

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3685/2009

ATAS/498/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 1
du 4 mai 2010**

En la cause

Monsieur A _____, domicilié c/o X _____, à CORSIER Recourant

contre

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

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Christine
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1955, d'origine portugaise, divorcé, sans formation professionnelle, au bénéfice d'un permis L, a travaillé en Suisse, dès 1982, auprès de diverses entreprises en qualité de maçon avant de repartir au Portugal. Dès son retour en Suisse, il a été engagé comme maçon à plein temps auprès de la société Y_____ SA, du 1^{er} octobre 2001 au 31 décembre 2003.
2. Le 6 mars 2002, alors qu'il était sur son lieu de travail, l'assuré a reçu une lourde planche sur l'épaule et le bras droits. Les radiographies n'ont pas mis de fracture en évidence mais des calcifications au niveau de l'épaule droite évoquant une périarthrite scapulo-humérale. Des prestations de l'assurance perte de gain WINTERTHUR lui ont été servies du 22 mars au 1^{er} juin 2003 à 100%, du 2 juin au 10 juillet 2003 à 50% et du 11 juillet au 30 septembre 2003 à 100%.
3. Dans le cadre de la demande de rente déposée le 2 octobre 2003 par l'assuré, les rapports suivants ont été transmis à l'OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE (ci-après : OAI) :
 - une échographie de l'épaule droite du 21 mars 2003 faisant état d'un examen normal des tendons sous-scapulaires, du sus-épineux et du sous-épineux, sans argument en faveur d'une déchirure ni tuméfaction et d'un minime épanchement liquidien au niveau de l'articulation acromio-claviculaire ;
 - une IRM cervicale pratiquée le 1^{er} avril 2003 relevant une discopathie assez prononcée C5-C6 avec très nette diminution de l'espace inter-somatique et bec exophytique bombant en intra-canalair s'accompagnant d'uncarthrose bilatérale réduisant la vacuité des deux trous de conjugaison C5-C6 aussi bien gauche que droit ;
 - un rapport du 19 juillet 2003 du Dr L_____, rhumatologue, notant un soulagement des douleurs de l'articulation acromio-claviculaire droite, suite aux infiltrations auxquelles il avait procédé, et constatant un conflit sous-acromial au niveau de l'épaule droite ;
 - un rapport du 6 octobre 2003, du Dr T_____, spécialiste FMH en neurologie et électroneuromyographie soulignant que l'examen opéré avait révélé une hypoesthésie dans le dermatome C5-C6 droit et une atténuation du réflexe bicipital droit ainsi que des tracés un peu diminués de type intermédiaire riche avec parfois quelques potentiels de repos dans les muscles examinés dépendant des myotomes C5-C6 droits suggérant une discrète radiculopathie lésionnelle. Accessoirement, l'examen révélait une vitesse de conduction motrice en regard de la gouttière épitrochléenne à la limite inférieure de la norme.

- un courrier du Dr M_____, neurochirurgien, du 7 novembre 2003 relevant l'existence de cervico-brachialgies droites sévères à mettre sur le compte d'une sténose foraminale en C5-C6 à prédominance nettement droite ;

- un rapport du 9 décembre 2003 de B_____, physiothérapeute au CENTRE MEDICAL DE CHENE-BOURG, constatant d'une part une évolution positive au niveau des douleurs qui n'étaient plus constantes et d'autre part, une amélioration de la mobilité de l'épaule dans les mouvements de rotation toutefois limitée dans les autres mouvements en raison des douleurs décrites par le patient tant lors d'une prise en charge active que passive, lesquelles avaient également une incidence négative sur la force musculaire du membre supérieur droit ;

- un rapport du 7 décembre 2003 du Dr N_____ de la PERMANENCE DE CHENE-BOURG, médecin traitant de l'assuré, diagnostiquant des cervico-brachialgies droites sévères avec sténose foraminale C5 et C6 des deux côtés et radioculopathie lésionnelle, ainsi qu'un conflit sous-acromial droit. Il y avait peu d'amélioration malgré un traitement AINS et de la physiothérapie. L'incapacité de travail était de 100% ;

- une arthro-IRM pratiquée en février 2004 faisant état d'une déchirure transfixiante de la partie antérieure du sus-épineux et, au niveau cervical, la présence d'une discopathie C5-C6.

