

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3254/2009

ATAS/243/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 10 mars 2010

En la cause

Monsieur C _____, domicilié au Lignon, représenté par _____ recourant
UNIA Genève, Mme D _____

contre

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

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Nicole BOURQUIN et Olivier LEVY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur C _____ (ci-après l'assuré ou le recourant), né en 1955, de nationalité portugaise, au bénéfice d'un permis C, est employé en qualité de maçon qualifié par l'entreprise X _____ SA, depuis le 5 juin 2001. Souffrant de maux de dos et de genoux, l'assuré a été en incapacité de travail totale depuis le 28 mars 2008, puis à 50 % depuis le 5 mai 2008.
2. Le 20 juin 2008, il a déposé auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après OAI), avec l'aide de l'infirmière de santé mandatée par l'employeur, un formulaire de communication pour adultes, en détection précoce. Dans le formulaire de demande de mesures pour une réadaptation professionnelle, l'infirmière a indiqué que l'assuré était occupé à 50 % dans un poste adapté, mais que cela restait difficile pour lui. Toute possibilité de réinsertion interne à l'entreprise a été discutée, mais cela n'est pas possible au vu des limitations médicales.
3. Par décision du 26 juin 2008, la SUVA a refusé d'allouer des prestations pour les roubles du genou gauche, faute de lien de causalité avéré ou probable entre l'accident du 31 janvier 2007 et les troubles annoncés.
4. Le Dr L _____, de la Permanence de Cornavin, a établi un rapport à l'attention de l'OAI en date du 16 juillet 2008. Il a diagnostiqué des altérations dégénératives et des lésions méniscales internes et externes du genou gauche entraînant des difficultés, voire une impossibilité à effectuer des travaux de maçonnerie. L'assuré présente encore des lombalgies et gonalgies gauches et il est nécessaire de faire un reclassement professionnel en raison des lésions du genou gauche. Concernant les limitations fonctionnelles, l'assuré doit éviter la position debout, en terrain irrégulier, il doit éviter la position accroupie, à genoux, de lever les charges, monter sur une échelle ou un échafaudage ainsi que de monter les escaliers ce depuis avril 2008.
5. Dans un rapport du 22 juillet 2008, le Dr M _____, de la Permanence de Cornavin, a diagnostiqué, avec influence sur la capacité de travail, une lésion dégénérative interne et externe et une lésion de grade II du ligament collatéral interne et un status post bursectomie. Le patient présente des limitations à la mobilité et un reclassement professionnel est conseillé. Le médecin a attesté d'une incapacité de travail totale de 100 % du 16 avril 2008 au 7 mai 2008 et de 50 % du 8 mai 2008 au 10 août 2008, selon évolution. Les limitations fonctionnelles sont les suivantes : l'assuré doit éviter la position debout, en terrain irrégulier, accroupie, à genoux, de se pencher, de soulever des charges, de monter sur une échelle ainsi que les escaliers.

6. Dans le questionnaire du 4 septembre 2008, l'employeur a indiqué que l'assuré travaillait à 50 % depuis le 5 mai 2008 que son salaire s'élevait à 5'197 fr. par mois depuis le 1^{er} janvier 2008 + 8,33% de part 13^{ème} salaire. L'assuré s'occupe des finitions et des maçonneries légères uniquement, activités les moins éprouvantes physiquement sur un chantier de construction. Ce rôle dans l'organisation des travaux semble lui convenir au mieux.
7. L'OAI a octroyé à l'assuré une mesure d'intervention précoce sous forme d'orientation professionnelle auprès des Etablissements publics pour l'intégration (EPI) du 29 septembre au 26 octobre 2008, à 50 %.
8. Dans leur rapport d'orientation du 5 novembre 2008, les EPI ont conclu que l'assuré était apte à recevoir une formation pratique très simple, à condition de lui laisser le temps nécessaire à sa compréhension.
9. Dans un rapport médical intermédiaire du 15 janvier 2009, le Dr M_____ - a relevé que l'état de santé de l'assuré s'était aggravé, avec présence d'un diabète de type II. Le patient est très limité pour les mouvements. Sa capacité de travail est de 0% en tant que maçon, bien qu'il travaille actuellement à 100 % selon l'avis du médecin conseil mais avec une grande souffrance..
10. Par avis du 24 février 2009, le SMR a considéré que l'assuré ne pouvait pas travailler à plus de 50% ans son métier de maçon, mais que dans une activité légère, plutôt assise, la capacité de travail était de 100 % depuis 2007.
11. Le Dr N_____, spécialiste FMH en pneumologie et médecine interne, a adressé un rapport au médecin traitant en date du 17 mars 2009 dans lequel il a diagnostiqué une BPCO modérée dans le cadre d'un ancien tabagisme.
12. Dans un avis médical du 20 avril 2009, le SMR a relevé que l'atteinte respiratoire est ancienne et connue, que l'épisode aigu du début 2009 n'a été que passager et que les performances sont compatibles avec une activité sans gros efforts physiques.
13. Un procès-verbal d'audition a été établi le 9 juin 2009 ; l'assuré a déclaré qu'il était intéressé par une mesure de reclassement ainsi que par une mesure de reclassement et son employeur l'avait licencié pour fin juillet. Il a produit un certificat médical de son médecin traitant du 3 juin 2009 selon lequel il est apte au travail dans une activité légère respectant les limitations fonctionnelles.
14. Par décision du 23 juillet 2009, l'OAI a refusé l'octroi d'une rente et de reclassement professionnel, au motif que sa capacité de travail est totale dans une activité respectant les limitations fonctionnelles. Après comparaison des gains, le degré d'invalidité est de 16,4%, insuffisant pour ouvrir droit à un reclassement

