RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/708/2004 **ATAS/564/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

6ème Chambre

du 12 juillet 2004

En la cause

Monsieur A_____, représenté par le Centre Social Protestant, rue du Village-Suisse 14, Genève	recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, Rue de Lyon 97, Genève	intimé

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Doris WANGELER et Karine STECK, Juges.

EN FAIT

1. M. A_____ né le février 1953, de nationalité turque, marié et père de quatre enfants, est titulaire d'une autorisation de séjour B. Il est arrivé en Suisse en 1982. La dernière activité qu'il a exercée est celle de restaurateur indépendant depuis 1994. Il était propriétaire du Snack-Bar « X_____» à Genève. Il a vendu son commerce en date du 1er mars 2000.

2. Le 4 décembre 1999, l'assuré qui souffrait antérieurement de lombalgies, a ressenti une douleur dorso-lombaire apparue progressivement, sans facteur déclenchant. Il a été en incapacité totale de travail dès le 8 décembre 1999.

3. Le 2 février 2000, la clinique de rééducation établissement hospitalier a rendu un rapport médical à la suite du séjour de l'assuré du 8 décembre 1999 au 22 janvier 2000 dans l'unité de rééducation locomotrice. Il avait été adressé pour prise en charge conservatrice d'un syndrome lombo-vertébral aigu.

   Le diagnostic était celui de syndrome vertébral protrusion discale L4-L5 prédominant à gauche. Diabète de type II non insulino-requérant. Le patient avait subi une intervention en 1983 pour lithiase rénale et en 1985 pour lithotripsie. Un contrôle lombaire avait été pratiqué le 14 janvier 2000 mettant en évidence une protrusion discale L4-L5 sans rétrécissement du trou de conjugaison. La corrélation radio-clinique restait donc discutable. Des exercices de renforcement lombo-abdominal, une mobilisation en piscine et de séances de physiothérapie étaient prescrits.

4. Le 25 mai 2000, l'assuré a subi une intervention à la clinique et policlinique d'urologie de L'ÉTABLISSEMENT HOSPITALIER à la suite d'une colique néphrétique.

5. Le 8 juin 2000, le Dr. M. A_____ de la clinique de rééducation de L'ÉTABLISSEMENT HOSPITALIER a attesté que malgré une prise en charge intensive, le patient se plaignait toujours de douleurs dans le membre inférieur gauche. Il persistait des douleurs lombaires chroniques partiellement handicapantes. Il avait motivé le patient à retrouver une activité professionnelle adaptée à sa pathologie.

6. Le 26 novembre 2000, un scanner de la colonne lombaire a été pratiqué révélant une petite hernie discale L4-L5 latéralisée à gauche et légèrement luxée vers le bas, sans autre anomalie notable.

7. Le 30 novembre 2000, le Dr. B_____, spécialiste en neurologie, a effectué une électroneuromyographie et conclu à une atteinte lésionnelle L5 gauche avec des

signes encore à l'heure actuelle modérés. Vu la persistance de nombreuses sciatalgies, il proposait qu'un avis neurochirurgical soit demandé.

8. Le 15 mars 2001, l'assuré a déposé une demande de prestations AI en mentionnant qu'il avait dû abandonner son commerce à cause se son handicap.

9. Le 16 juin 2001, les Drs. C_____, médecin-répondant de la permanence de l'établissement hospitalier et D_____ ont rendu un rapport médical à l'intention de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OCAI).

   Les diagnostics ayant des répercussions sur la capacité de travail étaient « Lombalgie gauche chronique. Protrusion discale L4-L5 gauche. Syndrome radiculaire gauche. Etat après colique néphrétique gauche sur lithiase urinaire récidivante opérée en 1983 (lithiase d'urates). Dépression nerveuse réactionnelle à ses lombalgies chroniques et également à des échecs de sa vie professionnelle ».

   L'incapacité de travail était de 100 % du 8 décembre 1999 au 2 octobre 2000, de 50 % du 2 octobre au 30 octobre 2000 et de 100 % dès le 18 janvier 2001. L'activité exercée n'était plus exigible. On pouvait exiger que l'assuré exerce une autre activité mais aucune pour le moment. Il ne devait pas porter de poids lourds et faire des flexions du tronc.

   Le patient était suivi depuis 1993 pour des lombalgies qui s'étaient exacerbées en 1999 ayant nécessité un séjour de plusieurs semaines à l'établissement hospitalier. Il avait subi une dépression réactionnelle à la suite de ces lombalgies qui avaient entraîné un échec professionnel du restaurant qu'il avait ouvert. Un examen médical complémentaire était nécessaire.