4. Le Dr. O_____, médecin conseil de la WINTERTHUR, a constaté le 26 février 2004 que les diverses investigations avaient mis en évidence, d'une part, une discopathie modérée C5-C6 avec pincement intersomatique et uncarthrose bilatérale rétrécissant les deux trous de conjugaison C5-C6 droit et gauche, une discrète radiculopathie lésionnelle C5-C6 droite probablement responsable d'une partie de la symptomatologie douloureuse, un net syndrome douloureux mécanique au niveau de l'épaule droite avec des signes d'un conflit sous-acromial et un arc douloureux en l'absence de limitations fonctionnelles significatives, correspondant à une tendinopathie et même une petite déchirure transfixiante du sus-épineux. Sur le plan thérapeutique, il relevait que les possibilités de traitement conservateur avaient été pratiquement épuisées avec antalgiques, anti-inflammatoires, physiothérapie et infiltrations locales. Selon lui, la reprise de l'activité de maçon était définitivement compromise même en cas de réparation chirurgicale mais un travail adapté n'exigeant pas de gros efforts et de manipulations au-dessus des épaules parfaitement exigible à un taux de 100%.
5. Le 28 février 2005, le Dr N_____ a transmis un rapport médical intermédiaire à l'OAI relevant la persistance de cervico-brachialgies droites sévères avec sténose foraminale C5 et C6 des deux côtés et radiculopathie lésionnelle rendant même les tâches ménagères difficiles. L'état de santé était stationnaire, la compliance bonne mais les propositions de traitement rendues plus difficiles par la

barrière linguistique. En annexe, figurait un courrier du 16 décembre 2004 du Dr. P_____ du service de neurochirurgie des HUG faisant état de trois infiltrations intra-foraminales sans effet notable et notant que dans la mesure où une chirurgie techniquement réussie ne soulagerait le patient que très partiellement dans tout son ensemble, il y avait lieu de poursuivre le traitement conservateur, sans entreprendre d'autre geste minimal invasif.

6. Dans un rapport d'examen du 6 juin 2005, le Dr Q_____ du Service médical régional de l'assurance-invalidité (ci-après SMR) a considéré que la capacité de travail de l'assuré était nulle depuis le 9 mars 2003 dans son activité de maçon mais entière dans une activité adaptée sans manipulation et gros efforts avec les bras au-dessus des épaules. L'aptitude à la réadaptation a été fixée à mars 2003.
7. L'OAI, service de réadaptation professionnelle, a toutefois renoncé à proposer à l'assuré une mesure de réadaptation professionnelle considérant que, le principe légal de simplicité et d'adéquation ne pouvant être retenu vu la méconnaissance de la langue française, le manque de formation professionnelle, le niveau intellectuel faible et la perte économique subie. En procédant à la comparaison des revenus, soit un revenu sans invalidité de 54'600 fr. pour 2003 selon le questionnaire de l'employeur et un revenu avec invalidité de 51'600 fr. selon les salaires statistiques pour une activité adaptée à 100% résultant de l'Enquête suisse sur la structure des salaires -ESS- et un taux d'abattement de 10%, le degré d'invalidité était de 4,8%. Un éventuel droit à une aide au placement suite à une demande motivée écrite pouvait être envisagée.
8. Sur la base de ces conclusions, l'OAI a refusé, par décision du 24 mars 2006, l'octroi d'une mesure de reclassement. Compte tenu du degré d'invalidité insuffisant, il a par ailleurs, par décision du 27 mars 2006, rejeté la demande de rente. Faute d'opposition, ces deux décisions sont devenues définitives.
9. Suite à l'inscription de l'assuré le 21 mars 2006 au chômage, le Dr R_____, médecin-conseil de l'Office cantonal de l'emploi (OCE), a rendu un préavis concluant à son inaptitude à exercer sa profession de maçon, tout en relevant qu'un suivi médical devrait lui permettre d'améliorer sa capacité de travail dans des emplois de manutentions légères.
10. Du 20 octobre au 17 novembre 2008, l'assuré a suivi un stage diligenté par l'office régional de placement (ORP) auprès de l'Atelier de réadaptation des HUG. Un rapport établi par la Dresse S_____, médecin aux HUG, sur la base des observations effectuées, a mis en évidence une utilisation du bras droit très limitée, voire impossible, même dans des activités ne demandant qu'une force modérée, ainsi qu'une incapacité à utiliser la pince pouce-index de la main droite. Seules les activités simples telles que le pliage de feuilles A4 et l'insertion de documents dans une enveloppe étaient réalisables de manière permanente et définitive. Le

rendement était inférieur à 30% sur une journée de six heures. L'assuré était devenu graduellement moins efficace, voire apathique. Le médecin a conclu qu'il n'était plus en mesure de travailler dans le marché primaire (ou économique); seule une éventuelle activité de conditionnement très légère dans un atelier protégé était envisageable.