professionnel. En revanche, sur demande écrite et motivée, l'OAI pourra étudier le droit éventuel à une aide au placement.

15. Représenté par le syndicat UNIA, l'assuré interjette recours le 8 septembre 2009. Il conclut à l'octroi d'un reclassement, relevant que les activités proposées par son médecin traitant (mise sous pli ou portier) n'existent plus. Au vu de son âge et de ses difficultés de langue, il risque de se retrouver à l'aide sociale alors que son souhait est de travailler. Le même jour, le recourant a déposé une demande d'aide au placement à l'OAI.
16. Dans sa réponse du 6 octobre 2009, l'OAI conclut au rejet du recours, se déclarant en revanche prêt à étudier la demande d'aide au placement à l'issue du présent litige.
17. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 9 décembre 2009, le recourant a contesté le degré d'invalidité retenu par l'OAI et se réfère au rapport du Dr M_____ du 20 août 2009 faisant état d'une aggravation. Il a manifesté le souhait de retravailler et de bénéficier d'un programme de réinsertion professionnelle. L'OAI s'est référé au rapport des EPI, selon lequel le recourant est apte à recevoir une formation pratique très simple. Cela étant, une aide au placement peut lui être proposée, avec éventuellement une allocation d'insertion au travail. Pour le surplus, l'OAI n'a pas pu expliquer pour quelle raison un abattement n'avait pas été effectué sur les salaires statistiques lors de la comparaison des gains.
18. A l'issue de l'audience, la cause a été gardée 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) qui sont 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, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, est applicable. Sur le plan matériel, le droit applicable est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, étant rappelé que le juge n'a pas à prendre en compte les modifications du droit ou de l'état de fait postérieurs à la

date déterminante de la décision litigieuse (ATF 130 V 446 consid. 1.2.1 ; 129 V 4 consid. 1.2).

3. Le litige porte sur le droit du recourant à des prestations de l'assurance-invalidité, singulièrement sur son degré d'invalidité et à l'octroi d'une mesure de reclassement professionnel.
4. Selon l'art. 4 LAI, l'invalidité (art. 8 LPGA) peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident. L'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération.

Aux termes de l'art. 8 al. 1 et 3 LPGA, est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée. Les assurés majeurs qui n'exerçaient pas d'activité lucrative avant d'être atteints dans leur santé physique ou mentale et dont il ne peut être exigé qu'ils en exercent une sont réputés invalides si l'atteinte les empêche d'accomplir leurs travaux habituels.

Est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut être raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte de sa santé physique ou mentale. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (art. 6 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 sa santé physique ou mentale et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (art. 7 LPGA).

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, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007; pour la période postérieure, cf. art. 28a al. 1 LAI). Il s'agit de la méthode ordinaire d'évaluation de l'invalidité par comparaison de revenus (cf. ATF 130 V 343 consid. 3.4 p. 348 sv.).

Selon l'art. 28 al. 1 LAI, dans sa teneur en vigueur dès le 1^{er} janvier 2008 (5^e révision AI), l'assuré a droit à une rente aux conditions suivantes : sa capacité de gain ou sa capacité d'accomplir ses travaux habituels ne peut pas être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles (let. a), il a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGA) d'au moins 40 % en moyenne durant une année sans interruption notable (let. b), au terme de cette années, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40 % au moins (let. c).

