

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2986/2008

ATAS/

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 3**

**du 8 octobre 2009**

En la cause

Monsieur B\_\_\_\_\_, domicilié à ONEX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Monique STOLLER FÜLLEMANN

recourant

contre

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

intimé

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Maria GOMEZ et Evelyne BOUCHAARA, Juges assesseurs**

---

### EN FAIT

1. Monsieur B\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1966, de nationalité portugaise, a déposé en date du 12 mars 2008 une demande d'orientation professionnelle, de reclassement dans une nouvelle profession et de rente auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après OCAI). Il a indiqué souffrir de lombalgies et d'une hernie discale depuis 1999 et être dans l'incapacité totale de travailler depuis le 12 février 2008.
2. Dans un rapport du 31 mars 2008, la Dresse L\_\_\_\_\_, généraliste, a diagnostiqué des lombalgies chroniques sur hernie discale latérale gauche L4-L5 existant depuis 2000, une protrusion discale L5-S1 et un rétrécissement des trous de conjugaison L3-L4, L4-L5 et L5-S1. Elle a exposé qu'au début de l'année 2000, des lombalgies étaient apparues, qui s'étaient aggravées progressivement et avaient persisté malgré un traitement antalgique. L'assuré souffrait désormais de lombalgies plus accentuées du côté gauche avec une hypoesthésie aux pieds. Le médecin a dit avoir constaté une contracture musculaire paravertébrale gauche. Il a conclu à une totale incapacité de travail du 17 janvier au 15 juillet 2001, puis du 2 juillet au 31 août 2007 et enfin dès le 12 février 2008. Le médecin a exprimé l'avis que l'activité exercée précédemment par l'assuré n'était plus exigible de ce dernier et que son rendement était réduit dès lors qu'il ne pouvait plus faire d'efforts physiques. Selon le médecin, depuis 2000, l'assuré doit éviter les activités s'effectuant uniquement en position assise ou debout ou alors impliquant beaucoup de marche, de même que celles qui demandent de se pencher, s'accroupir, s'agenouiller, soulever et porter des charges ou encore monter sur une échelle, un échafaudage ou des escaliers.
3. Interrogé par l'OCAI, l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) a indiqué que l'assuré s'était annoncé au chômage le 1<sup>er</sup> octobre 2001 puis le 17 août 2004 et qu'il était à nouveau au bénéfice d'indemnités depuis le 31 janvier 2007 ; il recherchait une activité de concierge. Le Dr M\_\_\_\_\_, généraliste FMH et médecin-conseil de l'OCE avait estimé que l'assuré n'avait pas les capacités fonctionnelles de rester en position debout plus de quatre heures par jour ou plus de deux à trois heures d'affilées, de lever, porter ou déplacer des charges de plus de 10 kilos, d'effectuer des mouvements des membres ou du dos autres qu'occasionnels, d'incliner le buste, de travailler en hauteur ou sur une échelle, ou encore de se déplacer sur sol irrégulier ou en pente. Le médecin a estimé que la motivation de l'intéressé pour une reprise du travail ou une reconversion professionnelle était faible et son incapacité à exercer sa profession de maçon totale. Il a précisé que l'intéressé était médicalement inapte à l'emploi, qu'à long terme, il ne pourrait continuer à exercer sa profession de maçon ou toute autre activité sollicitant la colonne lombaire pour des efforts physiques intenses et a préconisé une orientation professionnelle (cf. préavis médical établi le 21 avril 2007).