11. Se référant aux conclusions du rapport de la Dresse S_____, l'assuré a déposé une nouvelle demande de rente auprès de l'OAI le 9 février 2009.
12. Par décision du 10 février 2009, l'assuré a été déclaré inapte au placement dès le 16 décembre 2008 par l'OCE, compte tenu des conclusions du rapport de réadaptation des HUG.
13. Une IRM pratiquée le 11 février 2009 a conclu sur le plan cérébral à l'absence d'argument en faveur d'une lésion ischémique récente ou subaiguë et sur le plan cervical à une sévère discopathie C5-C6 avec apparition par rapport à l'examen précédent du 24 juin 2004 du caractère inflammatoire de cette discopathie ainsi qu'à un rétrécissement du trou de conjugaison C5-C6 des deux côtés prédominant légèrement du côté droit et pouvant expliquer une symptomatologie radiculaire. Une échographie effectuée le même jour a fait état de l'absence d'argument en faveur d'une déchirure significative de la coiffe des rotateurs mais a constaté de discrets signes de tendinite du sous-épineux.
14. Dans son rapport du 17 février 2009, le Dr T_____ a indiqué que l'assuré souffrait de cervico-brachialgies droites suivant grossièrement le dermatome C5-C6 associées à une hypoesthésie dans ce dermatome mais sans signe d'atteinte motrice certaine. L'examen électroneuromyographique avait confirmé l'existence d'une discrète neuropathie sensitive du nerf médian droit dans le canal carpien touchant uniquement le nerf médian mais n'avait pas mis en évidence de signes de dénervation aiguë dans les muscles examinés dépendant des myotomes C5-C6-C7 et C8. Il n'était pas exclu que le patient présente une tendinite au niveau des muscles de l'épaule. Le médecin proposait de le traiter de façon conservative avec du repos, des AINS et des myorelaxants.
15. Dans un avis du 8 avril 2009, le Dr U_____, du SMR, a considéré sur la base des rapports et des examens médicaux, qu'il existait des faits nouveaux mais que ceux-ci ne justifiaient pas forcément une incapacité de travail dans une activité adaptée, dans la mesure où la diminution de la force aux membres supérieurs et de la pince pouce-index pouvait être due tant à une périarthrite de l'épaule qu'au tunnel carpien et que ces deux affections étaient susceptibles d'être traitées à court ou moyen terme, soit par de la physiothérapie, soit par des infiltrations de stéroïdes. Il concluait au renvoi du dossier au médecin traitant afin qu'il diagnostique et préconise le traitement de la pathologie de l'épaule droite et qu'il réponde à la

question de savoir si le tunnel carpien droit avait fait l'objet d'infiltrations et dans la négative, pourquoi.

16. Le 5 mai 2009, le Dr N_____ a précisé que les changements par rapport au diagnostic antérieur consistaient en un état dépressif depuis 2008, une discrète neuropathie du nerf médian droit depuis 2009 et une tendinite du muscle sous-épineux droit depuis 2008. L'état de santé de l'assuré présentait une très nette péjoration depuis 2006 avec une diminution de la mobilité de son épaule droite en raison de très importantes douleurs du membre supérieur droit et de la colonne cervicale. Il avait des réactions vagales, des nausées, des vertiges, des troubles visuels, vu les douleurs violentes. Les tâches de la vie quotidienne étaient de plus en plus difficiles à effectuer. La compliance à base d'anti-inflammatoire pour traiter la tendinite du muscle sous-épineux modérée était bonne. La physiothérapie s'avérait en revanche être un échec car elle augmentait les douleurs. Le tunnel carpien droit était traité par le port d'une attelle nocturne. L'assuré était dépressif depuis 2008 avec troubles du sommeil, inappétence, thymie triste, parfois prostration et était traité par antidépresseurs. Une prise en charge psychiatrique n'était cependant pas nécessaire. La capacité de travail était nulle dans toute activité depuis le 11 décembre 2008 et une reprise de travail non envisageable même ultérieurement vu le rapport de l'atelier de réadaptation pré-professionnelle. Le pronostic était mauvais.
17. Dans son rapport SMR du 25 mai 2009, le Dr U_____ a constaté que sur le plan rhumatologique, on ne pouvait parler d'aggravation depuis 2006 puisque l'ultrason avait témoigné d'une guérison par rapport à la déchirure transfixiante antérieure. Quant aux discrets signes de tendinite du sous-épineux, ils correspondaient au diagnostic énoncé par le médecin traitant mais n'étaient pas pris en charge de manière optimale dans la mesure où aucune infiltration de l'épaule droite n'avait été pratiquée. Si la pince pouce/index de la main droite n'était pas efficace comme constaté dans le rapport d'observation, c'est parce que le tunnel carpien n'avait pas fait l'objet d'une infiltration. Ainsi, il n'y avait pas de faits durables nouveaux sur le plan psychiatrique ni même sur le plan somatique. La pathologie de l'épaule s'était améliorée et devait, comme le tunnel carpien droit, répondre à un traitement rhumatologique bien conduit.
18. Par projet de décision du 16 juin 2009, l'OAI, suivant les conclusions du Dr U_____, a rejeté la demande de rente de l'assuré.
19. Dans son opposition du 30 juin 2009, l'assuré a relevé que depuis 2006, son état de santé s'était péjoré comme attesté par son médecin traitant, par les animateurs de l'atelier de réadaptation préprofessionnelle, par l'OCE et par les diagnostics de sa précédente demande.