L'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2004, de la 4^{ème} révision de la LAI a modifié la teneur de l'art. 28 al. 1 LAI relatif à l'échelonnement des rentes selon le taux d'invalidité. Cette disposition prévoit désormais d'octroyer un trois-quarts de rente à un assuré présentant un degré d'invalidité d'au moins 60 % et une rente entière à celui dont le taux est supérieur à 70 %, les conditions relatives à l'octroi d'un quart ou d'une demi-rente demeurant inchangées. En revanche, les principes développés jusqu'alors par la jurisprudence en matière d'évaluation de l'invalidité conservent leur validité, que ce soit sous l'empire de la LPGA ou de la 4^{ème} révision de la LAI (ATF 130 V 348 consid. 3.4; ATF non publiés du 17 mai 2005, I 7/05, consid. 2, du 6 septembre 2004, I 249/04, consid. 4).

Enfin, conformément à l'art. 29 al. 1 LAI, en sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008, le droit à la rente prend naissance au plus tôt à l'échéance d'une période de six mois à compter de la date à laquelle l'assuré a fait valoir son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGA, mais pas avant le mois qui suit le 18^{ème} anniversaire de l'assuré.

5. Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu un recours) a besoin de documents qu'un médecin, éventuellement d'autres spécialistes, doivent lui fournir. La tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré (ATF 125 V 261 consid. 4, 115 V 134 consid. 2, 114 V 314 consid. 3c, 105 V 158 consid. 1). Ces données médicales permettent généralement une appréciation objective du cas. Elles l'emportent sur les constatations qui peuvent être faites à l'occasion d'un stage d'observation professionnelle, lesquelles sont susceptibles d'être influencées par des éléments subjectifs liés au comportement de l'assuré pendant le stage (ATFA non publié du 6 mai 2003, I 762/02).

Par ailleurs, en ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et enfin que les conclusions de l'expert soient dûment motivées. Au demeurant, l'élément déterminant pour la valeur probante n'est ni l'origine du moyen de preuve ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 125 V 352 consid. 3a, 122 V 160 consid. 1c et les références).

6. En l'espèce, il n'est pas contesté que le recourant n'est plus en mesure d'exercer son ancienne activité de maçon qualifié, en raison d'une gonarthrose gauche avec

lésion méniscale, lombalgies sur lésions dégénératives et cervico-dorso-lombalgies (cf. rapports des Drs M_____, L_____, O_____).

En revanche, dans une activité adaptée légère, respectant strictement les limitations fonctionnelles, à savoir éviter de porter ou lever des charges, la position debout, accroupie, à genoux, le travail en terrain irrégulier ou en hauteur, les médecins du SMR considèrent qu'une activité à 100 % est possible, sans diminution de rendement.

Le recourant conteste cette appréciation. Il convient de relever cependant que le médecin traitant, dans un rapport du 3 juin 2009, rejoint en tous points cette appréciation, de même que les différents médecins ayant examiné le recourant. Aucun élément médical ne vient contredire l'appréciation des médecins du SMR, ces derniers relevant par ailleurs que l'affection pneumologique du début de l'année 2009 n'est que transitoire.

Par conséquent, il convient d'admettre que le recourant est capable d'exercer une activité adaptée à 100 %, sans diminution de rendement.

7. Reste à déterminer le degré d'invalidité du recourant.

Pour procéder à la comparaison des revenus, il convient en principe de se placer au moment de la naissance du droit à la rente (ATF 130 V 343 consid. 4). 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 (c'est-à-dire entre le projet de décision et la décision elle-même), doivent être prises en compte (cf. ATF 129 V 222 consid. 4.1, 128 V 174).

Le revenu d'invalidé doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé, il y a lieu de se référer aux données statistiques, telles qu'elles résultent des enquêtes sur la structure des salaires de l'Office fédéral de la statistique (ATF 126 V 75 consid. 3b). 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 ou catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation) et résulte d'une évaluation dans les limites du pouvoir d'appréciation. Un abattement global maximum de 25% sur le salaire statistique permet de tenir compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative (cf. ATF 126 V 75 consid. 5).

