RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3989/2005 **ATAS/253/2006**

ARRET INCIDENT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 1er mars 2006

En la cause

Monsieur G_____, comparant avec élection de domicile en l'Etude de Maître MAUGUE Eric	recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE, sis rue de Lyon 97, case postale 425, 1211 GENEVE 13	intimé

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente;
Mesdames Isabelle DUBOIS et Karine STECK , Juges

EN FAIT

1. Monsieur G_____, né le _____ 1958, d'origine italienne, est en Suisse depuis 1989 où il a travaillé en tant que manœuvre au sein de l'entreprise X_____.

2. En 1991 et 1993, l'assuré a été victime d'accidents de travail sous forme de chutes sur le dos qui ont entraîné des lombalgies chroniques. Le 2 mars 1994, il a déposé une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité en vue d'un reclassement dans une nouvelle profession.

3. L'assuré a été mis au bénéfice d'un stage d'observation professionnelle du 12 décembre 1994 au 11 mars 1995, puis d'une formation pratique en courant fort et faible en entreprise du 13 mars 1995 au 30 septembre 1996.

4. Par décision du 24 mars 1995, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) a accordé à l'intéressé une rente entière d'invalidité pour la période du 1er septembre 1994 au 31 décembre 1994.

5. En raison d'une rechute douloureuse au niveau du lombo-sacré, la formation entreprise a été interrompue le 5 juillet 1995.

6. L'OCAI a mandaté le COMAI aux fins d'expertise. Dans son rapport du 1er mars 1999, le COMAI a posé les diagnostics de troubles psychotiques d'allure schizophrénique, syndrome douloureux somatoforme persistant, personnalité paranoïaque et syndrome douloureux lombaire post-contusionnel avec fréquents lumbagos aigus. En raison d'une comorbidité psychiatrique importante, les experts ont retenu que dans une activité adaptée, la capacité de travail de l'assuré subissait une réduction de 50 %.

7. Par décisions du 31 juillet 2000, l'OCAI a mis l'intéressé au bénéfice d'une rente entière d'invalidité pour la période du 1er juillet 1995 au 31 mai 1999, puis d'une demi-rente dès le 1er juin 1999, le degré d'invalidité retenu ayant été fixé, après comparaison des gains, à 62 %. Le recours interjeté par l'assuré auprès de la Commission cantonale de recours ASV-AI, alors compétente, a été rejeté par jugement du 21 mars 2002, sous réserve d'une aide au placement.

8. Le 3 novembre 2003, le Docteur Jean DE BLONAY, médecin traitant de l'assuré, a sollicité de l'OCAI la révision du droit à la rente, au motif que son patient ne pouvait pratiquement plus se déplacer, tant il était handicapé par son instabilité lombaire. Dans le questionnaire relatif à la révision, l'assuré a indiqué en date du 19 janvier 2004, que son état de santé s'était aggravé à la suite d'un accident de circulation avec choc frontal le 11 septembre 2003 .

9. Lors de l'instruction de la demande, l'OCAI a soumis le cas au Service médical régional AI SMR LEMAN, qui a estimé nécessaire de procéder à un examen bidisciplinaire. Dans leur rapport du 13 août 2004, les Docteurs A_____, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique, et B_____, psychiatre FMH, du SMR LEMAN ont posé les diagnostics de lombalgies chroniques, protrusion discale modérée L3-L4 et dans une moindre mesure L5-S1, cervicalgies persistantes après entorse cervicale, et de psychose hallucinatoire chronique chez une personnalité à traits paranoïaques. Ils ont conclu que l'état psychique de l'assuré n'a pas présenté d'évolution depuis son examen de 1998 par le COMAI., justifiant une limitation à plus de 50 % de sa capacité de travail exigible dans une activité adaptée. En raison des lombalgies et des cervicalgies chroniques, l'assuré doit éviter le port de charges supérieures à 15 kg, les travaux en porte-à-faux, et doit pouvoir alterner les positons. Dans l'activité de maçon, la capacité de travail est nulle, mais dans une activité adaptée respectant les limitations fonctionnelles, la capacité de travail est de 50 %. Le SMR LEMAN a précisé que la capacité de travail était demeurée inchangée.

