liée aux nombreuses limitations fonctionnelles, à savoir empêchement de porter de charges au-delà de 15 kilos de façon répétitive, de maintenir la position statique en position assise au-delà d'une heure, d'élever les membres supérieurs au-delà de 90°, de maintenir une position statique avec le tronc en antéflexion ou en porte-à-faux ainsi que d'effectuer des mouvements répétitifs rapides d'extension-flexion ou de rotation de la nuque.
11. Par communication du 22 septembre 2005, l'OCAI a fixé le taux d'invalidité à 40 % en comparant en 2004 le revenu sans invalidité de 61'328 fr. établi sur la base de l'ESS (TA7) avec le revenu d'invalidité de 36'757 fr. obtenu après abattement de 10 %. Il a reconnu à l'assuré le droit au maintien de la rente actuelle.

12. Le 20 octobre 2005, l'assuré a contesté ce taux au motif que son état de santé s'était réellement dégradé depuis la dernière décision et qu'il était totalement inapte à exercer une quelconque activité.
13. Par décision du 26 octobre 2005, l'OCAI a rejeté la demande de révision présentée par l'assuré. Il a considéré que l'état de santé s'était légèrement aggravé depuis septembre 2004 et que sa capacité de travail dans une activité adaptée était de 70 %, mais que le taux d'invalidité demeurait identique.
14. Le 16 novembre 2005, l'assuré a formé opposition contre ladite décision au motif qu'il s'était soumis récemment à une IRM et que le Dr O\_\_\_\_\_, neurochirurgien, avait préconisé une nouvelle opération au dos afin de soulager ses douleurs.
15. Dans un rapport du 17 novembre 2005, le Dr P\_\_\_\_\_, généraliste, a indiqué que la décision de l'OCAI était totalement arbitraire et ne tenait absolument pas compte ni de l'examen clinique, ni des plaintes du patient.
16. Dans un rapport du 13 avril 2006, le Dr M\_\_\_\_\_ a exposé que le patient souffrait depuis six mois de douleurs lombaires irradiant jusqu'à la cheville gauche accompagnées par des fourmillements de la plante du pied ainsi que des orteils gauches et que malgré un traitement conservateur la symptomatologie n'avait pas régressé de sorte qu'il avait pratiqué, le 10 avril 2006, une discectomie L4-L5.
17. Le 7 décembre 2006, l'assuré a été examiné par le Dr N\_\_\_\_\_. Dans son rapport du 8 décembre 2006, ce médecin a diagnostiqué, d'une part avec répercussion sur la capacité de travail, des cervicalgies chroniques gauches avec syndrome cervicobrachial gauche sur troubles dégénératifs (protrusion discale C3-C4) et hernie discale C5-C6, des lombosciatalgies bilatérales chroniques sur status après cure de hernie discale L5-S1 en septembre 2005 et L4-L5 en avril 2006, d'autre part sans répercussion sur la capacité de travail, une obésité de classe I avec BMI à 31.3 et un syndrome algique chronique plurifactoriel d'origine non organique. Il a indiqué que l'examen clinique était quasiment superposable à celui réalisé au mois d'avril 2005 raison pour laquelle il considérait que la capacité de travail actuelle était de 70 % dans une activité adaptée tenant compte des limitations fonctionnelles, à savoir, d'une part, limitation du port de charges à 10 kilos de façon répétitive, de la position statique assise à une heure et debout à 20 minutes, du périmètre de marche à une heure, de l'activité des membres supérieurs à 90° à répétition, d'autre part, impossibilité d'adopter une position en porte-à-faux ou en antéflexion du rachis, de s'agenouiller ou s'accroupir de façon répétée, d'utiliser des machines à outils ayant des vibrations de 5 hertz, d'adopter une position en extension ou en flexion forcée du rachis cervical, d'effectuer des mouvements répétitifs de rotation droite/gauche du rachis cervical. Il a admis qu'il existait une incapacité de travail de 100 % depuis février jusqu'au 31 juillet 2006 en relation avec la hernie discale L4-L5 et que, depuis le 1<sup>er</sup> août 2006, l'assuré présentait une

pleine capacité de travail dans une activité adaptée avec une baisse de rendement de 30 %.