4. Le dernier employeur de l'assuré, X\_\_\_\_\_ SA a indiqué à l'OCAI que l'intéressé avait exercé une mission temporaire comme maçon de catégorie A qualifié sans CFC du 10 septembre 2003 au 11 novembre 2005.
5. Dans un avis médical du 25 avril 2008, le Dr N\_\_\_\_\_, médecin du service médical régional de l'assurance-invalidité (ci-après : SMR) a estimé que, compte tenu de la pathologie lombaire, l'activité précédemment exercée et les travaux lourds ne pouvaient plus être exigés de l'assuré mais qu'en revanche, sa capacité de travail était préservée dans une activité adaptée, c'est-à-dire lui permettant d'épargner son dos et d'éviter le port de charges de plus de cinq kilos.
6. Le 13 mai 2008, l'OCAI a communiqué à l'assuré un projet de décision dont il ressortait qu'il avait l'intention de rejeter sa demande de mesures professionnelles et de lui nier le droit à une rente. L'OCAI, après comparaison des revenus avant et après invalidité a estimé que, malgré une réduction supplémentaire de 10% du revenu d'invalidé pour tenir compte des limitations fonctionnelles, le degré d'invalidité n'atteignait pas un seuil suffisant pour ouvrir droit à des mesures professionnelles ou à une rente.
7. Par courrier du 22 mai 2008, l'assuré a contesté ce projet en alléguant ne pouvoir rester longtemps debout ou assis et n'avoir aucune formation lui permettant d'exercer un métier adapté à son état de santé. Il a demandé à l'OCAI d'étudier toutes les possibilités pour l'aider et de le convoquer pour une évaluation par ses médecins-conseil.
8. Par décision du 17 juin 2008, l'OCAI a confirmé sa position. Il a rappelé qu'un examen médical par le SMR n'était pas une obligation dès lors que ce dernier pouvait se déterminer sans examen si les éléments médicaux versés au dossier étaient suffisants. Il a estimé que l'assuré n'apportait aucun élément médical nouveau susceptible de revoir le dossier. Il a précisé que, sur demande écrite et motivée de sa part, il étudierait la possibilité de mettre en œuvre une aide au placement.
9. Par écriture du 18 août 2008, l'assuré a interjeté recours auprès du Tribunal de céans en concluant à l'octroi de mesures d'ordre professionnel sous suite de frais et dépens.

Le recourant conteste le calcul auquel s'est livré l'intimé et reproche à ce dernier de n'avoir pas tenu compte de sa nationalité, de son type de permis de séjour et de ses barrières linguistiques qui justifient selon lui une réduction d'au moins 20%, ce qui serait suffisant pour lui ouvrir droit à des mesures d'ordre professionnel.

Le recourant se réfère à un rapport de la Dresse L\_\_\_\_\_ qui émet l'avis que, pour éviter que les lombalgies de son patient ne s'aggravent, il est impératif que ce dernier puisse se reconvertir dans une profession beaucoup plus légère, dans laquelle elle estime que sa capacité de travail serait alors pleine et entière.

10. Invité à se déterminer, l'intimé, dans sa réponse du 16 octobre 2008, a conclu au rejet du recours.

Il expose avoir procédé à une nouvelle comparaison des revenus tenant compte de l'indexation des salaires de 2006 à 2007 et du fait que l'horaire hebdomadaire de travail était alors de 41.7 h./sem., ce qui l'a conduit à un degré d'invalidité de 14.7%. L'intimé souligne que le recourant n'a plus exercé d'activité professionnelle depuis 2005, raison pour laquelle, en l'absence de données salariales concrètes, il a évalué le revenu sans invalidité sur la base de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ci-après : ESS). L'intimé soutient que le revenu ainsi obtenu est largement à l'avantage du recourant dès lors qu'à la lecture du rassemblement des comptes individuels AVS de l'intéressé, il apparaît que ce dernier n'a, dans les faits, jamais réalisé un tel revenu. Quant à la réduction appliquée au revenu après invalidité, l'intimé défend l'opinion qu'un abattement supplémentaire ne se justifie pas car la nationalité étrangère et la barrière linguistique ne sont pas des éléments à prendre en considération dans ce cadre, les salaires statistiques étant établis en fonction de la population résidente, aussi bien suisse qu'étrangère.

