

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/467/2009

ATAS/1483/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 26 novembre 2009

En la cause

Monsieur U_____, domicilié à ONEX, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître CORDONIER Marlyse

recourant

contre

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

intimé

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

EN FAIT

1. Monsieur U_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1946, après avoir exercé les professions de mécanicien, vendeur et agent de sécurité, travaille depuis février 2000 comme conseiller de vente chez X_____. Son salaire annuel s'élève 61'360 fr. (13 x 4'720 fr.).
2. Le 5 août 2006, l'assuré a été victime d'un accident de la circulation : alors qu'il se rendait au travail en scooter, il a glissé et est tombé lourdement sur la chaussée, ce qui lui a occasionné plusieurs fractures et contusions et une dermabrasion au niveau de la jambe droite. L'assuré a été également blessé au niveau de l'épaule droite.
3. Hospitalisé du 5 au 16 août 2006, l'assuré a subi une ostéosynthèse du tibia et de la fibula.
4. En raison de violentes douleurs au niveau de l'épaule droite, l'assuré a consulté le Prof. A_____, médecin-chef de service du Département de chirurgie orthopédique et de traumatologie de l'appareil moteur, qui, après avoir ordonné une arthro-IRM, a posé le diagnostic de tendinopathie sévère du sus-épineux et du sous-scapulaire avec arthrose acromio-claviculaire.
5. Le 14 août 2007, le Pr A_____ a établi un bref rapport dans lequel il a indiqué qu'il lui était difficile d'évaluer la capacité de travail de l'assuré, dont il a cependant jugé qu'elle ne dépassait pas 50%, précisant que l'intéressé ne pouvait certainement pas soulever de meubles.
6. Le cas a été annoncé à l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OCAI).
7. Dans le cadre de la détection précoce, l'assuré a été entendu en date du 4 février 2008. Etaient également présents à cet entretien Monsieur V_____, gérant auprès de X_____, et Monsieur W_____, du service social de Y_____.

Il a été expliqué que l'assuré avait été dans l'incapacité totale de travailler depuis l'accident jusqu'au 20 mars 2007, date à compter de laquelle il avait pu reprendre son poste à 50%. Son poste de travail a été décrit et il a été expliqué que l'assuré perdait des clients car il se déplaçait moins vite que ses autres collègues et qu'au surplus, il ne pouvait plus ni déplacer des meubles lourds ni monter sur une chaise ou une échelle.

Son employeur a aménagé le poste de travail en ce sens que les collègues de l'assuré l'aident à porter les charges lourdes, qu'il a été affecté à un rayon d'articles légers (coussins, tabourets) et que le samedi lui a été accordé à titre de congé car il n'arrive pas à suivre le rythme dû à l'affluence des clients ce jour-là.

8. Le 21 novembre 2008, le Prof. A_____ a confirmé son diagnostic de sévère tendinopathie du sus-épineux et du sous-scapulaire. Il a estimé que l'assuré pourrait reprendre une activité professionnelle à 50% en tant que vendeur de meubles.
9. Dans un rapport du 14 avril 2008, le Dr B_____, spécialiste FMH en médecine générale, a attesté d'une incapacité de travail de 100% du 5 août 2006 au mois de mars 2007, de 50% depuis lors. De manière générale, il a indiqué que l'assuré devait éviter de se pencher, de travailler au-dessus de la tête, en position accroupie ou de monter échelles ou échafaudages.
10. Le 20 mai 2008, le Dr C_____, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique et traumatologie, a préconisé un travail plus sédentaire, indiquant que l'assuré pourrait ainsi peut-être reprendre à 100% (indication dont il faut relever qu'elle a été assortie par le médecin d'un point d'interrogation) à partir du mois d'août 2008.
11. Dans un avis daté du 9 juin 2008, le Dr D_____, médecin auprès du service médical régional AI (SMR), a conclu à une capacité de travail de 50% dans l'activité de vendeur jusqu'en mars 2007 et à une capacité de travail de 100% dans une activité sédentaire depuis lors.
12. Sur remarque de l'assuré, le 10 décembre 2008, le Dr E_____ du Service médical régional de l'AI (SMR), a convenu que le Dr D_____ n'avait effectivement pas pris en compte dans son avis du 9 juin 2008 l'atteinte traumatique de l'épaule droite. Dès lors, une instruction complémentaire a eu lieu sous la forme d'un nouvel examen par le Pr A_____, lequel a conclu à la reprise de l'activité de vendeur de meubles à 50%. Le Dr E_____ en a tiré la conclusion que dans une activité adaptée, la capacité de travail restait entière, étant précisé que les limitations fonctionnelles consistaient en l'épargne du membre supérieur droit avec évitement des mouvements répétitifs et des mouvements au-dessus de l'horizontale.
13. Sur cette base, l'OCAI s'est livré à une évaluation théorique du degré d'invalidité en comparant le revenu que l'assuré pourrait obtenir dans une activité adaptée (59'055 fr. selon les statistiques) après déduction supplémentaire de 10%, soit 53'150 fr., à celui qu'il aurait réalisé sans atteinte à sa santé, à savoir 61'360 fr., ce qui a conduit à un degré d'invalidité de 13,4 %.
14. Le 24 juin 2008, l'OCAI a adressé à l'assuré un projet de décision dont il ressortait que ce degré d'invalidité était insuffisant pour ouvrir droit à une rente ou à un reclassement.
15. L'assuré a reproché à de n'avoir pas tenu compte ni de l'atteinte à son épaule droite et des limitations fonctionnelles qui en résultaient, ni de son âge.
16. Par décision du 13 janvier 2009, l'OCAI a refusé à l'assuré l'octroi de toutes prestations. Se basant sur les conclusions du Prof. A_____, l'OCAI a

