

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1829/2012

ATAS/228/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 4 mars 2013

9^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur L_____, domicilié c/o M_____, à Genève,
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Bolivar
Manuel.

recourant

contre

OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITE DU CANTON DE
GENEVE, sis rue des Gares 12, 1201 Genève

intimé

**Siégeant : Florence KRAUSKOPF, Présidente; Christine TARRIT-DESHUSSES et
Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur L_____, né en 1967, d'origine espagnole, est arrivé en Suisse en juin 2008. Il a une maîtrise limitée de la langue française.
2. Il a exercé plusieurs emplois temporaires en tant que "maçon B" par l'entremise de X_____ SA de juin à décembre 2008. En dernier lieu, il a rempli une mission temporaire en qualité "d'employé de construction classe B" à partir du 26 mai 2009, réalisant un salaire-horaire de 35 fr. 38 et effectuant 41 heures hebdomadaires. Il est en incapacité de travail depuis le 30 juin 2009. Son contrat a été résilié pour le 3 août 2009.
3. De juin à décembre 2008, il a réalisé un salaire brut moyen de 20'116 fr. 85 pour les périodes de travail du 23 juin au 8 août, du 9 septembre au 3 octobre et du 18 au 21 novembre et du 27 novembre au 12 décembre 2008. En 2009, le salaire brut a été de 8'486 fr. 10 pour les périodes de travail du 14 au 17 avril et 26 mai au 30 juin 2009.
4. Le 29 septembre 2009, il a déposé une demande de prestation auprès de l'assurance-invalidité.
5. A la suite d'un séjour hospitalier du 2 au 9 octobre 2009, le diagnostic de sténose foraminale récessale bilatérale L4-L5 a été posé. Une foraminotomie a ainsi été effectuée le 5 octobre 2009. L'évolution a été excellente dans un premier temps, mais, par la suite, l'opération a été considérée par les opérateurs comme un échec. Les lombosciatalgies irradiaient jusque dans la cheville gauche et étaient intermittentes à droite.
6. Selon les indications fournies par son médecin-traitant, le Dr A_____ le 4 janvier 2010, l'assuré souffre de lombalgies chroniques. L'incapacité de travail était totale dans l'activité actuelle; un changement d'activité était nécessaire. L'état de santé n'étant pas stabilisé, la capacité de travail résiduelle devait être évaluée ultérieurement.
7. En octobre 2010, ce médecin a indiqué que le patient souffrait de lombalgies chroniques gauches. Une activité en position assise ou debout, si elle n'excédait pas 30 minutes, et évitant le port de charges de plus de 10 kg pouvait être envisagée. Le travail était possible en position assise, en faisant alterner les postures de travail et les positions de marche, debout et assise.
8. Le Dr B_____, spécialiste en maladies rhumatismales, a précisé que les limitations fonctionnelles "intéressent le port de charges de plus de 5 kg, la flexion antérieure du tronc et tous les mouvements du bras gauche au-dessus de l'horizontale".

9. Le Service médico-régional a ainsi considéré, dans son appréciation du 20 juillet 2010, que la capacité de travail de l'assuré était entière à partir du 5 janvier 2010 dans une activité ne nécessitant pas le port de charges de plus de 5 à 10 kg, permettant d'alterner les positions assise/débout, évitant la position statique ou en porte-à-faux.
10. Procédant à la comparaison du salaire que réaliserait l'assuré dans sa profession habituelle à celui qu'il peut réaliser, selon les estimations statistiques, dans une activité adaptée, l'OAI a retenu un degré d'invalidité de 15,8%.
11. Par décision du 25 avril 2012, il a ainsi refusé tout droit à des prestations. La décision n'ayant pas pu être notifiée, une nouvelle décision, datée du 14 mai 2012, a été rendue; l'assuré l'a reçue le 16 mai 2012.
12. Par acte expédié le 14 juin 2012, celui-ci recourt contre cette décision, dont il demande l'annulation. Principalement, il conclut à l'octroi de mesures de reclassement dans une nouvelle profession et au droit à une demi rente d'invalidité depuis le 30 juin 2010. Subsidiairement, il demande le renvoi de la cause à l'intimé pour nouvelle décision.

Il expose que son salaire/horaire était de 35 fr. 38 pour un horaire hebdomadaire de 41 heures et qu'une augmentation de 1% a eu lieu en avril 2012. Il conteste le salaire hypothétique qui lui a été imputé et estime que le facteur de réduction devrait être de 25% et non de 10%.