20. Par décision du 30 septembre 2009, l'OAI a confirmé son projet du 16 juin 2009, notant que l'on pouvait raisonnablement exiger de l'assuré qu'il consulte un rhumatologue, voire un psychiatre, dans la mesure où cela permettrait une possible récupération de sa capacité de travail.
21. Dans son recours du 12 octobre 2009, l'assuré a repris les arguments de son opposition du 30 juin 2009.
22. Dans sa duplique du 10 novembre 2009, l'OAI a relevé que l'aggravation de l'état de santé alléguée par l'assuré datait de 2006, soit l'année de son refus de prestations, ce qui confirmait que la situation ne s'était pas notablement modifiée postérieurement. Il soulignait ne pas être lié par la décision de l'OCE, s'étonnant que l'inaptitude de l'assuré ait été déclarée sur la seule base du rapport de l'atelier de réadaptation professionnelle en novembre 2008 alors que quelques mois auparavant celui-ci avait exercé un emploi temporaire.
23. Le 26 janvier 2010, le Tribunal de céans a procédé à l'audition de la Dresse N_____ qui a déclaré être le médecin traitant de l'assuré depuis son accident. A ce moment-là, elle avait diagnostiqué des contusions et lui avait prescrit un bref arrêt de travail. Il était revenu la voir le 8 mars 2003, se plaignant de douleurs qui l'empêchaient de travailler. Après la décision négative de l'OAI, il s'était inscrit au chômage et elle n'avait plus eu de nouvelles jusqu'à ce qu'il lui soit adressé par l'Atelier préprofessionnel des HUG, en décembre 2008. Elle avait alors été frappée par l'évolution négative de son état. Elle avait constaté qu'en dépit de la guérison de la déchirure transfixiante antérieure, les douleurs s'étaient aggravées depuis 2006 en raison d'une arthrose importante, de cervico-brachialgies liées aux problèmes de l'épaule et à une décompensation. Suivant les conclusions du Dr V_____, rhumatologue, elle n'estimait pas non plus des infiltrations utiles. Elle a déposé une copie du rapport de ce médecin. Les séances de physiothérapie n'avaient pas apporté l'amélioration escomptée. Elle a relevé une aggravation de l'état dépressif réactionnel du patient constaté lors de la première période, ainsi qu'une prise d'alcool pour calmer les douleurs qui n'existait pas avant. Elle n'avait cependant pas prescrit de consultations auprès d'un psychiatre car elle ne pensait pas que cela pourrait l'aider vu sa faible capacité à verbaliser. Elle a estimé que la capacité de travail de l'assuré était nulle et a souligné que le moindre mouvement de la nuque pouvait provoquer des décharges électriques et des douleurs violentes.

L'assuré a déclaré avoir été placé par le chômage afin de travailler dans les vignes. En dépit de plusieurs tentatives, il avait dû cesser en raison de ses douleurs.

24. Dans son rapport du 16 novembre 2009, le Dr V_____ a relevé l'existence de douleurs chroniques du membre supérieur droit, évoluant depuis 2003, dans un contexte de cervicobrachialgies droites non déficitaires survenant dans un terrain de troubles dégénératifs marqués du rachis cervical en C5-C6 ainsi que des douleurs

de l'épaule droite peut-être attribuables à la petite déchirure du sus-épineux constatée à l'arthro-IRM il y a plusieurs années mais également dans le contexte de douleurs prenant leur origine au niveau de l'articulation acromio-claviculaire droite. Le tableau clinique était probablement aggravé par un état dépressif et par les difficultés linguistiques. Il préconisait de gérer la situation par la pratique d'une physiothérapie active afin d'améliorer la mobilité de l'épaule droite. Le pronostic était toutefois réservé. La capacité de travail dans un métier de force était nulle.

