

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2788/2011

ATAS/725/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 24 mai 2012

3ème Chambre

En la cause

Monsieur B _____, domicilié à Thonex, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître NANCHEN Henri

recourant

contre

OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITE DU CANTON DE
GENEVE, sis rue de Lyon 97, Genève

intimé

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Michaël BIOT et Claudiane CORTHAY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur B _____ (ci-après : l'assuré), né en 1949 a travaillé en tant que maçon.
2. Le 10 mars 2005, l'assuré a déposé une demande de prestations auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : OAI) en invoquant une perte de vision de l'œil droit.
3. Cette demande a été rejetée par décision de l'OAI du 24 février 2006, confirmée sur opposition le 29 mai 2009.
4. Saisi par l'assuré, le Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS) - alors compétent - a ordonné une expertise qu'il a confiée au Centre d'expertise médicale (CEMED), plus particulièrement aux Drs L _____, ophtalmologue, et M _____, rhumatologue.
5. Le 15 octobre 2009, les experts ont rendu leur rapport, au terme duquel ils ont retenu les diagnostics suivants : coxarthrose gauche, omarthrose droite post-rupture de la coiffe des rotateurs, arthrose du coude gauche, spondylarthrose cervicale et lombaire modérée et cécité totale de l'œil droit.

Les experts ont conclu que l'assuré ne pouvait plus exercer d'activité nécessitant une vision stéréoscopique, qu'il devait limiter ses déplacements à pied à des sols plats et à une durée de 5 à 10 minutes et limiter le port de charges à 5 kg. En conséquence, l'activité de manœuvre sur les chantiers n'était plus exigible depuis fin 2004. En revanche, selon les experts, l'exercice d'une autre activité serait envisageable. A cet égard, ils ont expliqué qu'une cure de coxarthrose devrait permettre d'améliorer la capacité de travail sur les plans qualitatif et quantitatif en réduisant les douleurs et les difficultés locomotrices. Dans ces conditions, une activité sédentaire ou semi-sédentaire, n'impliquant ni port de charges ni mouvements répétitifs des membres supérieurs contre résistance et au-dessus des épaules serait alors envisageable.

6. Par arrêt du 11 mars 2010 (ATAS/289/2010), le TCAS a admis partiellement le recours de l'assuré en ce sens qu'il a reconnu à celui-ci le droit à une rente entière d'invalidité à compter du 1^{er} janvier 2008 et renvoyé la cause à l'intimé pour instruction complémentaire et nouvelle décision concernant la période antérieure.

En effet, le TCAS a admis une totale incapacité de travail du 28 octobre 2004 au 30 septembre 2005, puis à nouveau dès le début de l'année 2007.

Quant à la période intermédiaire, du 1^{er} octobre 2005 au 31 décembre 2006, le TCAS a conclu, au vu des documents médicaux versés à la procédure, que l'on pouvait exiger de l'assuré qu'il exerçât à plein temps une activité adaptée, c'est-à-

dire correspondant aux limitations mentionnées par les médecins : pas de mouvements répétitifs, pas de port de charges de plus de 5 kg, pas de travail en hauteur, pas d'activité nécessitant une vision stéréoscopique, limitation du périmètre de marche à 500 m., pas d'utilisation d'outils dangereux, pas de travail de précision, pas d'exposition au froid ou à la poussière.

Constatant que seules des activités légères et répétitives pourraient entrer en considération et que bon nombre d'entre elles impliquaient des mouvements répétitifs - dont il avait été admis que l'assuré devait les éviter -, des activités de contrôle ou de précision - inenvisageables pour l'assuré en raison de ses problèmes de vue - ou encore le contact avec des poussières - environnement qu'il devait précisément éviter -, le TCAS s'est posé la question de savoir quelle activité pourrait concrètement être envisagée, étant précisé qu'un travail à l'écran était également exclu par les problèmes d'irritation rencontrés par l'assuré au niveau de l'œil, tout comme la profession de chauffeur-livreur - qui nécessite une vision stéréoscopique. S'ajoutaient à cela les difficultés liées à l'âge de l'assuré, à son défaut de formation et à son manque de maîtrise du français.

C'est sur ce point précis que le TCAS a renvoyé la cause à l'intimé, à charge pour ce dernier d'examiner concrètement quels emplois pourraient entrer en considération, étant précisé que s'il s'avérait qu'il existait effectivement une activité adaptée aux limitations fonctionnelles et personnelles de l'assuré, le droit à la rente ne débiterait qu'à partir du 1er janvier 2008 - l'incapacité de travail due aux troubles oculaires ayant duré moins d'une année - et que dans le cas contraire, le droit à la rente s'ouvrirait dès le 1er novembre 2005.