11. Dans sa réplique du 19 novembre 2008, le recourant a demandé au Tribunal de céans de vérifier le calcul du taux d'invalidité effectuée par l'OCAI. Il continue de soutenir qu'en raison de sa nationalité, de sa faible scolarisation et du fait que seule une activité légère peut entrer en ligne de compte, le revenu d'invalidité doit être calculé en tenant compte d'une réduction de 25%. Il persiste dans ses conclusions et, très subsidiairement, sollicite au minimum une orientation professionnelle qui lui permettrait d'identifier quelle serait l'activité professionnelle appropriée, voire un placement adéquat.
12. Le 4 février 2009, le recourant a encore communiqué au Tribunal de céans un rapport d'observation établi par les maîtres socioprofessionnels de l'atelier de réadaptation professionnelle des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) en date du 12 janvier 2009. Au vu des difficultés rencontrées dans le cadre de ce stage, il soutient que l'intimé doit se déterminer plus précisément sur la question de savoir quelle pourrait être l'activité adaptée à son état.

Dans ledit rapport d'observation, la Dresse O \_\_\_\_\_ et le technicien responsable indiquent que le stage s'est effectué à plein temps (soit six heures par jour) du 20 au 29 octobre 2008 puis à mi-temps du 30 octobre au 17 novembre 2008. Ils rappellent l'anamnèse en mentionnant également un blocage fréquent du genou gauche. Le stage a consisté en la restauration de dossiers patients, la fabrication de dossiers OCE et de la pyrogravure. Indépendamment des critères de rendement, le travail du recourant a été jugé qualitativement dans la norme. Un état de stress important est mentionné et il est précisé que l'assuré était dans un état de tension nerveuse et de douleurs permanentes qui l'ont empêché d'avoir un rythme de travail constant ; lorsque les douleurs du genou gauche devenaient insupportables, il ces-

sait toute activité et recherchait, sans réellement la trouver, une position antalgique sur son siège ; il présentait aussi une diminution de force dans la jambe gauche qui pourrait engendrer un risque de chute ; son état psychologique était aussi fortement péjoré par sa longue période d'inactivité et son incapacité à retrouver un emploi adapté. Les rédacteurs du rapport en ont tiré la conclusion que, pour l'heure, il n'existait pas d'activité adaptée à l'état du patient et qu'au vu de leurs observations, ce dernier n'était pas en mesure de travailler dans le marché primaire mais tout au plus dans un atelier protégé où l'environnement serait plus adapté à ses besoins d'intégration sociale.

13. Par décision du 10 février 2009, l'OCE a prononcé l'inaptitude au placement de l'assuré à partir du 13 janvier 2009.
14. Dans sa détermination du 24 mars 2009, l'intimé a persisté dans ses conclusions en soulignant que l'assuré avait un devoir d'auto-adaptation, expression de l'obligation générale de réduction du dommage, et que ce devoir précédait non seulement le droit à la rente mais aussi le droit légal à la réadaptation. Selon l'intimé, au vu du large éventail d'activités simples que recouvrent les secteurs de la production et des services, il faut admettre qu'un grand nombre d'entre elles n'impliquent pas le port de lourdes charges, permettent l'alternance des positions et sont accessibles sans autre formation. Quant aux conclusions du rapport d'observation des maîtres socioprofessionnels des HUG, l'intimé soutient qu'elles ne sauraient remettre en question l'exigibilité de la capacité de travail déterminée sur la base de rapports médicaux concordants et de limitations fonctionnelles clairement définies.
15. Le 26 mars 2009, le Tribunal de céans a communiqué cette écriture à la recourante et gardé la cause à juger.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales 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). 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. Elle est applicable en l'espèce, dès lors que les faits juridiquement déterminants se sont déroulés postérieurement à son entrée en vigueur (ATF 130 V 446 consid. 1; ATF 129 V 4 consid. 1.2). 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 modifications de la LAI du 6 octobre 2006 (5<sup>ème</sup> révision de la LAI), entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, sont régies par le même principe et sont donc applicables.