25. En date du 19 février 2010, le Dr U_____ du SMR a considéré que la pathologie psychiatrique n'avait pas fait l'objet de toutes les mesures nécessaires pour en diminuer le dommage. Il n'avait pu avoir un contact direct avec le Dr V_____ mais sa secrétaire lui avait fait savoir qu'à son avis des infiltrations sous-acromiales de l'épaules n'étaient pas utiles et qu'une expertise rhumatologique se justifiait.
26. Par courrier du 24 février 2010 adressé au Tribunal de céans, l'OAI a proposé, suivant l'avis du Dr U_____, de procéder à une expertise pluridisciplinaire rhumatologique et de médecine interne avec volet psychiatrique auprès du COMAI.
27. Ce courrier ayant été transmis à la partie adverse, 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 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 229 consid. 1.1 et les références). Les règles de procédure s'appliquent quant à elles sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 71 consid. 6b).

En l'espèce, la décision litigieuse du 30 septembre 2009 est postérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA et des modifications de la LAI relatives à la 4^{ème} et à la 5^{ème} révisions, entrées en vigueur respectivement en date du 1^{er} janvier 2004 et du 1^{er}

janvier 2008. Par conséquent, d'un point de vue matériel, le droit éventuel à une rente d'invalidité supérieure à une demi-rente doit être examiné au regard des nouvelles normes de la LPGA et des modifications de la LAI consécutives à la 4^{ème} et à la 5^{ème} révisions de cette loi, dans la mesure de leur pertinence (ATF 130 V 445 et les références, voir également ATF 130 V 329).

3. Déposé dans les formes et délais prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 à 61 LPGA).
4. Le litige porte sur la question de savoir si l'état de santé de l'assuré s'est modifié depuis la décision du 27 mars 2006 au point d'influencer son droit aux prestations.
5. En vertu de l'art. 28 al. 1^{er} LAI, l'assuré a droit à une rente d'invalidité 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 année, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40% au moins (let. c).

L'art. 28 al. 2 LAI dispose que l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins, à 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

6. Lorsque la rente ou l'allocation pour impotent a été refusée parce que le degré d'invalidité était insuffisant ou parce qu'il n'y avait pas d'impotence, la nouvelle demande ne peut être examinée que si l'assuré rend plausible que son invalidité ou son impotence s'est modifiée de manière à influencer ses droits (art. 17 LPGA; art. 87 al. 3 et 4 du règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 [RAI]). Cette exigence doit permettre à l'administration qui a précédemment rendu une décision de refus de prestations entrée en force, d'écarter sans plus ample examen de nouvelles demandes dans lesquelles l'assuré se borne à répéter les mêmes arguments, sans alléguer une modification des faits déterminants (ATF 130 V 68 consid. 5.2.3, 117 V 200 consid. 4b et les références).

Lorsqu'elle est saisie d'une nouvelle demande, l'administration doit commencer par examiner si les allégations de l'assuré sont, d'une manière générale, plausibles. Si tel n'est pas le cas, l'affaire est liquidée d'entrée de cause et sans autres investigations par un refus d'entrée en matière. A cet égard, l'administration se montrera d'autant plus exigeante pour apprécier le caractère plausible des allégations de l'assuré que le laps de temps qui s'est écoulé depuis sa décision antérieure est bref. Elle jouit sur ce point d'un certain pouvoir d'appréciation que le juge doit en principe respecter. Ainsi, le juge ne doit examiner comment l'administration a tranché la question de l'entrée en matière que lorsque ce point est

litigieux, c'est-à-dire quand l'administration a refusé d'entrer en matière en se fondant sur l'art. 87 al. 4 RAI et que l'assuré a interjeté recours pour ce motif. Ce contrôle par l'autorité judiciaire n'est en revanche pas nécessaire lorsque l'administration est entrée en matière sur la nouvelle demande (ATF 109 V 114 consid. 2b), ce qui est précisément le cas en l'espèce.

7. Lorsque l'administration entre en matière sur la nouvelle demande, elle doit examiner l'affaire au fond et vérifier que la modification de l'invalidité ou de l'impotence rendue plausible par l'assuré est réellement intervenue; elle doit donc procéder de la même manière qu'en cas de révision au sens de l'art. 17 LPGA c'est-à-dire en comparant les faits tels qu'ils se présentaient au moment de la décision initiale de rente et les circonstances régnant à l'époque de la décision litigieuse (ATF 130 V 351 consid. 3.5.2 ; 125 V 369 consid. 2 et la référence; 112 V 372 consid. 2b et 390 consid. 1b) afin d'établir si un changement est intervenu.

Si l'administration arrive à la conclusion que l'invalidité ou l'impotence ne s'est pas modifiée depuis sa précédente décision, entrée en force, elle rejette la demande. Dans le cas contraire, elle doit encore examiner si la modification constatée suffit à fonder une invalidité ou une impotence donnant droit à prestations, et statuer en conséquence. En cas de recours, le même devoir de contrôle quant au fond incombe au juge (ATF 117 V 198 consid. 3a, 109 V 114 consid. 2a et b).