considéré que si l'activité de vendeur de meubles n'était plus exigible qu'à 50%, l'assuré pourrait en revanche exercer à plein temps une activité lui permettant d'épargner son membre supérieur droit et d'éviter les mouvements répétitifs ou au-dessus de l'horizontale.

17. Par écriture du 13 février 2009, l'assuré a interjeté recours concluant à l'octroi d'une demi-rente d'invalidité, subsidiairement à celui d'un reclassement.

Le recourant reproche en premier lieu à l'intimé de n'avoir pas tenu compte de son âge, alors même qu'il était âgé de 62 ans déjà au moment de la décision litigieuse. Il soutient que lui imposer l'exercice d'une nouvelle activité implique une reconversion professionnelle et des difficultés d'adaptation pratiquement insurmontables. Il estime qu'en reprenant son activité à 50%, il a pleinement satisfait à l'obligation qui lui incombe de réduire son dommage.

Le recourant fait par ailleurs valoir, s'agissant du revenu d'invalidité retenu par l'OCAI, qu'une réduction de 10% n'est pas suffisante pour tenir compte à la fois de l'atteinte au pied droit, de celle au membre supérieur droit et son âge. Selon lui, c'est une réduction de 20% au minimum qui devrait être appliquée. Cela amènerait le revenu d'invalidité à 47'244 fr. et conduirait à un degré d'invalidité de 23% lui ouvrant à tout le moins droit à un reclassement.

18. Invité à se déterminer, l'OCAI, dans sa réponse du 13 mars 2009, a conclu au rejet du recours.

L'intimé relève que, dans son avis du 10 décembre 2008, le SMR, bien qu'ayant déjà admis au nombre des limitations fonctionnelles le fait de devoir épargner le membre supérieur droit, d'éviter les mouvements répétitifs ou au-dessus de l'horizontale, avait cependant conclu à une capacité de travail entière dans une activité adaptée.

L'intimé, après avoir réexaminé le dossier et procédé à une nouvelle comparaison des revenus, a admis qu'au vu de l'âge de l'assuré, une réduction supplémentaire de 25% se justifiait. Le taux d'invalidité de l'assuré a ainsi été porté à 27,6 %, taux suffisant pour ouvrir droit à des mesures d'ordre professionnel.

En conséquence de quoi, l'OCAI a conclu à l'admission partielle du recours et proposé l'octroi la mise en place d'une mesure d'orientation professionnelle ayant pour objectif de définir la mesure appropriée pour l'assuré, cas échéant, d'un reclassement.

19. Une audience s'est tenue en date du 18 juin 2009 au cours de laquelle le recourant a expliqué que même s'il continue à travailler à 50% et reçoit le salaire ad hoc, c'est que son patron fait preuve d'indulgence à son égard car, en réalité, son chiffre d'affaires avait été réduit de plus de 50%.

Le recourant s'est déclaré satisfait de la proposition de l'intimé.

Il continue cependant à soutenir qu'au vu de son âge et de la jurisprudence, on ne devrait pas exiger de sa part qu'il change d'activité.

Il a par ailleurs fait remarquer que le Dr F_____, médecin expert auprès de SWICA, avait rendu en date du 23 avril 2008 un rapport d'expertise faisant état d'un risque d'arthrose. Le recourant s'est engagé à produire ce rapport. Le Dr F_____ a au surplus suggéré le port d'une atèle durant plusieurs mois afin de redresser le pied de l'assuré.