3. La décision du 17 juin 2008 a été reçue le 19 juin 2008. Etant rappelé que les délais sont suspendus du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 38 al. 4 let. b et 60 al. 2 LPGA), le recours du 18 août 2009 a donc été formé en temps utile (art. 38 al. 1, 39 al. 1 et 60 al. 2 LPGA). Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (56ss LPGA).
4. Le litige porte sur le droit du recourant à des mesures de réadaptation professionnelle sous forme d'orientation professionnelle et de reclassement.
5. Selon l'art. 8 al. 1 LAI, les assurés invalides ou menacés d'une invalidité (art. 8 LPGA) ont droit aux mesures de réadaptation pour autant que ces mesures soient nécessaires et de nature à rétablir, maintenir ou améliorer leur capacité de gain ou leur capacité d'accomplir leurs travaux habituels (let. a) et que les conditions d'octroi des différentes mesures soient remplies (let. b). Aux termes de l'art. 8 al. 3 LAI, les mesures de réadaptation comprennent des mesures médicales (let. a), des mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle (let. abis), des mesures d'ordre professionnel (orientation professionnelle, formation professionnelle initiale, reclassement, placement, aide en capital; let. c), l'octroi de moyens auxiliaires (let. d).

En vertu de l'art. 17 al. 1 LAI, l'assuré a droit au reclassement dans une nouvelle profession si son invalidité rend cette mesure nécessaire et que sa capacité de gain peut ainsi, selon toute vraisemblance, être maintenue ou améliorée. Sont considérées comme un reclassement les mesures de formation destinées à des assurés qui en ont besoin, en raison de leur invalidité, après achèvement d'une formation professionnelle initiale ou après le début de l'exercice d'une activité lucrative sans formation préalable, pour maintenir ou pour améliorer sensiblement leur capacité de gain (art. 6 al. 1 LAI). Il faut alors que l'invalidité soit d'une certaine gravité; selon la jurisprudence, cette condition est donnée lorsque l'assuré subit dans l'activité encore exigible sans autre formation professionnelle, une perte de gain durable ou permanente de 20%). Il n'existe aucun droit au reclassement si la diminution de la capacité de gain n'atteint pas le seuil minimum fixé par la jurisprudence de 20% environ (ATF 124 V 108 consid. 2b et les références; ATFA non publié I 495/03 du 5 février 2004, consid. 2.2).

Par reclassement, la jurisprudence entend l'ensemble des mesures de réadaptation de nature professionnelle qui sont nécessaires et suffisantes pour procurer à l'assuré une possibilité de gain à peu près équivalente à celle que lui offrait son ancienne activité. (ATF 124 V 108 consid. 2a et les références; VSI 2002 p. 109 consid. 2a).

Sont réputées nécessaires et appropriées toutes les mesures de réadaptation professionnelle qui contribuent directement à favoriser la réadaptation dans la vie active (ATF 124 V 108 consid. 2a; VSI 1997 p. 85 consid 1).

Le fait que l'assuré ne peut plus exercer sa profession antérieure ne suffit pas, à lui seul, pour fonder un droit à un reclassement. Car l'assuré n'a pas droit à des mesures de réadaptation s'il ne subit pas une perte de gain permanente ou de longue durée (20 % au moins) dans une activité raisonnablement exigible et pouvant être exercée sans autres mesures de réadaptation (ATF 124 V 108 consid. 2b et les références; MEYER-BLASER, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zurich 1997, p. 124 ss).

6. Selon le principe de libre appréciation des preuves, pleinement valable en procédure judiciaire de recours dans le domaine des assurances sociales (cf. art. 61 let. c LPG), le juge n'est pas lié par des règles formelles, mais 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. En cas de rapports médicaux contradictoires, le juge ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. L'élément déterminant pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni son origine, ni sa désignation, mais son contenu. A cet égard, il importe 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 des interférences médicales soit claire et enfin que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 125 V 351 consid. 3).

Sans remettre en cause le principe de la libre appréciation des preuves, le Tribunal fédéral a posé des lignes directrices en ce qui concerne la manière d'apprécier certains types d'expertises ou de rapports médicaux. Ainsi, le juge peut accorder pleine valeur probante aux rapports et expertises établis par les médecins des assureurs aussi longtemps que ceux-ci aboutissent à des résultats convaincants, que leurs conclusions soient sérieusement motivées, que ces avis ne contiennent pas de contradictions et qu'aucun indice concret ne permette de mettre en cause leur bien-fondé. Le simple fait que le médecin consulté est lié à l'assureur par un rapport de travail ne permet pas encore de douter de l'objectivité de son appréciation ni de soupçonner une prévention à l'égard de l'assuré. Ce n'est qu'en présence de circonstances particulières que les doutes au sujet de l'impartialité d'une appréciation peuvent être considérés comme objectivement fondés. Étant donné l'importance conférée aux rapports médicaux dans le droit des assurances sociales, il y a lieu toutefois de poser des exigences sévères quant à l'impartialité de l'expert (ATF 125 V 351 consid. 3b/ee; ATFA non publié I 592/99 du 13 mars 2000).