Le revenu sans invalidité se détermine pour sa part en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce que l'intéressé aurait effectivement pu réaliser au moment déterminant s'il était en bonne santé (ATF 129 V 222 consid. 4.3.1 et la

référence). Ce revenu doit être évalué de manière aussi concrète que possible si bien qu'il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à sa santé, en tenant compte de l'évolution des salaires (ATF non publié du 25 mai 2007, I 428/06 et I 429/06).

Enfin, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser, dans un arrêt du 19 décembre 2003 (ATF 130 V 121), que le résultat exact du calcul du degré d'invalidité doit être arrondi au chiffre en pour cent supérieur ou inférieur selon les règles applicables en mathématiques.

8. En l'espèce, le moment déterminant de l'ouverture éventuel du droit à la rente se situe en janvier 2009, conformément à l'art. 28 al. 1 let. b LAI.

Concernant le revenu sans invalidité, l'intimé s'est référé aux inscriptions figurant sur l'extrait du compte individuel du recourant, soit en l'occurrence un salaire annuel de 70'773 fr. pour l'année 2006. Réactualisé à 2009, ce revenu s'élève à 74'853 fr. 35 (indice 2008 : 2219 ; variation annuelle des salaires nominaux en 2009, moyenne des trois derniers trimestres 2 %, cf. Evolution des salaires nominaux 1976 - 2008, Office fédéral de la statistique).

Quant au revenu d'invalidité, faute d'exercice d'une activité lucrative adaptée au moment de la décision, il convient de se référer aux données statistiques, telles qu'elles ressortent de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), à savoir le salaire de référence auquel peuvent prétendre les hommes effectuant des activités simples et répétitives (niveau de qualification 4) dans le secteur privé. En effet, au regard du large éventail d'activités simples et répétitives que recouvrent les secteurs de la production et des services, on doit convenir qu'un certain nombre d'entre elles sont adaptées à l'état de santé du recourant. En 2008, le salaire de référence s'élevait à 4'806 fr. par mois ou 57'672 fr. annuellement (ESS 2008, tableau TA1). Comme les salaires bruts standardisés tiennent compte d'un horaire de travail de quarante heures, soit une durée hebdomadaire inférieure à la moyenne usuelle dans les entreprises en 2008 (41,6 heures; La Vie économique, 10-2009, p. 90, B 9.2), ce montant doit être porté à 59'979 fr. Après adaptation de ce chiffre à l'évolution des salaires selon l'indice des salaires nominaux pour l'année 2009 (indice 2 % moyenne des trois derniers trimestres 2009), on obtient un revenu annuel de 61'178 fr.

Selon la jurisprudence, il convient de réduire le montant du salaire ressortant des données de l'ESS en fonction des empêchements propres à la personne de l'invalidé, tels que le handicap, l'âge, les années de service, la nationalité, la catégorie d'autorisation de séjour ou le taux d'occupation. Une évaluation globale des effets de ces empêchements sur le revenu d'invalidé, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas concret, est nécessaire, étant précisé que la jurisprudence

n'admet pas de déduction globale supérieure à 25 % (ATF 126 V 76 sv. consid. 3b/bb, 78 ss consid. 5).

En l'occurrence, l'OAI n'a pas effectué d'abattement sur les salaires statistiques, contrairement à la jurisprudence.

Compte tenu de l'âge du recourant, de sa nationalité, de ses limitations fonctionnelles et que désormais seule une activité légère est possible, le Tribunal de céans considère qu'un abattement de 15 % se justifie. Le revenu d'invalidité s'établit dès lors à 52'001 fr.

Comparé au revenu sans invalidité, le degré d'invalidité du recourant est de 30,53 %, insuffisant pour ouvrir droit à une rente.

En revanche, il convient de constater que ce degré d'invalidité ouvre droit à des mesures d'ordre professionnel, ce que sollicite d'ailleurs le recourant.

9. Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la cause renvoyée à l'intimé pour examen des mesures d'ordre professionnel et nouvelle décision.
10. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, que le Tribunal fixe en l'espèce à 800 fr.
11. Un émolument de 500 fr. est mis à la charge de l'intimé (cf. art. 69 al. 1bis LAI).

**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'OAI du 23 juillet 2009 en tant qu'elle refuse le droit à un reclassement professionnel.
3. Renvoie la cause à l'OAI pour examen des mesures d'ordre professionnel et nouvelle décision.
4. Condamne l'intimé à payer au recourant la somme de 800 fr. à titre de participation à ses frais et dépens.
5. Met un émolument de 500 fr. à la charge de l'intimé.
6. 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

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

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