20. Le 9 juillet 2009, le recourant a encore produit deux rapports d'expertise rédigés par le Dr Simon F_____, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique.
21. Par écriture du 29 juillet 2009, l'OCAI a persisté dans ses conclusions. Il relève que l'état de l'épaule droite de l'assuré est stabilisé, avec une bonne récupération de la mobilité, aussi bien en élévation qu'en rotation externe, que s'agissant du membre inférieur gauche, il y a aussi eu une bonne récupération, avec néanmoins un muscle jambier postérieur faible et que l'expert n'énumère aucune limitation fonctionnelle si ce n'est une insécurité en terrain accidenté et une boiterie douloureuse. L'OCAI souligne que les conclusions du Dr F_____ concordent avec sa propre évaluation médicale, et conclut que dans une activité sédentaire, la capacité de travail de l'assuré reste entière.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ; 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).

En dérogation aux art. 52 et 58 LPGA, les décisions des offices AI cantonaux peuvent directement faire l'objet d'un recours devant le tribunal des assurances du domicile de l'office concerné.

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

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits et le juge des assurances sociales se fonde en principe, pour apprécier une cause, sur l'état de fait réalisé à la date déterminante de la décision sur opposition litigieuse (ATF 129 V 1,

consid. 1; ATF 127 V 467, consid. 1 et les références). C'est ainsi que lorsque l'on examine le droit éventuel à une rente d'invalidité pour une période précédant l'entrée en vigueur de la LPGA, il y a lieu d'appliquer l'ancien droit pour la période jusqu'au 31 décembre 2002 et la nouvelle réglementation légale après cette date (ATF 130 V 433 consid. 1 et les références).

En l'occurrence, la décision litigieuse est postérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA ainsi qu'à l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2004, des modifications de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 21 mars 2003 (4ème révision). Par conséquent, du point de vue matériel, le droit éventuel à une rente d'invalidité doit être examiné au regard des nouvelles normes de la LPGA et des modifications de la LAI consécutives à la 4ème révision de cette loi, dans la mesure de leur pertinence (ATF 130 V 445 et les références; voir également ATF 130 V 329).

Par ailleurs, la loi fédérale du 16 décembre 2005 modifiant la loi fédérale sur l'assurance-invalidité est entrée en vigueur le 1er juillet 2006 (RO 2006 2003), apportant des modifications qui concernent notamment la procédure conduite devant le Tribunal cantonal des assurances (art. 52, 58 et 61 let. a LPGA). Le présent cas est soumis au nouveau droit, dès lors que le recours de droit administratif a été formé après le 1er juillet 2006 (ch. II let. c des dispositions transitoires relatives à la modification du 16 décembre 2005).

3. Interjeté dans les forme et délai légaux (art. 56 à 60 LPGA), le recours est recevable.
4. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si les atteintes à la santé du recourant entraînent une perte de gain susceptible de lui ouvrir droit à des prestations de l'assurance-invalidité

a) Est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle présumée permanente ou de longue durée, résultant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art. 8 al. 1 LPGA et 4 al. 1 LAI). Est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur le marché du travail équilibré qui entre en considération, si cette diminution résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (art. 7 LPGA).

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). Ainsi le taux d'invalidité ne se confond pas nécessairement avec le taux d'incapacité fonctionnelle déterminé par le médecin; ce sont les conséquences économiques objectives de l'incapacité fonctionnelle qu'il importe d'évaluer (ATF 110 V 275 consid. 4a).

b) Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu recours) a besoin de documents que le médecin, éventuellement aussi 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 et les références).

5. En l'espèce, force est de constater que les conclusions des différents médecins qui se sont prononcés corroborent. Tant le Prof. A_____, que le Dr B_____, que le médecin du SMR parviennent à la conclusion que, dans son activité habituelle, le recourant ne dispose plus que d'une capacité de travail de 50%. Se basant sur l'avis du Dr E_____, du SMR, l'intimé soutient que, dans une activité adaptée, cette capacité pourrait être augmentée à 100%, hypothèse également envisagée par le Dr C_____, même s'il faut souligner que celui-ci paraissait toutefois en douter puisqu'il a assorti sa remarque d'un point d'interrogation. La question litigieuse n'est donc pas tant de savoir quelle est la capacité de travail du recourant mais si l'on peut exiger de ce dernier qu'il se reconvertisse dans une activité mieux adaptée à son état - c'est-à-dire sédentaire - qui lui permettrait d'augmenter son taux d'occupation.