8. Les rapports médicaux produits lors de la première décision de l'OAI ont permis d'établir que l'assuré souffrait de cervico-brachialgies droites sévères avec sténose foraminale C5 et C6 des deux côtés et radiculopathie lésionnelle, ainsi que d'un conflit sous-acromial droit. L'IRM pratiquée alors avait révélé dans le cadre de la discopathie C5-C6 une très nette diminution de l'espace inter-somatique et bec exophytique bombant en intracanalair s'accompagnant d'uncarthrose bilatérale réduisant la vacuité des deux trous de conjugaison C5-C6 aussi bien gauche que droit.

Le Dr W_____ a constaté le 5 mai 2009 que les changements par rapport au diagnostic antérieur consistaient en un état dépressif depuis 2008, une discrète neuropathie du nerf médian droit depuis 2009 et une tendinite du muscle sous-épineux droit depuis 2008. Elle a fondé son diagnostic, d'une part sur l'IRM pratiquée le 11 février 2009 dont le rapport relève clairement l'existence de discrets signes de tendinite du sous-épineux et d'une sévère discopathie C5-C6 avec caractère inflammatoire qui ne figurait pas dans l'examen précédent la nouvelle demande de prestations de l'assuré, d'autre part sur l'examen du Dr T_____. Lors de son audition par le Tribunal de céans, elle a confirmé avoir été frappée par l'évolution négative de l'état de l'assuré lorsqu'elle l'avait revu en décembre 2008. A l'aggravation de ses douleurs et à son état dépressif réactionnel était venue s'ajouter une prise d'alcool qui n'existait pas avant.

Dans son avis du 8 avril 2009, le Dr U _____ du SMR a du reste lui-même admis que des faits nouveaux étaient intervenus.

Force est ainsi de constater que l'état de santé de l'assuré s'est modifié depuis la précédente décision de l'OAI. Il s'agit dès lors de déterminer les conséquences de cette évolution sur sa capacité de travail.

9. a) Aux termes des art. 4 LAI et 8 LPGA, l'invalidité est la diminution de la capacité de gain, présumée permanente ou de longue durée, qui résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale, provenant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident.

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 275 consid. 4a ; 105 V 207 consid. 2). Lorsqu'en raison de l'inactivité de l'assuré, les données économiques font défaut, il y a lieu de se fonder sur les données d'ordre médical, dans la mesure où elles permettent d'évaluer la capacité de travail de l'intéressé dans des activités raisonnablement exigibles (ATF 115 V 133 consid. 2 ; 105 V 158 consid.1).

b) Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu 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 sont raisonnablement exigibles de la part de l'assuré (ATF 125 V 256 consid. 4, 115 V 133 consid. 2, 114 V 310 consid. 3c, 105 V 156 consid. 1). L'instruction des faits d'ordre médical se fonde sur le rapport du médecin traitant destiné à l'Office de l'assurance-invalidité, les expertises de médecins indépendants de l'institution d'assurance, les examens pratiqués par les Centres d'observation médicale de l'assurance-invalidité (ATF 123 V 175), les expertises produites par une partie ainsi que les expertises médicales ordonnées par le juge (VSI 1997, p. 318, consid. 3b; BLANC, La procédure administrative en assurance-invalidité, thèse Fribourg 1999, p. 142).

c) Selon le principe de la libre appréciation des preuves, qui s'applique aussi bien en procédure administrative qu'en procédure de recours de droit administratif (pour la procédure administrative : art. 40 PCF en corrélation avec les art. 19 PA et 55 al. 1 LPGA; pour la procédure devant le tribunal cantonal des assurances : art. 61 let. c LPGA), l'administration ou le juge apprécie librement les preuves, sans être liés par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Le juge doit examiner de manière objective tous les documents à disposition, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si ceux-ci permettent de

porter un jugement valable sur le droit litigieux. Si les rapports médicaux sont contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale plutôt qu'une autre (ATF 125 V 351 consid. 3a).