13. L'OAI conclut au rejet du recours. Il relève que le salaire réalisé par le recourant en 2008 et 2009 est trop bas pour retenir qu'il est représentatif de celui dont l'intéressé se serait contenté de manière durable. L'assurance s'est donc fondée sur le salaire préconisé par la Convention collective de travail, comme l'a d'ailleurs fait l'assureur maladie. Les limitations fonctionnelles décrites par le SMR sont compatibles avec des activités de production, commerce et fabrication, transport et communication, des activités financières et assurance, informatiques et services figurant au tableau A1 des statistiques réalisées par l'Enquête suisse sur la structure des salaires. Enfin, les circonstances du cas d'espèce ne justifient pas un facteur de réduction supérieur à 10%.
14. Dans sa réplique, le recourant indique qu'il convient de se fonder sur le salaire réalisé en juin 2009, soit le dernier mois d'activité professionnelle, et d'annualiser celui-ci. Par ailleurs, tous les médecins consultés préconisent des mesures de réadaptation professionnelle. Une activité adaptée n'est ainsi exigible que si des mesures de réadaptation professionnelle sont entreprises. Enfin, dans la mesure où l'intimé s'écarte des avis médicaux indiquant qu'une reprise d'activité doit passer par de telles mesures, le recourant demande l'audition de ses médecins les Drs C_____ et D_____.

15. L'intimé répond que l'ancien employeur a indiqué que les mandats confiés relevaient de "missions temporaires". Ce terme excluait l'existence d'un contrat de travail indéterminé. Par ailleurs, le taux d'invalidité de 16% n'est pas suffisant pour ouvrir le droit à des mesures de réadaptation professionnelle. En outre, il appartient au conseiller en réadaptation, et non aux médecins, de se prononcer sur les activités professionnelles concrètes entrant en considération.
16. Invité par la Cour à préciser les activités adaptées que le recourant pourrait exercer, l'intimé s'est référé à l'éventail, selon lui suffisamment large, des activités légères qu'offrirait le marché du travail. Il a produit une note de travail, qui retient les activités suivantes: manutentionnaire d'objets légers, employé polyvalent en industrie légère, ouvrier sériel à l'établi.
17. L'assuré a produit une nouvelle attestation du Dr D_____ du 5 novembre 2012, qui souligne les limitations fonctionnelles déjà relevées. Par ailleurs, ce praticien précise qu'un bilan a mis en évidence une atteinte de l'articulation gléno-humérale (labrum), qui a nécessité une chirurgie le 2 octobre 2012. La rééducation durait environ trois mois et une réévaluation des limitations fonctionnelles pouvait être faite en février 2013.
18. S'agissant des exemples d'activités adaptées cités par l'intimé, le recourant a relevé que celles-ci ne correspondaient pas au type d'activité (industrie lourde, fabrication de meubles) retenu dans la décision querellée.
19. Répondant à la Cour, le Dr D_____ a indiqué que le bilan radiologique datait de février 2011. Il a annexé plusieurs documents à son courrier: le rapport d'échographie du 18 février 2011 faisant état de signes de tendinopathie des différents tendons de la coiffe et de signes de bursite sous-acromiale; le rapport d'infiltration sous contrôle échographique de la bourse sous-acromiale de l'épaule gauche, indiquant que les douleurs avaient baissé de 7 à 3 sur une échelle de 10; le rapport d'IRM du 10 mai 2012, effectué en raison de douleurs chroniques de l'épaule gauche avec amyotrophie du sous-scapulaire, mettant en évidence une "déchirure d'orientation supéro-latérale réalisant quasiment une anse de seau et quasiment une lésion de type SLAP III du labrum antéro-supérieur à postéro-supérieur"; un courrier du Dr E_____ du 18 avril [*recte*: mai] 2012, se référant à l'IRM précité et demandant un avis chirurgical aux HUG; le rapport du Dr F_____, du Département de chirurgie des HUG, du 2 juillet 2012, qui constate une lésion de SLPA III ainsi qu'une tendinopathie, nécessitant une ténodèse par arthroscopie; le compte-rendu opératoire (arthroscopie de l'épaule gauche, ténodèse LCB) du 2 octobre 2012.
20. L'intimé a exposé que l'affection de l'épaule gauche est survenue postérieurement à la décision du 14 mars 2012, de sorte qu'elle devait faire l'objet d'une nouvelle instruction. Il a ainsi maintenu ses conclusions.

21. Alors que la cause était gardée à juger, le recourant a encore précisé que les Drs B_____ et E_____ avaient indiqué que le traitement de l'affection de l'épaule gauche avait commencé en janvier 2011 et le bilan radiologique datait de février 2011.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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).

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

Il ressort du dossier que le pli contenant la décision du 25 avril 2012 n'a pas pu être remis au recourant; selon l'indication de la poste, le destinataire était introuvable sous l'adresse indiquée. L'intimé a rendu une nouvelle décision, de la même teneur que celle du 25 avril 2012, qu'elle a datée du 14 mai 2012. Celle-ci a été reçue par l'administré le 16 mai 2012.

Interjeté dans le délai légal à compter de la réception de la décision et dans la forme prescrite, le recours est ainsi recevable (art. 60 et 61 let. b LPGA).