10. Le 28 février 2003, les Drs. E_____ et C_____ ont attesté que l'assuré souffrait en plus depuis le 15 juillet 2002 d'épigastralgie suite aux AINS, gastrite à Heliconacter pylori sans influence sur la capacité de travail. En novembre 2002, il y avait eu péjoration de ses lombalgies et de son état psychique. Globalement, l'état de santé du patient s'était amélioré depuis une vingtaine de jours et il serait bien qu'il puisse trouver, pour sa santé physique, un travail adapté sans flexions répétées du tronc, position longtemps debout et port de charge excédant 3 à 5 kilos.

    Il y avait une bonne concordance entre les plaintes et l'examen clinique. Une prise en charge psychiatrique était peut-être indiquée en raison de sa dépression. Un examen médical complémentaire était nécessaire pour évaluer les conséquences de l'atteinte à la santé sur la capacité de travail.

11. Le 8 avril 2003, le médecin-conseil de l'AI a relevé qu'il fallait se renseigner sur l'état psychologique et éventuellement effectuer un examen psychiatrique. Cet avis est resté sans suite.

12. Le 27 juin 2003, l'OCAI a procédé à une enquête économique. Le restaurant était ouvert 7 jours sur 7. Le travail de l'assuré consistait à assurer de petites tâches administratives, effectuer les achats, servir au restaurant et aider en cuisine et travaillait en moyenne 14 heures par jour. Le bénéfice de l'entreprise était de fr. 37'555.- en 1996, fr. 37'481.- en 1997. En 1998 et 1999 l'assuré avait subi une perte de respectivement fr. 9'367.- et fr. 17'902.- en raison de l'engagement de personnel pour remplacer l'aide de ses proches. Il avait vendu son établissement le 1er mars 2000 en raison des atteintes à sa santé. Le revenu sans invalidité sur la base des comptes 1996 et 1997 était de fr. 26'445.-.

13. Le 28 novembre 2003, la division de réadaptation professionnelle de l'OCAI a rendu un rapport proposant de refuser à l'assuré le droit à des prestations AI et d'ouvrir un mandat d'aide au placement. L'exercice d'une activité adaptée était exigible et le salaire réalisé avant son atteinte étant bas, il n'avait droit à aucune prestation. Le revenu avec invalidité était basé sur l'enquête suisse sur la structure des salaires 2000 (ESS), tableau TA1, niveau 4 avec une réduction de 25 %, soit un montant de fr. 47'294.- par an.

14. Le 2 décembre 2003, l'OCAI a rejeté la demande de prestations de l'assuré au motif qu'une activité adaptée à 100 % était raisonnablement exigible, ce qui n'entraînait aucune perte de gain compte tenu du revenu de fr. 26'445.- par an réalisé avant l'atteinte à la santé.

15. Le 23 décembre 2003, l'assuré s'est opposé à cette décision en relevant qu'il était incapable de réaliser le moindre gain par le biais d'une activité lucrative et que son revenu sans invalidité aurait dû dépasser fr. 60'000.- par an car la baisse de son chiffre d'affaires était liée à ses problèmes de santé qui l'empêchaient de gérer le restaurant convenablement.

16. Le 10 mars 2004, l'OCAI a rejeté l'opposition. L'assuré aurait tiré un revenu hypothétique sans invalidité de fr. 26'445.-. Le montant de fr. 60'000.- allégué ne reposait sur aucune donnée objectivable. L'assuré possédait une capacité résiduelle de travail indéniable dans une activité adaptée. Même si une capacité résiduelle de 50 % était admise, la comparaison des salaires n'aboutirait à aucun taux d'invalidité, vu la faiblesse des montants réalisés par l'assuré avant son atteinte à la santé. Une aide au placement pourrait toutefois sur demande être octroyée.

17. Le 5 avril 2004, l'assuré a recouru au Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS) à l'encontre de la décision sur opposition en confirmant que les atteintes à sa santé avaient empêché l'amélioration du chiffre d'affaire de son entreprise, lequel aurait raisonnablement atteint fr. 60'000.- par an. Il était progressivement devenu complètement incapable de travailler. Il était grotesque de considérer que son gain avec invalidité représentait près du double de sa capacité de gain sans invalidité. Il requérait principalement une rente AI sur la base d'un taux d'invalidité

de 100 % et subsidiairement une mesure de reclassement ou une expertise de type COPAI.

18. Le 19 avril 2003, l'OCAI s'est opposé au recours.

EN DROIT

1. a) 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 (art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.

- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1er août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc… qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts…). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de

juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1er janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56V al. 1 let. a ch. 3 et al. 2 let. a LOJ et 60 LPGA).

3. Aux termes de l'article 4 de la loi fédérale sur l'assurance invalidité du 19 juin 1959 (LAI), 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.

   L'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 66 2/3% 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 (art. 28 alinéa 1 LAI). Dans les cas pénibles, une invalidité de 40% au moins ouvre droit à une demi-rente (art. 28 alinéa 1bis LAI).