10. La Division de réadaptation professionnelle a procédé à une comparaison des gains et a constaté que le degré d'invalidité du recourant était de 57 % dès 2004.

11. Par décision du 4 juillet 2005, l'OCAI a rejeté la demande d'augmentation de la rente, au motif que l'expertise du SMR LEMAN avait infirmé l'aggravation de l'état de santé alléguée par l'assuré et que sa capacité de travail dans une activité adaptée était de 50 %. Après comparaison des gains, le degré d'invalidité s'élève à 57 %, donnant droit à la même rente versée jusqu'ici, soit une demi-rente d'invalidité.

12. Représenté par WINTERTHUR ARAG, protection juridique, l'assuré a formé opposition provisoire le 26 juillet 2005, précisant qu'il restait dans l'attente de rapports médicaux et a sollicité un délai pour motiver son opposition.

13. Par décision du 11 octobre 2005, l'OCAI a rejeté l'opposition de l'assuré, au motif que plusieurs délais lui avaient été accordés afin qu'il se prononce et qu'en l'absence de document, il ne pouvait revenir sur la décision contestée.

14. L'assuré, par l'intermédiaire de Me Eric MAUGUE, a interjeté recours le 11 novembre 2005. Il conteste la décision su 4 juillet 2005 et relève préalablement que l'OCAI n'a pas retiré l'effet suspensif à un éventuel recours, de sorte que la décision sur rente du 31 juillet 2000, lui reconnaissant un degré d'invalidité de 62 %, reste en vigueur; partant, il a droit à percevoir trois-quarts de rente dès le 1er janvier 2004, au vu des nouvelles dispositions légales en vigueur. Il allègue que le réexamen du degré d'invalidité par l'OCAI est manifestement injustifié. Sur mesure provisionnelle, il conclut à ce que l'effet suspensif au recours soit constaté et à la condamnation de l'OCAI à lui verser, pendant la procédure, trois-quarts de rente dès le 1er janvier 2004, avec intérêts à 5 % à compter de chaque échéance

mensuelle, sous suite de dépens. Sur le fond, il conclut préalablement à la mise en oeuvre d'une expertise et à l'octroi d'une rente entière d'invalidité à compter du 1er novembre 2003.

15. Le 13 janvier 2006, le recourant à fait parvenir au Tribunal de céans un complément au recours, concluant sur mesures provisoires, au paiement de trois-quarts de rente dès le 1er janvier 2004. Sur le fond, il conteste le calcul de la comparaison des gains effectuée par l'OCAI, dès lors que les conditions d'une révision du taux d'invalidité ne sont pas remplies.

16. Invité à se déterminer, l'OCAI rappelle dans ses conclusions du 13 février 2006 que les décisions des 4 juillet 2005 et 11 octobre 2005 ne prévoient pas de retrait d'effet suspensif, de sorte que la demande de mesures provisionnelles doit être rejetée.

17. Ces conclusions ont été communiquées au recourant et la cause gardée à juger sur incident.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

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

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

4. La LPGA est entrée en vigueur le 1er 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 230 consid. 1.1;

335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.

Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

5. Le Tribunal de céans doit se prononcer préalablement sur la question de l'effet suspensif et sur la requête en mesures provisionnelles.