A cet égard, ainsi que le fait remarquer le recourant, le Tribunal fédéral a récemment, dans un arrêt 9C_437/2008 du 19 mars 2009 (consid. 4.2), rappelé que, lorsqu'il s'agit d'examiner dans quelle mesure un assuré peut encore exploiter économiquement sa capacité de gain résiduelle sur le marché du travail entrant en considération pour lui (art. 16 LPGA), on ne saurait subordonner la concrétisation des possibilités de travail et des perspectives de gain à des exigences excessives et que l'examen des faits doit dès lors être mené de manière à garantir dans un cas particulier que le degré d'invalidité est établi avec certitude. Il s'ensuit que pour évaluer l'invalidité, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si un invalide peut être placé eu égard aux conditions concrètes du marché du travail, mais uniquement de se demander s'il pourrait encore exploiter économiquement sa capacité résiduelle de travail lorsque les places de travail disponibles correspondent à l'offre de la main d'œuvre (arrêt I 198/97 du 7 juillet 1998 consid. 3b et les références, in VSI 1998 p. 293).

Le Tribunal fédéral a souligné qu'on ne saurait toutefois se fonder sur des possibilités de travail irréalistes. Ainsi, on ne peut parler d'une activité exigible au sens de l'art. 16 LPGA, lorsqu'elle ne peut être exercée que sous une forme tellement restreinte qu'elle n'existe pratiquement pas sur le marché général du travail ou que son exercice suppose de la part de l'employeur des concessions irréalistes et que, de ce fait, il semble exclu de trouver un emploi correspondant (arrêts I 350/89 du 30 avril 1991 consid. 3b, in RCC 1991 p. 329; I 329/88 du 25 janvier 1989 consid. 4a, in RCC 1989 p. 328).

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

Le Tribunal fédéral a ainsi considéré qu'exiger d'une assurée âgée de 61 ans et un mois au moment déterminant où la décision litigieuse avait été rendue, qui avait travaillé pendant dix ans comme femme de ménage, puis comme concierge, qui n'avait pas acquis la moindre formation professionnelle ou une autre expérience qu'elle aurait pu mettre en valeur et qui aurait été dans l'obligation d'exercer une activité sédentaire, privilégiant la position assise et les déplacements plutôt à plat, sans inclinaison vers l'avant ni port de charges supérieures à 5 kilos - impliquerait une reconversion professionnelle et des facultés d'adaptation insurmontables d'un point de vue subjectif. Il a admis que, dans une telle situation, il était difficile d'imaginer qu'un employeur consente les moyens et les efforts nécessaires pour permettre à l'intéressée de se réinsérer dans le monde du travail, raison pour laquelle il a finalement conclu qu'au vu de la situation personnelle et professionnelle de l'assurée, il fallait admettre que cette dernière n'était plus en mesure de retrouver un emploi léger et adapté à son handicap sur un marché équilibré du travail et qu'en d'autres termes, elle ne pouvait plus exploiter sa capacité résiduelle de travail sur le plan économique, de sorte qu'il en résultait une invalidité totale sur le plan professionnel (ATF op. cit. consid. 4.3).

Le Tribunal de céans est d'avis qu'il en va de même dans le cas présent. En effet, le recourant, âgé de 62 ans et trois mois au moment déterminant de la décision litigieuse, a exercé durant la majorité de sa carrière la profession de vendeur qui est la sienne aujourd'hui encore, et dont il a été admis qu'elle n'était plus tout à fait adaptée, dans la mesure où elle implique des déplacements de sa part. Les autres

activités exercées par le recourant à titre de mécanicien ou d'agent de sécurité ne le serait pas plus. Or, l'assuré ne dispose par ailleurs d'aucune autre formation ou expérience pouvant lui permettre de se réinsérer rapidement dans une activité sédentaire. Il lui faudrait donc impérativement passer par une reconversion professionnelle, laquelle durera plusieurs mois et le rapprochera encore de l'âge de la retraite. Dès lors, et dans la mesure où le recourant a déjà fait son possible pour conserver son poste à temps partiel et réduire ainsi son dommage de moitié, il paraîtrait disproportionné d'exiger de lui qu'il se reconvertisse encore et abandonne son poste alors qu'il est fort douteux qu'il retrouve un employeur disposé à s'investir pour lui donner les moyens de se réinsérer dans une activité plus adaptée à son état et ce, pour quelques années seulement.

En conséquence, le Tribunal de céans considère qu'il y a lieu de retenir un degré d'invalidité correspondant à la perte de gain du recourant, soit 50% et de lui octroyer en conséquence, à compter du 1^{er} août 2007, une demi-rente d'invalidité.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Admet le recours au sens des considérants.
3. Annule la décision du 13 janvier 2009.
4. Dit que Monsieur U _____ a droit à une demi-rente d'invalidité.
5. Renvoie la cause à l'intimé pour calcul des prestations dues.
6. Condamne l'intimé à verser au recourant la somme de 2'000 fr. à titre de dépens.
7. Met un émolument de 200 fr. à la charge de l'intimé.
8. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); 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

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