2. Se pose, en premier lieu, la question de savoir si l'affection à l'épaule gauche est postérieure à la décision querellée. En effet, si tel ne devait pas être le cas, il conviendrait d'annuler cette dernière et de renvoyer la cause à l'intimé, afin qu'elle instruisse cet aspect des atteintes à la santé du recourant ainsi que les conséquences sur les limitations fonctionnelles qui en découlent.
- a. Selon une jurisprudence constante, le juge apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision administrative a été rendue. Les faits survenus postérieurement et ayant modifié cette situation doivent faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 131 V 242 consid. 2.1; 121 V 362 consid. 1b).

Le juge des assurances sociales 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 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; 126 V 353 consid. 5b).

- b. En l'espèce, la décision litigieuse date du 14 mai 2012. Il convient donc d'examiner si l'affection à l'épaule droite est postérieure ou antérieure à cette date.

Il ressort du courrier de décembre 2012 du Dr D_____ ainsi que des annexes à celui-ci que le traitement de l'affection à l'épaule gauche a débuté en janvier 2011. Le premier bilan radiologique date de février 2011. Le rapport de l'échographie effectuée le 17 février 2011 fait état de signes de tendinopathie des différents tendons de la coiffe et de signes de bursite sous-acromiale. L'infiltration pratiquée sous contrôle échographique de la bourse sous-acromiale de l'épaule gauche a fait diminuer les douleurs de 7 à 3 sur une échelle de 10, mais ne les a pas supprimées. Le rapport d'IRM mettant en évidence une "déchirure d'orientation supéro-latérale réalisant quasiment une anse de seuil et quasiment une lésion de type SLAP III du labrum antéro-supérieur à postéro-supérieur" date du 11 mai 2012. Ainsi, l'affection est survenue avant la décision du 14 mai 2012.

Elle n'est, au demeurant, pas seulement antérieure de quelques jours à la décision querellée. En effet, l'IRM, effectué le 10 mai 2012, a été sollicité en raison des "douleurs chroniques de l'épaule gauche avec amyotrophie du sous-scapulaire". Celles-ci avaient, comme cela vient d'être évoqué, déjà nécessité un traitement, bien antérieur à 2012, qui n'avait que partiellement soulagé les douleurs. Par ailleurs, en février 2011 déjà, des signes de tendinopathie et de bursite sous-acromiale avaient été observés. Partant, il ne peut être retenu que les problèmes affectant l'épaule gauche sont survenus postérieurement à la date de la décision litigieuse, que l'on retienne la date suggérée par l'intimé du 14 mars 2012 ou celle du 14 mai 2012.

L'intimé reconnaît ne pas avoir examiné les répercussions éventuelles de cette affection sur la capacité de travail du recourant. Dans la mesure où il paraît cependant hautement vraisemblable que cette affection entraîne des limitations fonctionnelles complémentaires à celles déjà constatées, il convient de renvoyer la cause à l'intimé afin qu'il complète l'instruction. Un tel renvoi est admissible lorsque l'administration n'a - comme en l'espèce - pas du tout instruit un point médical (ATF 137 V 210 consid. 4.4.1.4 in fine).

Au vu du renvoi, il n'y a pas lieu de donner suite à la demande d'audition des Drs C_____ et D_____, sollicitée par le recourant, ni de procéder à d'autres actes d'instruction.

3. Dans la mesure où l'instruction complémentaire pourrait révéler des limitations fonctionnelles complémentaires, l'appréciation de la capacité de gain résiduelle pourrait être affectée. Partant, la Cour ne peut se prononcer sur le degré d'invalidité. En revanche, l'instruction complémentaire est sans influence sur la détermination du gain qu'aurait pu réaliser le recourant sans invalidité, en juin 2010. Ce point, également contesté par le recourant, peut donc être d'ores et déjà tranché.

- 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). Selon l'art. 7 al. 1 LPGA, est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur le marché du travail équilibré qui entre en considération, si cette diminution résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles.

En vertu de l'art. 28 al. 2 LAI, l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins, à un 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.

Pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré (art. 16 LPGA et art. 28 al. 2 LAI). La comparaison des revenus s'effectue, en règle ordinaire, en chiffrant aussi exactement que possible les montants de ces deux revenus et en les confrontant l'un avec l'autre, la différence permettant de calculer le taux d'invalidité (méthode générale de comparaison des revenus; ATF 128 V 29 consid. 1, 104 V 135 consid. 2a et 2b).

Pour procéder à la comparaison des revenus, il convient de se placer au moment de la naissance du droit à la rente; les revenus avec et sans invalidité doivent être déterminés par rapport à un même moment (ATF 129 V 222; 128 V 174).

