

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3023/2010

ATAS/1217/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 25 novembre 2010

En la cause

Monsieur L_____, domicilié au Petit-Lancy, comparant
avec élection de domicile en l'étude de Maître BRATSCHI Gilbert

recourant

contre

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

intimé

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Valérie MONTANI, Karine STECK, Doris
GALEAZZI et Sabina MASCOTTO, Juges; Christine BULLIARD MANGILI
et Patrick MONNEY, Juges assesseurs.**

EN FAIT

1. Monsieur L_____ (ci-après : l'assuré), né en 1967, a déposé le 30 mai 1991, alors qu'il effectuait un apprentissage de facteur, une demande de prestations d'assurance-invalidité pour adultes aux fins d'obtenir un reclassement professionnel en raison de problèmes de hanche à ressaut.
2. L'assuré a bénéficié d'un reclassement professionnel en qualité de dessinateur-électricien à partir du 9 août 1993 qu'il a dû interrompre en raison de problèmes d'adaptation psychosociale qui ont motivé la mise en œuvre d'une expertise confiée au Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité de Lausanne (ci-après le COMAI).
3. L'expertise du COMAI du 8 juillet 1994 a retenu un diagnostic de périarthrite coxo-fémorale gauche consécutive à deux interventions chirurgicales pour une hanche à ressaut et de suspicion de névrome cicatriciel de la face interne du genou gauche ayant une influence sur la capacité de travail mais uniquement dans une profession impliquant des travaux de force, des déplacements fréquents ou le port de charges. En revanche dans une activité de dessinateur en électricité la capacité serait de 100%. L'examen psychiatrique a mis en évidence des troubles somatoformes douloureux réactionnels à un accident anxigène ainsi qu'une personnalité dépendante ayant valeur de maladie et devant être pris en compte dans l'évaluation de la capacité de travail de l'assuré. Les médecins du COMAI ont conclu à la reprise des mesures de réadaptation.
4. Dans le cadre d'une deuxième mesure de reclassement professionnel, l'assuré a à nouveau été mis au bénéfice d'un apprentissage de dessinateur en électricité auprès d'un bureau d'ingénieurs en électricité genevois pour la période du 2 août 1995 au 31 juillet 1999. Il a été licencié par son patron d'apprentissage le 4 février 1997 en raison d'un taux d'absentéisme proche de 50%. Le rapport de la division de réadaptation professionnelle concluait à ce qu'une expertise psychiatrique soit ordonnée.
5. Une expertise psychiatrique a été confiée au Dr A_____, psychiatre spécialiste FMH. Dans son rapport du 16 juin 1997, le psychiatre a posé le diagnostic de troubles de la personnalité, du caractère et du comportement, ainsi que celui d'atteinte chronique de la hanche et du genou gauche. Le diagnostic retenu en 1994 de personnalité dépendante était selon lui justifié mais ne devrait pas empêcher une nouvelle tentative de recyclage dans une activité compatible avec les limitations somatiques.
6. Dans son rapport du 9 août 1997, la division de réadaptation de l'assurance-invalidité a conclu que c'était bien "l'aspect psychiatrique de la problématique qui empêchait l'assuré d'arriver à s'assumer en tant qu'adulte, de réussir une

réadaptation et de se réinsérer dans le monde du travail". Compte tenu de la pathologie psychiatrique mise en évidence par le Dr A_____ et des essais de réadaptation infructueux, la division précitée a considéré qu'elle ne pouvait cautionner une nouvelle prolongation des mesures de réadaptation et préconisait l'octroi d'une rente d'invalidité.