6. La LPGA ne contient pas de dispositions propres sur l'effet suspensif. Selon l'art. 55 al. 1 LPGA, les points de procédure qui ne sont pas réglés de manière exhaustive aux art. 27 à 54 LPGA ou par les dispositions des lois spéciales sont régis par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative. L'art. 56 LPGA qui concerne le droit de recours, ne règle pas l'effet suspensif éventuel du recours (Ueli KIESER, ATSG-Kommentar, p. 562 ch. m. 16 ad art. 56 et la référence; ATF 129 V 376 consid. 4.3 in fine). L'art. 61 LPGA pose des exigences auxquelles doit satisfaire la procédure devant le tribunal cantonal des assurances, laquelle est réglée par le droit cantonal, sous réserve de l'art. 1 al. 3 PA. Selon cette dernière disposition, l'art. 55 al. 2 et 4 PA, concernant le retrait de l'effet suspensif, s'applique à la procédure devant les autorités cantonales de dernière instance qui ne statuent pas définitivement en vertu du droit public fédéral. Est réservé l'art. 97 LAVS relatif au retrait de l'effet suspensif pour les recours formées contre les décisions des caisse de compensation. Aux termes de l'art. 97 LAVS, applicable par analogie à l'assurance-invalidité en vertu de l'art. 66 LAI (dispositions en leur nouvelle teneur en vigueur depuis le janvier 2003), la caisse de compensation ou l'office AI peut, dans sa décision, prévoir qu'un recours éventuel n'aura pas d'effet suspensif, même si la décision porte sur une prestation pécuniaire; au surplus, l'art. 55 al. 2 à 4 PA est applicable.

L'entrée en vigueur de la LPGA et de l'OPGA n'a rien changé à la jurisprudence en matière de retrait par l'administration de l'effet suspensif à une opposition ou à un recours ou de restitution de l'effet suspensif (ATFA P-.S. du 24 février 2004 I 46/04).

En l'occurrence, le Tribunal de céans relève que l'intimé, dans ses décisions statuant sur demande de révision, n'a pas retiré l'effet suspensif en cas d'opposition ou de recours, ce que le recourant admet. Ce dernier ne sollicite d'ailleurs pas, contrairement à ce que laisse croire l'intimé, le rétablissement de l'effet suspensif.

Il demande plutôt à ce qu'il soit constaté que son recours déploie effet suspensif. Il soutient, d'une part, que dès lors que l'effet suspensif n'a pas été retiré, la décision du 31 juillet 2000 fixant un degré d'invalidité de 62 % demeure en vigueur, de sorte

qu'il est fondé à recevoir, avec effet au 1er janvier 2004, un trois-quarts de rente jusqu'à droit jugé dans la présente procédure. D'autre part, il fait valoir que l'instruction de la demande de révision qu'il a présentée ne laisse apparaître aucun motif susceptible de fonder une reconsidération ou une révision du taux d'invalidité. Il demande en conséquence, sur mesures provisionnelles, à ce que l'intimé soit condamné à lui verser, dès le 1er janvier 2004, trois-quarts de rente pendant toute la durée de la procédure, étant précisé que sur le fond, il conclut à l'octroi d'une rente entière d'invalidité.

En conséquence, il y a lieu d'examiner la question uniquement sous l'angle des mesures provisionnelles.

7. Selon l'art. 56 PA, après le dépôt du recours, l'autorité saisie peut prendre d'autres mesures provisionnelles, d'office ou sur requête d'une partie, pour maintenir provisoirement intact un état de fait ou de droit. Bien qu'elle ne soit pas mentionnée dans les dispositions énumérées à l'art. 1 al., 3 PA, la jurisprudence considère que l'art 56 PA constitue une base de droit fédéral pour le prononcé de mesures provisionnelles en procédure de recours cantonale (ATF 119 V 297 consid. 4, 117 V 189 consid. 1c; Benoît BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 50 ss). Les principes développés à propos des art. 55 PA et 97 LAVS sont applicables par analogie dans le cadre de l'art. 56 PA (ATF 117 V 191 consid. 2b). En particulier, l'autorité doit procéder à une pesée des intérêts en présence; les mesures doivent être justifiées par un intérêt privé ou public prépondérant (BOVAY, op. cit. p. 414).

   Les mesures provisionnelles ne sont légitimes, aux termes de la loi, que si elles s'avèrent nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde des intérêts compromis. En revanche, elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper sur le jugement définitive, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, ni non plus aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire le procès au fond (ATF 119 V 505 consid. 3 et les références citées). Si la protection du droit ne peut exceptionnellement être réalisée autrement, il est possible d'anticiper sur le jugement au fond par une mesure provisoire, pour autant qu'une protection efficace du droit ne puisse être atteinte par la procédure ordinaire et que celle-ci produirait des effets absolument inadmissibles pour le requérant (GYGI, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative, RDAF 1976 p. 228; cf. aussi KÖLZ/HÄNER, Verwasltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2ème édition, ch. 334 ss.).