Pour fixer le revenu sans invalidité, il faut établir ce que l'assuré aurait, au degré de la vraisemblance prépondérante, réellement pu obtenir au moment déterminant s'il n'était pas invalide (RAMA 2000 n°U 400 p. 381, consid. 2a). Ce revenu doit être évalué de manière aussi concrète que possible si bien qu'il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à sa santé, en tenant compte de l'évolution des salaires (ATF 129 V 222 consid. 4.3.1). Ce n'est qu'en présence de circonstances particulières qu'il peut se justifier qu'on s'en écarte. Tel sera, notamment, le cas l'assuré percevait une rémunération inférieure aux normes de salaire usuelles (arrêts du Tribunal fédéral I 168/05 du 24 avril 2006, consid. 3.3; B 80/01 du 17 octobre 2003, consid. 5.2.2).

- b. Le juge des assurances sociales 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 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; 126 V 353 consid. 5b).

- c. Le recourant fait valoir que pour déterminer son salaire sans invalidité en 2010, il convient d'annualiser le salaire/horaire de 35 fr. 38 qu'il réalisait en 2009, en tant qu'employé temporaire, d'en retrancher l'indemnité de vacances et de l'augmenter de 1%, comme cela a été le cas pour les employés soumis à la Convention collective nationale. Son salaire annuel brut en 2010 aurait ainsi été de 69'833 fr.

L'intimé estime que les salaires de 20'116 fr. et de 8'486 fr. réalisés en 2008 et 2009 en tant qu'employé temporaire ne permettent pas de retenir que le recourant se serait contenté, sur la durée, d'une rémunération aussi faible. Par ailleurs, le salaire/horaire des employés temporaires tient compte du fait qu'il est versé à des salariés souhaitant travailler sur appel ou à temps partiel, de sorte qu'il ne peut être mensualisé. C'est ainsi que l'intimé a recouru au salaire ressortant de la Convention collective de travail et arrêté le salaire sans invalidité à 65'678 fr.

- d. Le recourant a été en incapacité de travail dans son métier de maçon depuis le mois de juin 2009. Son éventuel droit à des prestations a ainsi pris naissance fin juin 2010. C'est donc ce moment - non contesté - qui est déterminant pour procéder à la comparaison des revenus avec et sans invalidité.

La période pendant laquelle le recourant a travaillé en Suisse avant son arrêt de travail est très brève, puisqu'elle ne s'étend que de juin 2008 à juin 2009. Pendant cette même période, le recourant n'a réalisé qu'un salaire total de 28'602 fr. brut, soit d'en moyenne 2'400 fr. environ par mois. Il est ainsi permis de retenir, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'il ne se serait pas contenté d'un revenu aussi faible sur une longue durée. Par ailleurs, il n'est pas vraisemblable qu'il aurait pu trouver, en 2010, des emplois temporaires s'enchaînant sans discontinuité, sur une période de 365 jours, comme il le fait valoir. Il est notoire que les emplois temporaires, notamment dans le domaine du bâtiment, répondent à des missions limitées dans le temps et ne s'enchaînent que rarement, comme en a d'ailleurs fait l'expérience le recourant pendant une année. Ce dernier n'apporte, au demeurant, aucun élément indiquant que la situation des emplois temporaires dans son domaine d'activité avait connu un développement extraordinaire entre juin 2009 et juin 2010, qui lui aurait permis d'exercer son activité d'employé temporaire à plein temps sur une longue durée.

Partant, c'est à juste titre que l'intimé a recouru à l'aide des salaires ressortant de la Convention collective de travail applicable aux maçons. Le salaire mensuel de base au 1^{er} janvier 2009 pour un maçon se trouvant, comme le recourant, dans la "classe B" était à Genève de 5'016 fr. (art. 41 CCT), versé 13x l'an (art. 49 CCT). Compte tenu de l'augmentation de salaire de 1% entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010 (art. 51; convention sur l'ajustement des salaires pour 2010), le salaire annuel brut

était, en juin 2010, de 65'860 fr. C'est ainsi ce montant qui sera retenu à titre de revenu sans invalidité en juin 2010.

4. En conclusion, le recours est partiellement admis en ce sens que la cause doit être renvoyée pour instruction complémentaire et le revenu sans invalidité, à fin juin 2010, arrêté à 65'860 fr.

L'émolument de 500 fr. est mis à la charge de l'intimé, qui succombe (art. 69 al. 1^{bis} LAI). Il versera également la somme de 1'000 fr. au recourant, à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 LPA).

* * *

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement et annule la décision du 14 mai 2012.
3. Renvoie la cause à l'intimé pour instruction complémentaire.
4. Condamne l'intimé à une indemnité de procédure de 1'000 fr. en faveur du recourant.
5. Met un émolument de 500 fr. à la charge de l'intimé.
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

Brigitte BABEL

La présidente

Florence KRAUSKOPF

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