7. Par courrier du 18 septembre 1997, l'Office de l'assurance-invalidité (ci-après l'OAI) a informé l'assuré que, compte tenu de son taux d'absentéisme proche de 50% durant les différentes tentatives de reclassement professionnel et de la pathologie psychiatrique l'empêchant de se réinsérer dans le monde du travail, il refusait de prendre en charge un reclassement professionnel qui ne permettrait pas, selon toute vraisemblance, de diminuer l'invalidité dans une mesure suffisante pour exclure ou limiter le droit à des prestations de l'assurance-invalidité. Il estimait néanmoins que l'assuré était capable d'exercer une activité simple en atelier protégé. La perte de gain était de l'ordre de 80%.
8. L'OAI a, par décision du 22 janvier 1998, octroyé à l'assuré une rente ordinaire simple d'invalidité fondée sur un degré d'invalidité de 80% à partir du 5 février 1997.
9. En date du 7 novembre 2001, l'OAI a initié une procédure de révision de la rente. Dans le cadre de celle-ci, une expertise rhumatologique a été confiée au Dr B_____, rhumatologue FMH, qui a rendu un rapport le 19 avril 2004 et estimé qu'il existait vraisemblablement depuis 1997 une incapacité de travail de 20% dans tout type d'activité à cause de la discopathie L5-S1 et de l'affection dégénérative débutante du genou. Une activité adaptée devait pouvoir être effectuée à 80%. L'OAI a également confié une expertise au Dr C_____, spécialiste FMH, psychiatrie et psychothérapie, lequel a indiqué le 23 août 2005 qu'en raison d'un dysfonctionnement de la personnalité l'incapacité de travail était de 50% maximum dans toute activité depuis 1990 avec une légère amélioration depuis 1999. Des mesures de réadaptation professionnelle n'étaient par ailleurs pas indiquées.
10. Par décision du 5 décembre 2005, l'OAI a constaté que l'état de santé de l'assuré s'était progressivement amélioré et qu'il était en mesure de reprendre une activité lucrative à 50% dans son ancienne activité ou une autre activité adaptée depuis le 1^{er} janvier 2004; il lui a ainsi alloué une demi-rente au lieu d'une rente entière dès le 1^{er} février 2006.
11. Par décision du 3 avril 2006, l'OAI a rejeté l'opposition de l'assuré interjetée à l'encontre de la décision précitée. Il a relevé en substance qu'il n'y avait pas lieu de s'écarter des conclusions des deux expertises qu'il avait ordonnées lesquelles constataient que l'état de santé de l'assuré s'était amélioré.

12. Le 19 mai 2006, l'assuré a recouru contre la décision sur opposition du 3 avril 2006 par devant le tribunal de céans (cause A/1817/2006). Il a relevé que postérieurement à cette décision, l'existence d'une grave tumeur maligne au niveau du rein avait été mise en évidence comme attesté le 3 mai 2006 par le Dr D_____, spécialiste en urologie et qu'il souffrait de douleurs au niveau de la hanche gauche, de gonalgies gauches et de blocages du genou droit.
13. Le 14 juin 2006, l'assuré a été opéré (urétéconéphrectomie gauche) pour une tumeur du bassinet classée pTaG1. Il a subi un traitement de radio et chimiothérapie complémentaire.
14. Le 26 juillet 2006, le Dr E_____, FMH psychiatrie et psychothérapie a attesté que l'assuré présentait un état dépressif d'intensité moyenne entraînant une incapacité totale de travail et le 24 octobre 2006, le Dr F_____, FMH neurologie, a indiqué que l'assuré se plaignait d'une augmentation des sciatalgies gauches et de douleurs abdominales.
15. Par arrêt du 26 février 2007 (ATAS/215/2007), le Tribunal de céans a rejeté le recours en retenant, par substitution de motifs, que le recourant disposait d'une capacité résiduelle de travail globale de 50 % dans toute activité adaptée depuis 1997 - selon les expertises des Drs C_____ et B_____ - de sorte que la décision initiale d'octroi de rente était erronée et devait être reconsidérée. En revanche, aucune révision de la décision de rente n'était possible, l'état de santé du recourant ne s'étant pas sensiblement amélioré. Le taux d'invalidité du recourant était de 57 %, ce qui lui ouvrait le droit à une demi-rente d'invalidité.
16. Saisi d'un recours de l'assuré, le Tribunal fédéral l'a rejeté par arrêt du 30 avril 2008 (9C 187/2007).
17. Le 27 mars 2007, le Dr G_____, FMH chirurgie, a exclu la présence d'une hernie et indiqué que la douleur était probablement liée à une lésion du nerf abdomino-génital.
18. Le 25 juin 2007, le Dr H_____, FMH médecine interne, oncologie, hématologie, a indiqué que l'assuré était en rémission de sa tumeur et présentait un trouble du transit nécessitant un examen par coloscopie.
19. Le 16 novembre 2007, le Dr I_____, FMH chirurgie orthopédique, a indiqué que l'assuré souffrait d'une déchirure méniscale interne.
20. Le 27 novembre 2007, l'assuré a subi une méniscectomie de la corne postérieure du genou droit et l'ablation du matériel d'ostéosynthèse de la cheville droite par le Dr I_____ justifiant une incapacité de travail depuis le 19 novembre 2007.
21. Une procédure de révision a été ouverte par l'OAI le 21 janvier 2009.