18. Par décision sur opposition du 3 mai 2007, l'OCAI a maintenu sa position à savoir que l'assuré présentait un taux d'invalidité de 40 % qui ouvrait le droit à un quart de rente. Toutefois, il a admis une incapacité de travail temporaire dans toute activité du mois de février jusqu'à fin juillet 2006 de sorte qu'il lui reconnaissait un taux d'invalidité de 100 % du 1<sup>er</sup> mai au 31 octobre 2006. En outre, il a considéré que des mesures d'ordre professionnel n'étaient pas indiquées dès lors que l'assuré ne s'estimait pas être en mesure de reprendre une quelconque activité lucrative. Il a admis partiellement l'opposition en lui reconnaissant le droit à une rente entière du 1<sup>er</sup> mai au 31 octobre 2006 et à un quart de rente dès le 1<sup>er</sup> octobre 2006.
19. Par écriture du 29 mai 2007, l'assuré a recouru auprès du Tribunal de céans contre ladite décision sur opposition. Il a conclu à l'octroi d'une rente d'invalidité entière, sous suite de dépens. Il a sollicité un délai supplémentaire pour compléter son écriture après consultation du dossier.
20. Dans son complément d'écriture du 15 juin 2007, le recourant a allégué que ses limitations fonctionnelles étaient trop importantes pour que, dans un marché équilibré du travail, il puisse trouver une place de travail de sorte qu'une rente entière d'invalidité devait lui être accordée. Subsidiatement, il a contesté le calcul du taux d'invalidité effectué par l'intimé. Il lui a reproché d'avoir pris en considération pour fixer le revenu sans invalidité le revenu moyen réalisé dans la branche alors que ses limitations sont tellement importantes que seuls les salaires les plus bas pourraient lui être alloués. Il lui a fait également grief d'avoir appliqué une autre grille des salaires statistiques dans sa décision d'octobre 2005 qu'en décembre 2003 ce qui a eu pour conséquence de diminuer le taux d'invalidité bien que son incapacité de travail ait augmenté de 5 %. Par conséquent, il a demandé que la comparaison des revenus soit établie sur la base du salaire statistique de 58'628 fr. retenu en 2003. Au sujet de l'abattement appliqué sur le revenu d'invalidité, il a allégué que sa nationalité étrangère, son absence de formation, l'importance de ses limitations et le changement de domaine d'activité devaient conduire à retenir un abattement maximal de 25 %. Il a également relevé que, dans son calcul du 15 septembre 2005, l'intimé avait mentionné un abattement de 15 % alors que, dans sa décision, il avait retenu 10 % au lieu des 15 % mentionnés. Enfin, il a fait état d'une erreur dans la décision sur opposition du 3 mai 2007 en tant que l'intimé lui reconnaissait en même temps le droit à une rente entière d'invalidité du 1<sup>er</sup> mai au 31 octobre 2006, puis un quart de rente dès le 1<sup>er</sup> octobre 2006.
21. Dans sa réponse du 16 juillet 2007, l'intimé a conclu au rejet du recours. Il a relevé que si, comme le prétendait le recourant, toute personne avec une capacité fonctionnelle importante devait jouir d'une rente entière, ce postulat contreviendrait au principe de primauté de la réadaptation sur la rente. En outre, il a expliqué que,

concernant le revenu sans invalidité, il n'avait pas pu réactualiser le dernier salaire du recourant dès lors que l'employeur avait fait faillite raison pour laquelle il avait dû se référer au salaire statistique.

22. Le 12 septembre 2007, le Tribunal a procédé à une comparution personnelle des parties. Lors de cette audience, le recourant a allégué qu'en procédure de révision, pour calculer le taux d'invalidité, l'OCAI n'était pas en droit d'utiliser des salaires différents de ceux pris en compte lors de la première décision entrée en force qui lui étaient défavorables. Il a déclaré qu'il avait travaillé dans le bâtiment depuis son arrivée en Suisse en 1990. Il a exposé que de nombreuses personnes travaillaient dans cette branche sans être au bénéfice d'un CFC et se qualifiaient en cours d'emploi de sorte que la non-possession d'un CFC n'était pas révélatrice de la qualification de l'ouvrier. Il a soutenu que l'OCAI ne pouvait pas se borner à déclarer qu'il était en mesure d'exercer des activités dans le domaine des tâches simples et répétitives, mais qu'il devait indiquer quelles activités entraient en considération dans son cas, sur un marché équilibré du travail. Pour sa part, l'OCAI a confirmé que le quart de rente était accordé à l'assuré à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2006 et non pas du 1<sup>er</sup> octobre, comme indiqué par erreur dans sa décision sur opposition.  
Sur quoi, un délai a été accordé à l'OCAI afin de se déterminer sur les conclusions prises par le recourant.