7. L'OAI auquel la cause a été renvoyée a soumis le dossier à sa division de réadaptation professionnelle qui a procédé à une évaluation théorique du degré d'invalidité en alléguant que le revenu d'invalidité retenu - basé sur l'ESS 2004 (TA1, niveau 4) tenait compte d'un large éventail d'activités légères existant sur le marché du travail tant dans le secteur industriel (ouvrier sériel à l'établi, conditionnements légers) que dans celui des services collectifs ou personnels (concierge, par exemple). La division de réadaptation a émis l'avis qu'il existait ainsi un nombre suffisant d'activités pouvant être exercées sans efforts importants, autorisant le changement de position et n'exigeant pas de vision stéréoscopique. Selon elle, le marché équilibré du travail offrirait ainsi une palette suffisamment large d'activités non qualifiées et adaptées aux handicaps de l'assuré sans qu'il soit nécessaire de déterminer précisément lesquelles ce dernier serait capable d'exercer. En conséquence de quoi la division de réadaptation a fixé le revenu d'invalidité en se basant sur les statistiques. Après application d'une réduction supplémentaire de 25%, elle a obtenu un montant de 43'313 fr. qui, comparé au revenu avant invalidité, soit 56'379 fr. 40 selon les indications émanant du dernier employeur, a conduit à un degré d'invalidité de 29,1 %.
8. Le 24 mai 2011, l'OAI a fait parvenir à l'assuré un projet de décision en ce sens.

9. Par courrier du 23 juin 2011, le conseil de l'assuré a émis l'avis qu'au vu des consignes du TCAS, il ne lui paraissait pas suffisant de se borner à recourir de manière abstraite aux données statistiques. Il a réclamé une appréciation concrète et une liste des activités adaptées susceptibles d'être envisagées.
10. Par décision formelle du 5 août 2011, l'OAI a rendu une décision conforme au projet qu'elle avait fait parvenir à l'assuré et niant tout droit aux prestations à ce dernier pour la période considérée.
11. Par écriture du 14 septembre 2011, l'assuré a interjeté recours contre cette décision en concluant à l'octroi d'une rente entière du 1er octobre 2005 au 31 décembre 2007, subsidiairement à la mise sur pied d'une expertise médicale afin de déterminer sa capacité de travail durant cette période.
12. Invité à se déterminer, l'intimé, dans sa réponse du 10 octobre 2011, a conclu au rejet du recours.

Il se prévaut de l'obligation faite aux assurés de diminuer le dommage.

L'intimé relève avoir évoqué dans sa décision les activités sérielles à l'établi, de conditionnement léger ou encore de concierge. Il estime avoir ainsi suffisamment défini les activités exigibles de l'assuré durant la période litigieuse.

13. Le 7 novembre 2011, le conseil de l'assuré a répliqué que les activités évoquées par l'intimé ne pouvaient en aucun cas être considérées comme envisageables au vu des limitations de son mandant. S'agissant plus particulièrement des tâches de conciergerie, le recourant a formellement contesté en avoir accompli à l'époque, expliquant qu'en réalité c'était son fils et une voisine dévouée qui s'en étaient chargés en son nom.
14. L'intimé a dupliqué le 15 novembre 2011, en persistant dans ses conclusions.

L'intimé se réfère à l'avis de sa division de réadaptation dont il soutient que c'est à elle - et non au médecin - qu'il revient d'indiquer quelles sont les activités professionnelles concrètes pouvant entrer en considération sur la base des renseignements médicaux et compte tenu des aptitudes résiduelles de l'assuré. Or, en l'occurrence, le conseiller en réadaptation a estimé que le large éventail d'activités légères existant sur le marché du travail était suffisant pour admettre que l'une d'entre elles correspondait aux limitations de l'assuré.

Quant à l'activité de conciergerie dont il soutient que l'assuré l'a exercée, l'intimé précise qu'elle est attestée - ainsi que le montant de la rémunération y relative - par l'extrait de compte individuel AVS de l'assuré.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI; RS 831.20).

La compétence de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. A teneur de l'art. 1 al. 1 LAI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité, à moins que la loi n'y déroge expressément.

Toutefois, 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).

3. Les modifications de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 21 mars 2003 (4^{ème} révision), du 6 octobre 2006 (5^{ème} révision) et du 18 mars 2011 (révision 6a), entrées en vigueur le 1er janvier 2004, respectivement, le 1er janvier 2008 et le 1er janvier 2012, entraînent la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-invalidité.