Sans remettre en cause le principe de la libre appréciation des preuves, le Tribunal fédéral a encore précisé qu'en ce qui concerne les rapports médicaux établis par les médecins traitants de l'assuré, il y a lieu de tenir compte du fait que, selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier (ATFA du 14 avril 2003, en la cause I 39/03, consid. 3.2; ATF 124 I 175 consid. 4 et les références citées ; Plaidoyer 6/94 p. 67). Il n'a pas, d'emblée, de raison de mettre en doute la capacité alléguée par son patient, surtout dans une situation d'évaluation difficile. En principe, il fait donc confiance à son patient, ce qui est souhaitable, et ne fait donc pas toujours preuve de l'objectivité nécessaire, guidé qu'il est par le souci, louable en soi, d'être le plus utile possible à son patient. Les constatations du médecin de famille quant à l'appréciation de l'incapacité de travail de l'assuré ont ainsi une valeur probante inférieure à celles des spécialistes (RCC 1988 p. 504). La règle est d'ailleurs qu'il se récuse pour l'expertise de ses propres patients (VSI 2001, 109 consid. 3b/cc ; RCC 1988 p. 504 consid. 2). L'expert est dans une position différente puisqu'il n'a pas un mandat de soins, mais un mandat d'expertise en réponse à des questions posées par des tiers. Il tient compte des affirmations du patient. Il doit parfois s'écarter de l'appréciation plus subjective du médecin traitant.

d) Les informations des organes d'observation professionnelle ont pour fonction de compléter les données médicales en examinant concrètement dans quelle mesure l'assuré est à même de mettre en valeur une capacité de travail et de gain sur le marché du travail. Dans le cas où ces appréciations divergent sensiblement, il incombe à l'administration, respectivement au juge de confronter les deux appréciations, au besoin de requérir un complément d'instruction. Reste que ces informations recueillies au cours d'un stage pour utiles qu'elles soient ne sauraient supplanter l'avis dûment motivé d'un médecin à qui il appartient, au premier chef, de porter un jugement sur l'état de santé de l'assuré et d'indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités celui-ci est capable de travailler, le cas échéant quels travaux on peut raisonnablement exiger de lui (ATFA du 11 juillet 2005, 531/04, consid. 4.2)

e) Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doit considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4ème édition Berne 1984, p. 136 ; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème édition, p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable,

apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. ch. 2 et les références).

10. En l'occurrence, il est constant que l'assuré ne peut plus travailler en qualité de maçon ni dans d'autres métiers de force.

Dans le cadre de la première décision, le Dr -Q_____ du SMR avait toutefois considéré, suivant en cela les conclusions du Dr O_____, que la capacité de travail de l'assuré était entière dans une activité adaptée sans manipulations ni gros efforts.

Il résulte depuis lors des observations opérées par la Dresse S_____, suite au stage effectué par l'assuré aux HUG en décembre 2008, que celui-ci n'est plus en mesure de travailler dans le marché primaire, seule une activité en atelier étant envisageable. L'OCE l'a de son côté déclaré inapte au placement. La Dresse W_____ a confirmé sur la base des constatations cliniques qu'elle a effectuées suite à ces deux rapports, l'incapacité totale de travailler de son patient dans toute activité. Le Tribunal de céans constate de surcroît que l'assuré a fourni d'importants efforts pour travailler mais que peu à peu en raison de ses douleurs, il ne lui a plus été possible de continuer.

On peut par ailleurs déduire d'une lecture a contrario de l'avis du Dr U_____ du SMR que les affections dont souffre l'assuré pourraient affecter sa capacité de travail s'il n'était pas possible de les traiter.

Le médecin soutient que la situation pourrait s'améliorer par des infiltrations et de la physiothérapie.

Le Tribunal de céans relève cependant que l'assuré a déjà fait l'objet d'infiltrations (cf. courrier du Dr. P_____ du 16 décembre 2004) et de séances de physiothérapie (cf. rapport du B_____, du 9 décembre 2003) avant le dépôt de sa nouvelle demande sans que cela n'ait amené d'amélioration à son état.

Dans le cadre de la nouvelle demande, le Dr T_____ préconise, dans son rapport du 17 février 2009, de traiter désormais l'assuré de façon conservative. Le Dr V_____ considère quant à lui que des infiltrations sont inutiles et réserve son pronostic. La Dresse W_____ a par ailleurs précisé, lors de son audition, que les séances de physiothérapie n'avaient pas apporté l'amélioration escomptée.

Force est dès lors de constater que sur le plan somatique, aucun traitement ne peut en l'état améliorer l'état de l'assuré et que seuls des traitements conservateurs peuvent lui être prescrits.

L'OAI a proposé, le 24 février 2010, au Tribunal de céans de procéder à une expertise pluridisciplinaire rhumatologique et de médecine interne avec volet psychiatrique auprès du COMAI. On ne voit cependant pas en quoi une expertise rhumatologique pourrait s'avérer nécessaire. Le rapport du Dr V_____ est parfaitement étayé et l'incapacité de travail a été suffisamment évaluée par les Dresses W_____ et S_____.