23. Dans son écriture du 1<sup>er</sup> octobre 2007, l'intimé a considéré que le recourant était en mesure, en respectant les limitations fonctionnelles décrites par le SMR, d'exercer une activité industrielle légère par exemple comme opérateur de presse, ouvrier à l'établi ou encore dans la surveillance (musée). En outre, il a produit un rapport de sa division de réadaptation professionnelle du 20 septembre 2007. Dans ledit rapport, le technicien en réadaptation a expliqué que la mention d'un abattement de 15 % dans le rapport du 15 septembre 2005 était une faute de frappe. Il a exposé qu'une réduction de 15 % lui semblerait bien généreuse puisqu'il était déjà tenu compte des limitations fonctionnelles de l'assuré dans l'appréciation médicale de sa capacité résiduelle de travail et que, de toute façon, un abattement de 15 % ne changeait rien au droit à la rente. Il a relevé que la prise en considération d'un niveau 4 lors de l'application du salaire statistique se justifiait en raison de l'absence d'une formation certifiée du recourant dans le secteur de la construction. Enfin, il a expliqué que l'application des conventions collectives (CTT) du bâtiment pour 2002 à savoir pour un plâtrier sans certificat fédéral de capacité (CFC) avec trois ans d'activité professionnelle permettait de fixer le revenu sans invalidité à 60'152 fr. ce qui n'avait aucune répercussion déterminante sur le taux d'invalidité.

24. Dans son écriture du 18 octobre 2007, le recourant a allégué que la limitation de son périmètre de marche à une heure compromettait à elle seule son aptitude à se rendre au travail. En outre, il a exposé que le travail à l'établi impliquait de maintenir une position statique en permanence et de garder la tête inclinée ce qu'il

ne pouvait plus faire. Quant à l'activité de gardien de musée, il a soutenu qu'elle exigeait une bonne connaissance de la langue française et de pouvoir se déplacer rapidement pour remettre de l'ordre ou pour procéder à une évacuation d'urgence. Au sujet de l'activité d'opérateur de presse, il a considéré qu'il s'agissait d'un travail nécessitant de rester longuement debout, une bonne résistance physique et une grande dextérité de sorte qu'elle n'était pas en adéquation avec ses capacités résiduelles. De plus, il a allégué que les chiffres de 68'460 fr. pris en considération pour établir le revenu sans invalidité dans la décision de décembre 2003 étaient entrés en force de sorte qu'il y avait lieu de continuer à se baser sur ces chiffres dans la mesure où la faillite de son ancien employeur ne pouvait pas modifier ce paramètre. Par ailleurs, il a mis en doute que l'intimé ait commis une faute de frappe en appliquant un abattement de 10 % sur le revenu d'invalidité. Il a également contesté qu'un abattement ne puisse pas être appliqué sur le revenu d'invalidité en plus de la prise en considération d'une diminution de rendement. Enfin, il a soutenu qu'il avait droit à un abattement de 25 % au regard de sa nationalité étrangère, de sa mauvaise maîtrise du français, de l'exercice d'une activité à temps partiel et de ses importantes limitations qui ne lui permettaient de prétendre qu'à un emploi rémunéré au plus bas de l'échelle des salaires.

25. Le 23 octobre 2007, le Tribunal a communiqué cette écriture à l'intimé et a informé les parties que la cause était gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-invalidité. Etant donné que les faits déterminants se sont réalisés en partie avant et après l'entrée en vigueur de la LPGA, le droit à la rente doit-il être examiné au regard de l'ancien droit pour la période jusqu'au 31 décembre 2002 et en fonction de la nouvelle réglementation légale après cette date (ATF 130 V 445 et les références; cf. aussi ATF 130 V 329). Les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi, de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence

développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 345 consid. 3). Les dispositions de la nouvelle du 21 mars 2003 modifiant la LAI (4<sup>ème</sup> révision), entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004 (RO 2003 3852), sont régies par le même principe.

Enfin, la loi fédérale du 16 décembre 2005 modifiant la loi fédérale sur l'assurance-invalidité est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006 (RO 2006 2003), apportant des modifications qui concernent notamment la procédure conduite devant le Tribunal cantonal des assurances et l'introduction de frais de justice lors de recours en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI, lesquels doivent se situer entre 200 fr. et 1'000 fr. (art. 52, 58 et 61 let. a LPGA et art. 69 al. 1 bis LAI). En l'espèce, le présent cas est soumis au nouveau droit puisque le recours a été formé après le 1<sup>er</sup> juillet 2006 (ch. II let. c des dispositions transitoires relatives à la modification du 16 décembre 2005).