Une expertise médicale établie sur la base d'un dossier peut avoir valeur probante pour autant que celui-ci contienne suffisamment d'appréciations médicales qui, elles, se fondent sur un examen personnel de l'assuré (cf. RAMA 2001 n° U 438 p. 346 consid. 3d).

7. En l'espèce, le Tribunal constate que les trois médecins qui se sont prononcés, à savoir la Dresse L\_\_\_\_\_, le Dr M\_\_\_\_\_ et le Dr N\_\_\_\_\_ ont tous trois estimé que le recourant ne peut plus exercer son activité de maçon mais qu'il dispose d'une capacité résiduelle de travail entière dans une activité adaptée. En revanche, l'appréciation faite par ces trois médecins des limitations fonctionnelles du recourant est quelque peu divergente dès lors que le médecin traitant retient des limitations quasiment dans toutes les fonctions et que les Drs M\_\_\_\_\_ et N\_\_\_\_\_ ne sont pas unanimes quant aux poids que le recourant peut encore soulever (10 kilos selon le premier et 5 kilos selon le second). Ces divergences ne sont toutefois pas fondamentales puisqu'il y a consensus sur le fait que les limitations fonctionnelles consistent en une épargne du dos et en une limitation du port de charges. Au demeurant, on ne voit pas en quoi les autres limitations mentionnées par la Dresse L\_\_\_\_\_ ne permettraient pas au recourant de mettre en œuvre sa capacité résiduelle de travail dans une activité légère épargnant le dos.

Le rapport des maîtres socioprofessionnels des HUG du 12 janvier 2009, fait quant à lui état d'une hernie discale lombaire, de paresthésies à la jambe gauche et d'un blocage fréquent du genou gauche. Il précise que lorsque les douleurs au genou gauche devenaient insupportables, le recourant arrêtait tout travail pour rechercher une position antalgique.

Certes, le blocage du genou gauche et l'état de stress important et de tension nerveuse mentionnés dans ce rapport n'ont été décrits par aucun des autres médecins. Cependant, ces atteintes se sont manifestées postérieurement à la décision de l'OCAI, ce que confirme la décision de l'OCE, qui ne conclut à l'incapacité au placement qu'à compter du 13 janvier 2009. Or, le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits existants au moment où la décision litigieuse a été rendue. Les faits survenus postérieurement et qui ont modifié la situation doivent faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 121 V 366 consid. 1b et les arrêts cités). Par conséquent, les troubles psychiques et l'atteinte du genou gauche mentionnés dans le rapport des HUG du 12 janvier 2009 ne seront pas pris en compte dans le cadre de la présente procédure, laquelle se limite aux faits existant jusqu'à la date de la décision litigieuse, soit au 17 juin 2008. Il est cependant loisible à l'assuré de saisir l'administration d'une nouvelle demande de prestations, s'il établit que, postérieurement à la décision litigieuse, son état de santé s'est modifié de manière à influencer ses droits.