   Pour les assurés actifs, le degré d'invalidité doit être déterminé sur la base d'une comparaison des revenus : on compare le salaire que l'invalide pourrait obtenir en exerçant l'activité que l'on peut raisonnablement attendre de lui – après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail – à celui qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide (art. 28

alinéa 2 LAI). La comparaison doit en règle générale se faire de telle manière que les deux revenus hypothétiques soient chiffrés le plus exactement possible et mis en parallèle, leur différence permettant de déterminer le degré d'invalidité. Si leur montant ne peut être déterminé avec précision, il conviendra de les évaluer selon les éléments connus dans le cas particulier et de comparer entre elles les valeurs approximatives ainsi retenues (VSI 2000, consid. 1b 84 ; VSI 2000, consid. 1a, 316).

4. Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu un recours) a besoin de documents que les médecins, 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 ; 115 V 134, consid. 2 ; 114 V 314, consid. 3c, 105 V 158, consid. 1).

   En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant, c'est que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description du contexte médical soit claire et, enfin, que les conclusions du médecin ou de l'expert soient bien motivées (ATF 122 V 160, consid. 1c et les références). L'élément déterminant pour la valeur probante n'est en principe ni l'origine du moyen de preuve, ni sa désignation, sous la forme d'un rapport ou d'une expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 122 V 160, consid. 1c, OMLIN Die Invaliditätsbemessung in der obligatorischen Unfallversicherung p. 297 et suivantes; MORGER, Unfallmedizinische Begutachtung in der SUVA, in RSAS 32 / 1988, p. 332 et suivantes).

5. En l'espèce, il ressort des pièces médicales du dossier que le recourant souffre, d'une part, d'une petite hernie discale L4-L5 latéralisée à gauche (scanner du 26 octobre 2000) et d'une atteinte lésionnelle L5 gauche (rapport du Dr. B_____ du 30 novembre 2000) entraînant des lombosciatalgies gauches chroniques et, d'autre part, d'une dépression réactionnelle (rapport précité).

   L'incidence de ces atteintes sur la capacité de travail a été évaluée par les Drs. E_____ et C_____ le 16 juin 2001, lesquels ont précisé que l'activité exercée n'était plus exigible. L'assuré pouvait exercer une autre activité mais aucune pour le moment. Puis le 28 février 2003, ils ont relevé qu'un travail adapté était possible mais qu'un examen complémentaire était nécessaire pour évaluer les conséquences de l'atteinte à la santé sur la capacité de travail. Par ailleurs, ils notaient qu'une prise en charge psychiatrique était peut-être indiquée en raison de la dépression.

Enfin, le 28 février 2003, les Drs. E_____ et C_____ ont aussi attesté d'une amélioration de l'état de santé du recourant mais depuis une vingtaine de jours seulement, amélioration qui n'a été confirmée ou infirmée par aucun rapport subséquent.

6. Il y a lieu de constater que les rapports des 16 juin 2001 et 28 février 2003 des Drs. E_____ et C_____ – sur lesquels se fonde l'OCAI pour admettre une capacité de travail entière dans une activité adaptée à l'état de santé de l'assuré – ne sauraient avoir une valeur probante suffisante au sens de la jurisprudence précitée dès lors que lesdits médecins attestent d'une amélioration très récente de l'état de santé de l'assuré, sans confirmation dans la durée, et considèrent qu'un examen médical complémentaire est nécessaire pour évaluer la capacité de travail du recourant.

   Par ailleurs, ces médecins relèvent qu'il y a une bonne concordance entre les plaintes et l'examen clinique et qu'une prise en charge psychiatrique est peut-être indiquée en raison de la dépression de l'assuré. A cet égard, le médecin-conseil de l'AI a également relevé qu'il fallait se renseigner sur l'état psychologique de l'intéressé et éventuellement effectuer un examen psychiatrique, ce qui n'a jamais été ordonné par l'OCAI.

7. Au vu de ce qui précède, le TCAS considère que le dossier n'est médicalement pas instruit de façon suffisante et qu'il incombe à l'OCAI de le compléter par le biais d'une expertise de type COMAI pour évaluer l'atteinte à la santé du recourant tant sur le plan physique que psychique avant de rendre une nouvelle décision sur le droit aux prestations AI du recourant.

8. En conséquence, le recours sera partiellement admis et la décision litigieuse annulée, le dossier étant renvoyé à l'OCAI pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

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.

Au fond :

2. L'admet partiellement.

3. Annule la décision sur opposition du 10 mars 2004.

4. Renvoie le dossier à l'OCAI pour nouvelle décision au sens des considérants.

5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 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 pas 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).

La greffière :	La présidente :
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

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