3. Selon l'art. 60 al. 1 LPGA, le délai de recours est de trente jours. La décision sur opposition du 3 mai 2007 a été reçue par le recourant le 4 mai 2007 et le délai de recours n'a commencé à courir que le lendemain de la réception de sorte qu'il est arrivé à échéance le mardi 6 juin 2007, lendemain du lundi de Pentecôte (art. 38 al. 1 et 3 LPGA). Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours déposé le 29 mai 2007 est recevable, en vertu des art. 56 ss LPGA.
4. Le litige porte sur la question de savoir si l'invalidité du recourant s'est modifiée de manière à influencer son droit à la rente.
5. Selon l'art. 17 LPGA, si le taux d'invalidité du bénéficiaire de la rente subit une modification notable, la rente est, d'office ou sur demande, révisée pour l'avenir, à savoir augmentée ou réduite en conséquence, ou encore supprimée. Tout changement important des circonstances propre à influencer le degré d'invalidité, et donc le droit à la rente, peut motiver une révision selon l'art. 17 LPGA. La rente peut être révisée non seulement en cas de modification sensible de l'état de santé, mais aussi lorsque celui-ci est resté en soi le même, mais que ses conséquences sur la capacité de gain ont subi un changement important (ATF 130 V 349 consid. 3.5, 113 V 275 consid. 1a; voir également ATF 112 V 372 consid. 2b et 390 consid. 1b).

A l'instar de ce qui prévaut pour une nouvelle demande (ATF 130 V 71), c'est la dernière décision entrée en force qui repose sur un examen matériel du droit à la rente avec une constatation des faits pertinents, une appréciation des preuves et une comparaison des revenus conformes au droit qui constitue le point de départ temporel pour l'examen d'une modification du degré d'invalidité lors d'une révision de la rente (ATF 133 V 108 consid. 5 p.110 ss).

6. En vertu de l'art. 28 al. 1 LAI (dans sa version antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2004), 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 à une demi-rente s'il est invalide à 40 % au moins. Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2004, l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 70 % au moins, à un trois-quarts de rente s'il est invalide à 60 % 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.

Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu un recours) a besoin de documents que le médecin, éventuellement aussi d'autres spécialistes, doivent lui fournir (ATF 125 V 261 consid. 4). La tâche du médecin dans le cadre d'une révision de la rente selon l'art. 17 LPGA consiste avant tout à établir l'existence ou non d'une amélioration de l'état de santé de l'assuré en comparant les faits tels qu'ils se présentaient au moment de la décision initiale avec la situation au moment de son examen (ATF 125 V 369 consid. 2).

7. Le recourant allègue que le nouveau calcul du taux d'invalidité dès le 1<sup>er</sup> septembre 2004 est erroné au motif, d'une part, qu'il n'existe aucune activité sur un marché équilibré du travail correspondant à ses limitations fonctionnelles, d'autre part, que ce calcul reprend d'autres chiffres que ceux de la décision de 2003 pour établir le revenu sans invalidité, enfin, qu'il ne procède pas à un abattement de 25 % sur le revenu d'invalide. Pour sa part, l'intimé justifie la prise en considération des salaires statistiques pour déterminer le revenu sans invalidité par la faillite de l'ancien employeur et soutient que l'abattement sur le revenu d'invalide est tout au plus de 10 %.

En l'espèce, le recourant ne conteste pas la valeur probante des rapports du Dr N\_\_\_\_\_, ni l'appréciation faite par ce médecin de sa capacité résiduelle de travail théorique et de ses limitations fonctionnelles. De plus, aucun élément du dossier ne permet de douter de l'appréciation du Dr N\_\_\_\_\_ puisque les limitations fonctionnelles qu'il a mises en évidence concordent avec celles des autres médecins alors que le rapport du Dr P\_\_\_\_\_ du 17 novembre 2005 ne critique pas l'appréciation du Dr N\_\_\_\_\_, mais bien la décision de l'intimé. Au demeurant, son degré de motivation n'est pas suffisant pour qu'il puisse être pris en considération d'autant plus qu'en reprochant à l'OCAI de ne pas avoir tenu compte des plaintes du patient, le médecin-traitant semble ignorer que, compte tenu des difficultés en matière de preuve, les seules plaintes subjectives de l'assuré ne suffisent pas pour justifier une invalidité (entière ou partielle; ATF A non publié du 30 novembre 2004, I 600/03, consid. 3.2). Par conséquent, il est établi que la capacité résiduelle de travail du recourant est de 70 % dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles depuis le mois de septembre 2004 jusqu'au 31 janvier 2006, puis nulle du 1<sup>er</sup> février au 31 juillet 2006, et enfin à nouveau de 70 % dès le 1<sup>er</sup> août 2006.