Sur le plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1, consid. 1; ATF 127 V 467, consid. 1 et les références). En ce qui concerne en revanche la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93, consid. 6b, ATF 112 V 360, consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

4. Le délai de recours est de 30 jours (art. 60 al. 1 LPGA). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable, en vertu des art. 56ss LPGA.
5. A ce stade, le litige ne porte plus que sur le droit aux prestations de l'assuré du 1^{er} octobre 2005 au 31 décembre 2006, plus particulièrement sur la question de savoir s'il existe concrètement sur le marché du travail des activités correspondant aux limitations fonctionnelles admises et non contestées. Il n'y a en particulier pas lieu d'ordonner l'expertise médicale sollicitée par le recourant dès lors que la situation médicale durant la période considérée a été élucidée.
6. Est réputée invalidité, l'incapacité de gain totale ou partielle présumée permanente ou de longue durée, résultant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art. 8 al. 1 LPGA et 4 al. 1 LAI). Selon l'art. 7 LPGA, est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de

l'assuré sur le marché du travail équilibré qui entre en considération, si cette diminution résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (al 1).

Pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré (art. 16 LPGA et art. 28 al. 2 LAI).

Il y a lieu de préciser que selon la jurisprudence, la notion d'invalidité, au sens du droit des assurances sociales, est une notion économique et non médicale; ce sont les conséquences économiques objectives de l'incapacité fonctionnelle qu'il importe d'évaluer (ATF 110 V 273 consid. 4a). L'atteinte à la santé n'est donc pas à elle seule déterminante et ne sera prise en considération que dans la mesure où elle entraîne une incapacité de travail ayant des effets sur la capacité de gain de l'assuré (ATFA non publié I 654/00 du 9 avril 2001, consid. 1).

7. En l'espèce, s'agissant de la période du 1er octobre 2005 au 31 décembre 2006, le TCAS a conclu que l'on pouvait exiger de l'assuré qu'il exerçât à plein temps une activité adaptée c'est-à-dire correspondant aux limitations mentionnées par les médecins : pas de mouvements répétitifs, pas de port de charges de plus de 5 kg, pas de travail en hauteur, pas d'activité nécessitant une vision stéréoscopique, limitation du périmètre de marche à 500 m., pas d'utilisation d'outils dangereux, pas de travail de précision, pas d'exposition au froid ou à la poussière. Il n'y a dès lors pas lieu de revenir sur ce point.

Reste à savoir s'il existe effectivement sur le marché du travail des activités susceptibles de répondre à cette description.

Certes, 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. 16 LPGA), 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 (arrêt I 198/97 du 7 juillet 1998 consid. 3b et les références, in VSI 1998 p. 293).

On ne saurait toutefois se fonder sur des possibilités de travail irréalistes. Ainsi, on ne peut parler d'une activité exigible au sens de l'art. 16 LPGA, lorsqu'elle ne peut être exercée que sous une forme tellement restreinte qu'elle n'existe pratiquement

pas sur le marché général du travail ou que son exercice suppose de la part de l'employeur des concessions irréalistes et que, de ce fait, il semble exclu de trouver un emploi correspondant (arrêts I 350/89 du 30 avril 1991 consid. 3b, in RCC 1991 p. 329; I 329/88 du 25 janvier 1989 consid. 4a, in RCC 1989 p. 328).

D'après ces critères, il y a lieu de déterminer dans chaque cas et de manière individuelle si l'assuré est encore en mesure d'exploiter une capacité de travail résiduelle sur le plan économique et de réaliser un salaire suffisant pour exclure une rente. Ni sous l'angle de l'obligation de diminuer le dommage, ni sous celui des possibilités qu'offre un marché du travail équilibré aux assurés pour mettre en valeur leur capacité de travail résiduelle, on ne saurait exiger d'eux qu'ils prennent des mesures incompatibles avec l'ensemble des circonstances objectives et subjectives (arrêt 9C_313/2007 du 8 janvier 2008 consid. 5.2 in fine et la référence).