8. Il y a à présent lieu de vérifier le calcul du degré d'invalidité auquel l'intimé a procédé.

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 et ATF 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 ATF 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 (ATF 129 V 224 consid. 4.3.1 et la référence). Hypothétique, le revenu sans invalidité n'en doit pas moins être évalué de manière aussi concrète que possible. C'est pourquoi il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé, qui équivaut normalement à une prestation de travail correspondante (REAS 2004 p. 239; MEYER-BLASER, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], 1997, p. 205-206). Ce n'est qu'en présence de circonstances particulières qu'il peut se justifier qu'on s'en écarte et qu'on recoure aux données statistiques résultant de l'ESS édité par l'Office fédéral de la statistique. Tel sera le cas lorsqu'on ne dispose d'aucun renseignement au sujet de la dernière activité professionnelle de l'assuré ou si le dernier salaire que celui-ci a perçu ne correspond manifestement pas à ce qu'il aurait été en mesure de réaliser, selon toute vraisemblance, en tant que personne valide; par exemple, lorsqu'avant d'être reconnu définitivement incapable de travailler, l'assuré était au chômage ou rencontrait d'ores et déjà des difficultés professionnelles en raison d'une dégradation progressive de son état de santé ou encore percevait une rémunération inférieure aux normes de salaire usuelles. On peut également songer à la situation dans laquelle le poste de travail de l'assuré avant la survenance de l'atteinte à la santé n'existe plus au moment déterminant de l'évaluation de l'invalidité (cf. ATFA non publié B 80/01. du 17 octobre 2003, consid. 5.2.2 précité et les références).

Quant au revenu d'invalidité, 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'invalidité peut être évalué sur la base, notamment, des données salariales publiées par l'Office fédéral de la statistique (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 321 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).

9. En application de l'art. 29 al. 1 let. b LAI, pour procéder à la comparaison des revenus, il convient de se placer en 2008 puisque l'incapacité de travail de longue durée est attestée depuis le 12 février 2008 et que la demande de prestations date du 12 mars de la même année.

Etant donné qu'à cette époque, le recourant se trouvait au chômage depuis novembre 2005, il y a lieu de déterminer tant le revenu d'invalidé que le revenu sans invalidité sur la base des données statistiques telles qu'elles résultent de l'ESS.

S'agissant du revenu sans invalidité, puisqu'en 2005 à la fin de sa mission temporaire, le recourant avait une dizaine d'années d'expérience dans l'activité de maçon, 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 cette activité d'autant plus que le dernier employeur a précisé que l'assuré était considéré comme maçon qualifié de catégorie A (cf. ATFA non publié I 22/06 du 19 janvier 2007, consid. 3.1.2). Par conséquent, il convient de prendre en considération le niveau 3 et la moyenne du domaine d'activité de la construction (ESS 2006, TA7, secteur 11), soit un salaire mensuel de 5'390 fr., respectivement de 64'680 fr. par année. Il y a lieu d'adapter ces chiffres à l'évolution des salaires nominaux en 2007 et 2008 soit 3.6% au total pour un homme dans le secteur de la construction (OFS, indice des salaires nominaux pour les hommes table T1.1.05), ce qui représente un montant de 67'008 fr. 50 (64'680 + 3.6%). 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 2008 (41.6 h./sem. dans le secteur de la construction selon OFS, durée normale de travail dans les entreprises), ce qui conduit à un revenu avant invalidité de 69'688 fr. 85 (67'008.50 x 41.6 : 40).

Pour ce qui est du revenu d'invalidé, il convient de se référer à celui que pourrait obtenir le recourant en exerçant une activité adaptée, c'est-à-dire légère et favorisant l'alternance des positions. Le salaire de référence est celui auquel peuvent prétendre les hommes effectuant des activités simples et répétitives dans le secteur privé (ESS 2006, TA1, niveau de qualification 4). Il s'élève en 2006 à 56'784 fr. (4'732 x 12) part au 13<sup>ème</sup> salaire comprise et, compte tenu de l'évolution des salaires nominaux pour les hommes de 2006 à 2008 de 3.8%, à 58'941 fr. 80 en 2008 (56'784 + 3.8%). Le revenu statistique doit encore être adapté à l'horaire de travail