Etant donné que l'état de santé du recourant s'est aggravé avec incidence sur sa capacité résiduelle de travail, une première fois durablement dès le mois de

septembre 2004, puis une deuxième fois de façon limitée du mois de février au 31 juillet 2006, il y a lieu de procéder à un nouveau calcul du droit à la rente d'invalidité dès 2004 puis d'examiner s'il convient de réviser la rente d'invalidité en cours.

8. Il s'agit de vérifier que le calcul du taux d'invalidité effectué par l'intimé dans sa décision sur opposition du 3 mai 2007 est correct.

Dans un premier grief, le recourant reproche à l'intimé de s'être fondé sur des hypothèses irréalistes quant aux activités adaptées qu'il pourrait exercer eu égard à l'importance de ses limitations fonctionnelles.

Lorsqu'il s'agit d'examiner dans quelle mesure un assuré peut encore exploiter économiquement sa capacité de gain résiduelle sur le marché du travail entrant en considération pour lui (art. 28 al. 2 LAI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007), on ne saurait subordonner la concrétisation des possibilités de travail et des perspectives de gain à des exigences excessives; l'examen des faits doit être mené de manière à garantir dans un cas particulier que le degré d'invalidité est établi avec certitude. Il s'ensuit que pour évaluer l'invalidité, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si un invalide peut être placé eu égard aux conditions concrètes du marché du travail, mais uniquement de se demander s'il pourrait encore exploiter économiquement sa capacité résiduelle de travail lorsque les places de travail disponibles correspondent à l'offre de la main d'oeuvre (VSI 1998 p. 296 consid. 3b et les références). La notion de marché équilibré du travail est une notion théorique et abstraite, qui sert de critère distinctif entre les cas tombant sous le coup de l'assurance chômage et ceux qui relèvent de l'assurance-invalidité (ATF 110 V 273 consid. 4b).

En l'espèce, il n'est pas contesté que le recourant connaît des limitations l'empêchant de porter des charges au-delà de 10 kilos de façon répétitive, de maintenir une position statique assise au-delà d'une heure et debout au-delà de 20 minutes, de marcher au-delà d'une heure, d'utiliser à répétition les membres supérieurs au-delà de 90°, d'adopter une position en porte-à-faux ou en antéflexion du rachis, de s'agenouiller ou s'accroupir de façon répétée, d'utiliser des machines à outils ayant des vibrations de 5 hertz, d'adopter une position en extension ou en flexion forcée du rachis cervical et d'effectuer des mouvements répétitifs de rotation droite/gauche du rachis cervical.

Dans divers jugements relatifs à des assurés souffrant de troubles physiques et de limitations similaires au recourant, notamment de hernies ou protrusions discales lombaires et cervicales avec limitation du port de charges ainsi que restriction de mouvements, le Tribunal fédéral des assurances (ci-après : TFA) a jugé que ces limitations fonctionnelles ne les empêchaient pas de mettre en pratique leur capacité résiduelle de travail. Il n'a pas considéré qu'un emploi correspondant à

leurs limitations fonctionnelles ne pouvait être exercé que sous une forme tellement restreinte qu'il n'existerait pratiquement pas sur le marché général du travail ou que l'exercice de cet emploi supposerait de la part de l'employeur des concessions irréalistes de sorte qu'il semblerait exclu de trouver un emploi correspondant (cf. notamment ATFA non publiés du 21 novembre 2006, I 833/05 et du 19 octobre 2005, I 38/05). Par ailleurs, dans un tout récent arrêt du 8 janvier 2008 (9C\_313/07), le TFA a effectivement admis que les possibilités d'un emploi adapté aux importantes limitations de la recourante (en particulier de ses membres supérieurs) n'apparaissent pas suffisantes pour admettre qu'elle puisse mettre en valeur sa capacité de travail résiduelle sur le plan économique. Or, cette assurée devait éviter le port de charges supérieures à un kilo et les mouvements de bras au-dessus de l'horizontale tout en ne disposant que d'une force limitée de préhension et de serrage soit une situation en rien comparable avec celle du recourant qui peut porter des charges jusqu'à 10 kilos et qui ne connaît pas de diminution de force de préhension ainsi que de serrage.