S'il est vrai que des facteurs tels que l'âge, le manque de formation ou les difficultés linguistiques jouent un rôle non négligeable pour déterminer dans un cas concret les activités que l'on peut encore raisonnablement exiger d'un assuré, ils ne constituent pas, en règle générale, des circonstances supplémentaires qui, à part le caractère raisonnablement exigible d'une activité, sont susceptibles d'influencer l'étendue de l'invalidité, même s'ils rendent parfois difficile, voire impossible la recherche d'une place et, partant, l'utilisation de la capacité de travail résiduelle (arrêt I 377/98 du 28 juillet 1999 consid. 1 et les références, in VSI 1999 p. 246). Toutefois, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'invalidité d'un assuré qui se trouve proche de l'âge donnant droit à la rente de vieillesse, il faut procéder à une analyse globale de la situation et se demander si, de manière réaliste, cet assuré est en mesure de retrouver un emploi sur un marché équilibré du travail. Cela revient à déterminer, dans le cas concret qui est soumis à l'administration ou au juge, si un employeur potentiel consentirait objectivement à engager l'assuré, compte tenu notamment des activités qui restent exigibles de sa part en raison d'affections physiques ou psychiques, de l'adaptation éventuelle de son poste de travail à son handicap, de son expérience professionnelle et de sa situation sociale, de ses capacités d'adaptation à un nouvel emploi, du salaire et des contributions patronales à la prévoyance professionnelle obligatoire, ainsi que de la durée prévisible des rapports de travail (cf. ATF 8C_22/2009 ; arrêt I 819/04 du 27 mai 2005 consid. 2.2 et les références).

Âgé de 56-57 ans durant la période considérée, le recourant n'avait cependant pas encore atteint l'âge à partir duquel la jurisprudence considère généralement qu'il n'existe plus de possibilité réaliste de mise en valeur de la capacité résiduelle de travail sur un marché du travail supposé équilibré (ATF 9C_1043/2008, consid. 3.2).

Cela ne suffit cependant pas à conclure que le marché du travail offre un large éventail d'activités légères, dont on doit convenir qu'un nombre significatif seraient

adaptées aux limitations du recourant et accessibles sans aucune formation particulière.

On relèvera que dans le cas présent, même des tâches simples de surveillance, de vérification ou de contrôle ne peuvent être considérées comme adaptées en raison des problèmes de vision rencontrés par l'assuré, qui excluent non seulement toute activité demandant une vision stéréoscopiques, mais également le travail sur écran. On rappellera que l'exposition au froid est également déconseillée.

Quant aux activités d'ouvrier sériel à l'établi ou de conditionnement léger évoquées par l'intimé, elles sont incompatibles avec la limitation fonctionnelle interdisant tout mouvement répétitif, tout comme les tâches de conciergerie le sont avec la limitation du périmètre de marche, l'interdiction de port de charges et le fait de devoir éviter de s'exposer au froid ou à la poussière. S'agissant de cette dernière activité, on relèvera que le fait que l'assuré ait touché une rémunération mentionnée dans son compte individuel AVS ne suffit pas à infirmer l'allégation selon laquelle c'est en réalité son fils qui s'en est chargé pour lui.

Certes, la réadaptation par soi-même est un aspect de l'obligation de diminuer le dommage qui prime le droit à une rente. Il paraît cependant difficile de demander à un assuré de se reclasser seul alors que la division de réadaptation de l'OAI elle-même se trouve dans l'incapacité de fournir quelques exemples concrets d'activités correspondant aux limitations énoncées.

On ajoutera que si le TCAS a jugé bon de renvoyer la cause à l'intimé pour investigations supplémentaires et nouvelle décision, c'est précisément qu'il estimait qu'il ne suffisait pas de se référer dans le cas d'espèce aux valeurs statistiques, sans quoi il aurait procédé lui-même au calcul théorique du degré d'invalidité.

C'est parce qu'il a constaté que seules des activités légères et répétitives pourraient entrer en considération et que ce type d'activité impliquait par définition des mouvements répétitifs - dont il a été admis que l'assuré devait les éviter -, des activités de contrôle ou de précision - inenvisageables en raison des problèmes de vision - ou encore le contact avec des poussières, le travail sur écran, etc., que le TCAS s'est posé la question de savoir quelle activité pourrait concrètement être envisagée.

Le TCAS a donné l'occasion à l'intimé d'établir que, malgré l'importance des limitations fonctionnelles, un certain nombre d'activités demeuraient accessibles au recourant sans aucune formation particulière. Force est de constater que l'intimé n'a pu le démontrer, de sorte que la Cour de céans en tirera la conclusion que, dans le cas d'espèce, le marché du travail équilibré n'offre pas la possibilité à l'assuré de mettre en valeur sa capacité de travail résiduelle, de sorte qu'il y a lieu de reconnaître à l'assuré le droit à une rente entière d'invalidité dès le 1er novembre 2005.

Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est admis et la décision du 5 août 2011 annulée.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision du 5 août 2011.
4. Reconnaît à l'assuré le droit à une rente entière dès le 1^{er} novembre 2005.
5. Renvoie la cause à l'intimé pour calcul des prestations dues.
6. Condamne l'intimé à verser au recourant la somme de 1'500 fr. à titre de dépens.
7. Met un émolument de 500 fr. à la charge de l'intimé.
8. 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; RS 173.110); 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

Marie-Catherine SECHAUD

Karine STECK

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