---

en 2008 qui est de 41.6 heures par semaine (OFS, durée normale de travail dans les entreprises) soit à 61'299 fr. 45 ( $58'941.80 \times 41.6 : 40$ ). S'agissant de l'abattement, il convient de tenir compte du fait que le recourant ne peut exercer qu'une activité légère – laquelle sera moins bien rémunérée qu'un travail impliquant le port de charges – et d'admettre, à l'instar de l'intimé, une réduction de 10%, ce qui ramène le revenu d'invalidé à 55'169 fr. 50 ( $61'299.45 \times 90\%$ ). En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte du fait que la scolarité de l'assuré s'est limitée à l'école primaire puisque tant dans la demande de prestations que dans le curriculum vitae qu'il a établi pour l'OCE, le recourant indique avoir également fréquenté l'école secondaire au Portugal. Il n'est pas davantage justifié de prendre en considération la nationalité étrangère du recourant puisque ce dernier est au bénéfice d'un permis d'établissement et que les salaires statistiques sont établis en fonction de la population résidente aussi bien suisse qu'étrangère (ATFA non publié I 700/04 du 17 janvier 2006, consid. 4.3.3). Quant aux difficultés linguistiques invoquées par l'intéressé, elles ne sont mentionnées ni par les maîtres socioprofessionnels, ni par le médecin traitant. La question de savoir si cet élément est avéré peut rester non résolue car, de toute évidence, l'éventuelle mauvaise maîtrise du français n'a pas empêché le recourant de travailler auparavant. Ce facteur ne justifie donc pas de réduction de salaire supplémentaire.

Il y a lieu de relever que, dans son calcul du taux d'invalidité, l'intimé a pris en considération la situation de revenu en 2007 - alors que l'incapacité de travail durable a débuté en 2008 - et qu'il a déterminé le revenu sans invalidité en tenant compte du niveau 4 alors que le recourant doit être considéré comme un employé qualifié.

En définitive, eu égard aux explications qui précèdent, le taux d'invalidité du recourant s'établit à 21% ( $69'688.85 - 55'169.50 : 69'685.85 \times 100$ ), ce qui lui donne en principe droit à des mesures de réadaptation, pour autant que les autres conditions soient réalisées. En effet, le recourant ne saurait tirer un droit à une mesure de reclassement du seul fait qu'il présente une incapacité de gain supérieure à 20%, l'octroi de ces mesures étant soumis à d'autres conditions légales prévues à l'art. 8 al. 1 LAI (cf. consid. 4).

Pour déterminer si une mesure est de nature à rétablir, améliorer, sauvegarder ou à favoriser l'usage de la capacité de gain d'un assuré, il convient d'effectuer un pronostic sur les chances de succès des mesures demandées (cf. ATF 110 V 101 consid. 2), qui ne seront pas allouées si elles sont vouées à l'échec, selon toute vraisemblance. En effet, des mesures de réadaptation ne sont à la charge de l'assurance-invalidité que s'il existe une proportion raisonnable entre leur coût et leur utilité prévisible (ATFA non publié I 770/02 du 21 janvier 2004, consid. 4.3).

En l'espèce, en mentionnant dans sa détermination du 24 mars 2009 que les postes de travail pouvant entrer en ligne de compte ne nécessitaient pas de formation par-

ticulière, l'intimé a procédé à une évaluation théorique de la situation puisqu'il n'a pas cité les activités adaptées que le recourant pourrait encore exercer. Par conséquent, il n'a pas examiné les possibilités concrètes de reclassement professionnel du recourant, eu égard aux limitations imposées par son handicap physique. Partant, il convient au préalable d'éclaircir si les activités réellement adaptées aux déficiences physiques du recourant nécessitent une formation préalable. A cet effet, l'intimé mettra en œuvre les mesures d'orientation professionnelle prévues par l'art. 15 LAI.

10. Au vu de ce qui précède, le recours est admis au sens des considérants, la décision du 17 juin 2008 annulée et le dossier renvoyé à l'intimé pour instruction complémentaire au sens des considérants.

Le recourant obtenant gain de cause, une indemnité de 2'000 fr. lui est accordée à titre de dépens (art. 61 let. g LPGA).

La procédure n'étant au surplus plus gratuite depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2006 (art. 69 al. 1bis LAI), au vu du sort du recours, il y a lieu de condamner l'intimé au paiement d'un émolument de 500 fr.

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

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet et annule la décision de l'OCAI du 17 juin 2008.
3. Dit que le taux d'invalidité du recourant est de 21%.
4. Renvoie la cause à l'intimé pour instruction complémentaire au sens des considérants.
5. Condamne l'intimé à verser au recourant une indemnité de 2'000 fr. à titre de dépens.
6. Met un émolument de 500 fr. à la charge de l'intimé.
7. 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

Yaël BENZ

Karine STECK

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