Dans un deuxième grief, le recourant reproche à l'intimé de prétendre à tort que les postes de travail à l'établi, de gardien de musée et d'opérateur de presse tiennent compte de ses limitations fonctionnelles. Il expose que, d'une part dans le poste de travail à l'établi, il devrait maintenir une position statique en permanence, rester penché en avant et tenir les bras à hauteur du menton, d'autre part dans celui de gardien de musée, il devrait avoir une bonne connaissance de la langue française et être en mesure de se déplacer rapidement, enfin dans l'activité d'opérateur de presse, il devrait avoir une bonne résistance physique et une capacité à rester longtemps debout.

Les postes de travail à l'établi et d'opérateur de presse ne semblent nullement impliquer le maintien d'une position statique durant toute la journée mais, bien au contraire, permettre de changer de position au bout d'un certain temps. D'ailleurs, si tel n'était pas le cas, on ne voit pas ce qui empêcherait le recourant de faire une pause lorsque la position commence à être douloureuse puisque la diminution de rendement de 30 % admise par le Dr N\_\_\_\_\_ a justement pour but de permettre au recourant d'aménager des pauses lors que le besoin s'en fait sentir. Par ailleurs, on ne voit pas davantage en quoi le poste de travail à l'établi nécessite de se pencher en avant et de tenir les bras à hauteur du menton pour exécuter le travail étant précisé qu'il n'y a pas de contre-indication pour le recourant à travailler avec les bras à hauteur des épaules puisque sa limitation ne concerne que les positions au-delà de 90°. Quant au poste de gardien de musée, toutes les personnes qui se sont entretenues avec le recourant s'accordent pour reconnaître qu'il parle correctement le français. Par ailleurs, il semble spécieux d'invoquer ses difficultés à se mouvoir rapidement pour démontrer que cette activité n'est pas adaptée car l'éventualité d'une évacuation d'urgence est extrêmement faible. Quoiqu'il en soit, si abstraitement, il semble que ces activités soient adaptées aux limitations fonctionnelles du recourant, la question de savoir si tel est le cas concrètement peut

rester non résolue, car, de toute façon, il existe d'autres activités adaptées à ses limitations fonctionnelles. En effet, quand bien même les activités proposées pourraient apparaître trop pénibles ou exigeantes au vu des limitations physiques du recourant, on ne voit pas en quoi la mise en pratique de sa capacité résiduelle de travail ne serait raisonnablement pas exigible au regard de son handicap dès lors que le marché du travail offre un large éventail d'activités légères ressortant aux secteurs de la production et des services. On peut à cet égard citer par exemple des tâches simples de vérification ou de contrôle ou encore des tâches d'approvisionnement de machines ou d'unités de production automatiques ou semi-automatiques (voir notamment ATFA non publiés du 30 novembre 2006, I 805/05, consid. 5.3, du 2 février 2005, I 394/04, consid. 3.2, du 11 juillet 2005, I 531/04, consid. 4.3 et les références).

9. Il reste à procéder à la comparaison des revenus.

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). 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).

En règle générale, le revenu hypothétique de la personne valide se détermine en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce qu'elle aurait effectivement pu réaliser au moment déterminant si elle était en bonne santé, en tenant compte de l'évolution des salaires jusqu'au moment du prononcé de la décision (ATF 129 V 224 consid. 4.3.1). Certaines circonstances peuvent toutefois justifier qu'on s'en écarte. Il n'est ainsi pas admissible de se baser sur le dernier salaire lorsque celui-ci ne correspond manifestement pas à ce que l'assuré aurait été en mesure de réaliser, au degré de la vraisemblance prépondérante, s'il n'était pas devenu invalide, compte tenu de sa situation personnelle et de ses aptitudes professionnelles; par exemple lorsqu'avant d'être reconnu définitivement incapable de travailler, il rencontrait des difficultés professionnelles en raison d'une aggravation progressive de son état de santé (RCC 1985 p. 662 consid. 3a) ou percevait une rémunération inférieure aux normes de salaire usuelles (sur la question, voir ATFA non publié du 17 octobre 2003, B 80/01, consid. 5.2.2).