Cela étant, il y a lieu de reconnaître que la capacité de travail de l'assuré est nulle quelle que soit l'activité envisagée et de lui octroyer dès lors une rente entière sans qu'il soit nécessaire de procéder à la comparaison des revenus (art. 28a al. 1 LAI).

L'OAI a considéré qu'il se justifiait d'investiguer l'aspect psychiatrique également.

11. Les atteintes à la santé psychique peuvent en effet, comme les atteintes physiques, entraîner une invalidité au sens de l'art. 4 al. 1 LAI en liaison avec l'art. 8 LPGA. On ne considère pas comme des conséquences d'un état psychique maladif, donc pas comme des affections à prendre en charge par l'assurance-invalidité, les diminutions de la capacité de gain que l'assuré pourrait empêcher en faisant preuve de bonne volonté; la mesure de ce qui est exigible doit être déterminée aussi objectivement que possible (ATF 102 V 165; VSI 2001 p. 224 consid. 2b et les références; cf. aussi ATF 127 V 294 consid. 4c *in fine*).

Selon la doctrine médicale (cf. notamment DILLING/MOMBOUR/O_____ T (Hrsf.), Internationale Klassifikation psychischer Störungen, ICD-10 Kapitel V (F), 4e édition, p. 191) sur laquelle s'appuie le Tribunal fédéral, les états dépressifs ne constituent en principe pas une comorbidité psychiatrique grave et durable à un trouble somatoforme douloureux, dans la mesure où ils ne sont en règle générale qu'une manifestation réactive ne devant pas faire l'objet d'un diagnostic séparé (ATF 130 V 352 consid. 3.3.1 *in fine* et les références citées).

Une dépendance comme l'alcoolisme ne représente pas, en soi, une invalidité au sens de la loi. Elle ne joue un rôle dans l'assurance-invalidité que lorsqu'elle a provoqué une maladie ou un accident qui entraîne une atteinte à la santé physique ou mentale, nuisant à la capacité de gain, ou si elle résulte elle-même d'une atteinte à la santé physique ou mentale qui a valeur de maladie (ATF 99 V 28 consid. 2; VSI 2002 p. 32 consid. 2a, 1996 p. 319 consid. 2a, 321 consid. 1a et 325 consid. 1a).

Une expertise psychiatrique serait quoi qu'il en soit inutile dans le cas d'espèce, puisqu'elle ne modifierait en rien les conclusions quant à l'incapacité de travail de l'assuré, dont le taux, sur le plan somatique, suffit à ouvrir le droit à une rente entière.

12. La cinquième révision de la LAI a modifié les règles relatives à la naissance du droit à la rente, qui, pour autant que les conditions du droit soient réunies (art. 28 al.

1 LAI), 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 (cf. ATF non publié du 28 août 2008, 8C_373/08, consid. 2.1). Si le cas d'assurance survient avant le 1er janvier 2008, c'est l'ancien droit qui est applicable (lettre-circulaire n° 253 relative à la 5e révision de l'AI et le droit transitoire).

En l'espèce, le cas d'assurance est survenu avant l'entrée en vigueur de la cinquième révision de la LAI et c'est par conséquent l'ancien droit qui est applicable (lettre-circulaire n° 253 relative à la 5e révision de l'AI et le droit transitoire), même si le dépôt de la demande est postérieur.

L'art. 48 al. 2 LAI (dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007) prescrit que si l'assuré présente sa demande plus de douze mois après la naissance du droit, les prestations ne sont allouées que pour les douze mois précédant le dépôt de la demande. Elles sont allouées pour une période antérieure si l'assuré ne pouvait pas connaître les faits donnant droit à prestation et qu'il présente sa demande dans les douze mois dès le moment où il en a eu connaissance.

Lors de son audition la Dresse W_____ a déclaré que depuis la première décision de l'OAI, elle n'avait plus eu de nouvelle de l'assuré jusqu'à ce qu'il vienne la voir en décembre 2008. L'aggravation de l'état de santé de celui-ci n'a ainsi médicalement été constatée qu'au moment de l'IRM du 11 février 2009. Il a dès lors lieu de fixer son droit à la rente à compter du 1er février 2009.

13. Au vu du sort du recours, il y a lieu de condamner l'intimé au paiement d'un émolument de fr. 1'000.- (art. 69 al. 1 bis LAI).

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Admet et annule la décision de l'intimé du 30 septembre 2009.
3. Dit que l'assuré a droit à une rente d'invalidité entière fondée sur un taux de 100% à compter du 1er février 2009.
4. Met un émolument de fr. 1'000.- à la charge de l'intimé.
5. 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

Nathalie LOCHER

Doris WANGELER

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