8. En l'espèce, la décision du 4 juillet 2005, confirmée par décision sur opposition du 11 octobre 2005, est une décision prise après une demande de révision présentée par le recourant et son médecin traitant, lequel alléguait une aggravation de son état de santé. L'intimé est entré en matière et a instruit la demande.

Jusqu'au moment de la décision du 4 juillet 2005, le recourant était au bénéfice d'une décision lui reconnaissant un degré d'invalidité de 62 %. Or, un tel degré d'invalidité donne droit, à compter du 1er janvier 2004, à un trois-quarts de rente d'invalidité, suite à l'entrée en vigueur de la 4ème révision de la LAI (cf. art. 28 al. 1 LAI).

Le Tribunal de céans constate au surplus que l'intimé a constaté, sur la base de l'examen bidisciplinaire du SMR LEMAN, qu'il n'y avait pas aggravation de l'état de santé et que la capacité de travail dans une activité adaptée demeurait inchangée, soit 50 %. L'intimé a ensuite procédé à une nouvelle comparaison des gains en se fondant pour le revenu d'invalide à l'Enquête Suisse sur la structure des salaires (tables ESS) et constaté que le recourant présentait un degré d'invalidité de 57 %, qui, à teneur du nouvel art. 28 al. 1 LAI, ne donne droit qu'à une demi-rente d'invalidité. Une telle modification du droit, soit la diminution de la rente, ne peut cependant avoir d'effet qu'à compter du premier jour du deuxième mois qui suit la notification de la décision, conformément à l'art. 88 bis al. 2 let. a RAI. La situation serait du reste la même si l'intimé avait voulu procéder à une reformatio in pejus - ce qui ne paraît pas être le cas en l'occurrence - dans la mesure où lorsque la modification porte sur une question spécifique du droit de l'assurance-invalidité, elle ne peut avoir d'effet qu'ex nunc et pro futuro (ATF 129 V 432 consid. 2).

Enfin, à supposer que sur le fond, le Tribunal de céans devait confirmer le degré d'invalidité fixé par l'intimé à 57 %, la diminution de la rente à une demi-rente ne pourrait avoir lieu qu'à compter du premier jour du deuxième mois qui suivra la notification de l'arrêt (cf. ATFA du 24 juin 2002 I 278/02; VSI 2000 p. 314 consid. 3).

Au vu de ce qui précède, le recourant a droit sans équivoque à trois-quarts de rente d'invalidité dès le 1er janvier 2004 et durant toute la procédure.

9. Le recourant conclut à l'octroi d'intérêts de 5 % dès le 1er janvier 2004, à compter de chaque échéance mensuelle.

Selon l'art. 26 al. 2 LPGA, des intérêts moratoires sont dus pour toute créance de prestations d'assurances à l'échéance d'un délai de 24 mois à compter de la naissance du droit, mais au plus tôt douze mois à partir du moment où l'assuré fait valoir ce droit, pour autant qu'il se soit entièrement conformé à l'obligation de collaborer qui lui incombe. En l'espèce, force est de constater que le recourant ne saurait prétendre à des intérêts moratoires, dès lors qu'il n'a fait valoir son droit qu'en date du 11 novembre 2005.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Sur incident et requête en mesures provisionnelles:

2. Admet partiellement le recours.

3. Condamne l'OCAI à verser à Monsieur G_____ trois-quarts de rente d'invalidité dès le 1er janvier 2004, conformément aux considérants.

4. Invite l'OCAI à rendre une décision en ce sens.

5. Condamne l'OCAI à verser au recourant une indemnité de 1000 fr. à titre de dépens.

6. Réserve le fond.

7. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 10 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier — La Présidente :

Walid BEN AMER — 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