Quant au revenu d'invalide, il doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé. Lorsque l'assuré n'a pas repris d'activité, ou aucune activité adaptée lui permettant de mettre pleinement en valeur sa capacité de travail résiduelle, contrairement à ce qui serait raisonnablement exigible de sa part,

le revenu d'invalidé peut être évalué sur la base de données statistiques, telles qu'elles résultent de l'enquête sur la structure des salaires (ci-après : ESS) publiée par l'Office fédéral de la statistique (ci-après : OFS) sur la base de statistiques salariales (ATF 126 V 75 consid. 3b/aa et bb). On se réfère alors à la statistique des salaires bruts standardisés, en se fondant toujours sur la médiane ou valeur centrale (ATF 124 V 323 consid. 3b/bb).

La mesure dans laquelle les salaires ressortant des statistiques doivent être réduits, dépend de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier (limitations liées au handicap, âge, années de service, nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation) et résulte d'une évaluation dans les limites du pouvoir d'appréciation. 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 75 consid. 5b/aa-cc).

10. En l'espèce, la comparaison des revenus doit se faire au regard de la situation existant en 2004 (cf. ATF 129 V 222; ATFA non publié du 27 avril 2006, I 60/05, consid. 3).

Quant au revenu sans invalidité, l'intimé a pris en considération le revenu statistique de niveau 4 pour 2004 estimant que le revenu obtenu avant le début de l'atteinte à la santé, à savoir celui de plâtrier, ne pouvait pas servir de base de calcul en raison de la faillite de l'ancien employeur. Pour sa part, le recourant considère que rien ne justifie de s'écarter de son dernier revenu qui est entré en force.

Contrairement à ce que prétend le recourant, la faillite de son ancien employeur a une incidence sur le revenu sans invalidité puisque, s'il était en bonne santé, il n'aurait pas pu continuer à travailler en 2004 pour ce même employeur de sorte qu'il n'est pas possible de se baser sur le revenu obtenu avant le début de l'invalidité et actualisé à la date de la révision. Dans le cas d'un assuré maçon et en l'absence de données établies par l'ancien employeur du recourant tombé en faillite, le TFA n'a pas critiqué l'utilisation par le Tribunal de céans de l'ESS pour établir le revenu sans invalidité (cf. à ce sujet ATFA non publié du 25 juin 2007, I 109/07, consid. 4.3.1). Au demeurant, dans un arrêt antérieur le TFA a précisé qu'il y avait lieu d'établir le revenu sans invalidité sur la base de l'ESS notamment lorsque le poste de travail de l'assuré avant la survenance de l'atteinte à la santé n'existait plus au moment déterminant de l'évaluation de l'invalidité (ATFA déjà cité B 80/01). Par conséquent, c'est à juste titre que l'intimé a déterminé le revenu sans invalidité de cette façon.

En définitive, à défaut de pouvoir disposer de renseignements concrets fiables sur le revenu qu'aurait pu réaliser le recourant au moment du calcul de la rente d'invalidité en 2004, il convient de se référer aux données salariales ressortant de l'ESS 2004 aussi bien pour établir le revenu sans invalidité qu'avec invalidité

---

(ATFA non publié du 13 janvier 2005, I 137/04, consid. 5.1.2 et 5.1.3). Quant au premier, étant donné qu'en 2004, le recourant aurait eu six années d'expérience dans l'activité de plâtrier et huit ans dans celle de marbrier, il faut admettre que même s'il n'a pas de formation théorique validée par un certificat, il y a également lieu de tenir compte de l'expérience qu'il a acquise dans les activités de marbrier et de plâtrier depuis qu'il a travaillé en Suisse (cf. ATFA non publié du 19 janvier 2007, I 22/06, consid. 3.1.2). En effet, la CCT du Bâtiment (second œuvre) produite par l'intimé (ch. 3.11) distingue entre manœuvre (sans connaissance professionnelle) et employé sans CFC ou avec CFC mais moins de trois années d'activité, ce qui démontre que, dans le domaine du second œuvre, trois années d'expérience professionnelle sont assimilables aux connaissances d'un employé avec CFC. Par ailleurs, ces chiffres sont relativement proches du salaire que le recourant obtenait chez son ancien employeur ce qui confirme que le recourant était payé en fonction de son expérience professionnelle.

Par conséquent, il convient de prendre en considération le niveau 3 et la moyenne du domaine d'activité de la construction (secteur 11, table TA7 2004), soit un salaire mensuel pour homme de 5'350 fr., respectivement de 64'200 fr. par année. Puisque les salaires bruts standardisés sont fondés sur un horaire de travail de quarante heures (ATF 129 V 410 consid. 3.1.2), ce revenu statistique doit encore être adapté à l'horaire de travail en 2004 qui était de 41.6 heures par semaine (OFS, durée normale de travail dans les entreprises) soit à 66'768 fr. ( $64'200 \times 41.6 : 40$ ).

Quant au revenu avec invalidité, compte tenu de l'activité de substitution que pourrait exercer le recourant dans une activité légère et adaptée, le salaire de référence est celui auquel peuvent prétendre les hommes effectuant des activités simples et répétitives (niveau de qualification 4) dans le secteur privé, soit 4'588 fr. par mois en 2004, ou 55'056 fr. annuellement (ESS 2004 TA1). Au regard du large éventail d'activités simples et répétitives que recouvrent les secteurs de la production et des services, on doit en effet convenir qu'un certain nombre d'entre elles sont légères et adaptées aux problèmes vertébraux du recourant. Ce revenu doit être adapté au rendement de 70 % du recourant ( $55'056 \times 70 \% = 38'539.20$ ) et à l'horaire de travail en 2004 de sorte qu'il s'élève à 40'080 fr. 75 ( $38'539.20 \times 41.6 : 40$ ).

Etant donné que les limitations du recourant, sa capacité partielle de travail et la pratique d'activités légères impliquent un salaire moins élevé qu'un travailleur en bonne santé, il y a lieu de procéder à un abattement généreux de 15 % afin de tenir compte qu'il ne pourrait obtenir qu'un salaire moins élevé que le salaire statistique (ATFA non publiés du 10 mai 2002, I 481/01, consid. 4c et du 2 décembre 2002, I 500/02, consid. 1.4.1). Par conséquent, le revenu d'invalidité s'élève à 34'068 fr. 65 ( $40'080 \times 85 \%$ ) de sorte que le taux d'invalidité est pour 2004 dans le meilleur des cas de 49 % ( $66'768 - 34'068.65 : 66'768$ ) ce qui confirme que le recourant n'a droit qu'à un quart de rente.

Contrairement à ce que soutient le recourant, même s'il présente de nombreuses limitations fonctionnelles, celles-ci ne justifient pas la prise en considération d'un salaire statistique autre que le salaire médian qui est d'ailleurs seul utilisé par la jurisprudence (ATF 124 V 323 consid. 3b/bb). En effet, l'abattement appliqué sur le revenu d'invalidité et la prise en considération d'un rendement de 70 % tiennent suffisamment compte des nombreuses limitations fonctionnelles du recourant sans qu'il soit nécessaire de procéder à des réductions supplémentaires (cf. ATFA non publiés des 8 juillet 2003, I 515/02, consid. 4.4 et du 10 juillet 2003, I 148/03, consid. 3.2). De plus, dans les éléments à prendre en considération pour établir le taux de l'abattement, il n'y a pas lieu de tenir compte de la nationalité étrangère du recourant puisqu'il est au bénéfice d'un permis d'établissement car les salaires statistiques sont établis en fonction de la population résidente aussi bien suisse qu'étrangère (ATFA non publié du 17 janvier 2006, I 700/04, consid. 4.3.3). Il en va de même de sa mauvaise maîtrise du français qui n'est retenue ni par les maîtres d'orientation professionnelle, ni par le Dr N\_\_\_\_\_. La question de savoir si cet élément est avéré peut rester non résolue car, de toute évidence, sa mauvaise maîtrise de la langue ne l'a ni empêché, ni limité dans l'exercice de ses activités lucratives antérieures de sorte qu'il n'y a pas lieu de considérer que ce facteur nécessite une réduction de salaire supplémentaire.

Par conséquent, les conditions d'une révision de rente ne sont pas réalisées hormis pour la période de février à fin juillet 2006 pour laquelle l'intimé a accepté de verser une rente entière d'invalidité du 1<sup>er</sup> mai au 31 octobre 2006 en application de l'art. 88a al. 1 et 2 RAI. L'intimé ayant admis que sa décision sur opposition du 3 mai 2007 comportait une erreur de plume en tant qu'elle reconnaissait au recourant le droit à un quart de rente dès le 1<sup>er</sup> octobre 2006 alors que ce droit existe en réalité dès le 1<sup>er</sup> novembre 2006, il y a lieu de donner acte à l'intimé de la modification de sa décision sur opposition dans ce sens.

11. Mal fondé, le recours sera rejeté. Au vu du sort du recours, il y a lieu de condamner le recourant au paiement d'un émolument de 200 fr.

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

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. Le rejette dans le sens des considérants.
3. Met un émolument de 200 fr. à la charge du recourant.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

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