22. Le 12 février 2009, l'assuré a rempli le questionnaire pour la révision de la rente en indiquant que son état de santé s'était aggravé depuis le 29 mars 2006 par la présence d'une double hernie discale, une atrophie du muscle abdominal, un problème au genou droit et de bronchites chroniques suite à une broncho pneumonie survenue en juin 2008.
23. Le 13 mars 2009, le Dr J _____, FMH médecine interne, maladie des poumons, a relevé que l'auscultation pulmonaire était normale, la capacité respiratoire dans les limites de la norme, sans emphysème diffus. Il était important que le patient arrête de fumer.
24. Les 19 et 20 mars 2009, le Dr I _____ a rempli un rapport médical AI selon lequel il avait suivi l'assuré du 15 novembre 2007 au 1^{er} septembre 2008. L'évolution postopératoire avait montré un épanchement et l'apparition d'une gêne et de douleurs au genou droit, avec craquements et douleurs à la cuisse droite.
25. Les 1^{er} mai et 4 juillet 2009, le Dr K _____, médecin interne, du Médicentre Balaxert, a attesté qu'il suivait l'assuré depuis le 31 juin 2008, lequel l'avait consulté pour une bronchopneumonie. L'incapacité de travail était totale depuis le 16 mars 2009. L'assuré présentait une aggravation des symptômes et de la douleurs depuis 2006. En particulier l'état de santé s'était aggravé depuis mai 2009 par l'apparition d'une hernie discale gauche S1 avec des troubles neurologiques dans la jambe gauche, et une perte de force et de sensibilité. L'incapacité de travail était totale.
26. Les 27 et 30 octobre 2009, à la demande de l'OAI, le CEMed SA, soit les Drs N _____, FMH psychiatrie-psychothérapie, et O _____, FMH rhumatologie, ont rendu une expertise. Les diagnostics suivants ont été posés : lombalgies commune sur discopathie étagées et hernies discales foraminales gauche L4-L5 et sous-ligamentaire L5-S1 gauche sans déficit neurologique; gonarthrose tricompartmentale débutante gauche en 1989; périarthrite postopératoire de la hanche gauche (sur hanche à ressaut) depuis 1989.

La capacité de travail dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles était complète, avec une diminution de rendement de 20 %, en raison des douleurs de la hanche gauche. Il n'y avait pas de pathologie psychique invalidante. Des mesures de réadaptation étaient envisageables, sous réserve de sa fragilité narcissique qui pourrait générer un état anxieux, pouvant lui-même empêcher de mobiliser les ressources existantes de l'assuré.

27. Le 9 juin 2010, le Dr P _____ du SMR a rendu un avis selon lequel la capacité de travail dans une activité adaptée était de 80 % depuis octobre 2007, date de la stabilisation de l'état psychique.

28. Par communication du 17 juin 2010, l'OAI a informé l'assuré que des mesures professionnelles pour déterminer les possibilités de réinsertion auraient lieu à l'office.
29. Le 16 juillet 2010, l'assuré, représenté par un avocat, a écrit à l'OAI que l'octroi de mesures professionnelles n'était pas approprié à son cas et requis une décision susceptible de recours.
30. Par décision du 21 juillet 2010, l'OAI a informé l'assuré que des mesures professionnelles pour déterminer les possibilités de réinsertion professionnelle auraient lieu à l'office.
31. Le 2 septembre 2010, l'OAI a convoqué l'assuré pour un entretien le 14 septembre 2010.
32. Le 8 septembre 2010, le Dr K_____ a indiqué que l'état de santé de l'assuré s'était aggravé depuis 2009 en raison de problèmes broncho-pulmonaires (six infections pulmonaires depuis 2009). L'incapacité de travail était totale en raison de tous les diagnostics lourds, les douleurs chroniques et les difficultés à respirer.
33. Le 10 septembre 2010, l'assuré, représenté par un avocat, a recouru auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales à l'encontre de la décision précitée en concluant à son annulation dès lors qu'il n'était pas apte à être soumis à des mesures d'ordre professionnel et qu'il était totalement incapable d'exercer une activité professionnelle, son état s'étant péjoré. Les possibilités de réinsertion professionnelle étaient nulles. Subsidiairement, il a requis son audition, celle du Dr K_____ et l'ordonnance d'une expertise pluridisciplinaire.
34. Le 28 septembre 2010, la Dresse Q_____ du SMR a relevé que suite à l'avis du Dr K_____ du 8 septembre 2010, elle constatait que les surinfections pulmonaires n'entraînaient que des incapacités de travail passagères. Il n'y avait donc pas d'aggravation de l'état de santé. Elle a confirmé le rapport SMR du 9 juin 2010.
35. Le 4 octobre 2010, l'intimé a conclu à l'irrecevabilité du recours en relevant que la décision litigieuse était une mesure d'instruction au sens de l'art. 43 LPGA destinée à réunir les données nécessaires sur la capacité de travail du recourant et son aptitude à être réadapté. Il ne s'agissait pas encore d'une mesure de réadaptation. Des mesures professionnelles étaient indiquées selon le rapport du CEMed des 27 et 30 octobre 2009 de sorte qu'il était justifié de mettre en place une orientation professionnelle pour déterminer les capacités de l'assuré. Cette décision était conforme au principe de la primauté de la réadaptation et ne mettait pas en péril les droits du recourant à une future rente d'invalidité. La participation active à la mesure était exigible. L'intimé se référait à un arrêt du Tribunal de céans du 8 octobre 2009 (ATAS/1273/2009).

36. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales statuant conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 LOJ en instance unique, sur les contestations prévues à l'art. 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). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

b) 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).

En l'espèce, l'objet du litige se rapporte à la décision de mesures professionnelles datée du 21 juillet 2010. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 et s'applique donc au cas d'espèce. Tel est également le cas des modifications de la LAI du 21 mars 2003 (4^{ème} révision), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2004 (RO 2003 3852) et de celles du 6 octobre 2006 (5^{ème} révision de la LAI), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

2. a) L'art. 69 al. 1 LAI prévoit que les décisions des offices AI cantonaux peuvent faire directement l'objet d'un recours devant le tribunal des assurances du canton de l'office qui a rendu la décision. En l'espèce, l'OCAI a communiqué à l'assuré une décision en date du 21 juillet 2010. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, devant l'autorité compétente, le recours est à cet égard recevable (art. 56 ss LPGA).

b) Il convient encore de se demander si la nature de cette décision est susceptible de recours par devant le Tribunal de céans.

3. a) Selon l'art. 49 LPGA, l'assureur doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord (al. 1). Si le requérant rend vraisemblable un intérêt digne d'être protégé, l'assureur rend une décision en constatation (al. 2). Les décisions indiquent les voies de droit. Elles doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties. La notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour l'intéressé (al. 3).

Selon l'art. 56 al. 1 LPGA, les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours.

Selon l'art. 43 LPGA, l'assureur examine les demandes, prend d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin. Les renseignements donnés oralement doivent être consignés par écrit (al. 1). L'assuré doit se soumettre à des examens médicaux ou techniques si ceux-ci sont nécessaires à l'appréciation du cas et qu'ils peuvent être raisonnablement exigés (al. 2). En matière d'assurance-invalidité, l'art. 69 al. 2 RAI précise que si les conditions d'assurance sont remplies, l'office AI réunit les pièces nécessaires, en particulier sur l'état de santé du requérant, son activité, sa capacité de travail et son aptitude à être réadapté, ainsi que sur l'indication de mesures déterminées de réadaptation. Des rapports ou des renseignements, des expertises ou une enquête sur place peuvent être exigés ou effectués; il peut être fait appel aux spécialistes de l'aide publique ou privée aux invalides.

b) Conformément au principe inquisitoire, il appartient en premier chef à l'administration de déterminer, en fonction de l'état de fait à élucider, quels sont les mesures d'instruction qu'il convient de mettre en oeuvre dans un cas d'espèce donné. Elle dispose à cet égard d'une grande liberté d'appréciation. Si elle estime que l'état de fait déterminant n'est pas suffisamment établi, ou qu'il existe des doutes sérieux quant à la valeur probante des éléments recueillis, l'administration doit mettre en oeuvre les mesures nécessaires au complément de l'instruction. En tout état de cause, l'assuré n'est pas habilité à requérir une décision formelle afin de faire examiner l'opportunité d'une mesure d'instruction (ATF 132 V 108 consid. 6.5). En particulier, l'acte par lequel l'assureur social ordonne une expertise n'a pas le caractère de décision au sens de l'art. 49 LPGA et intervient sous la forme d'une communication (ATF 132 V 100 consid. 5). Si l'assuré se soustrait à une mesure d'instruction alors que celle-ci est objectivement et subjectivement exigible (arrêt B. du 25 octobre 2001, I 214/01, consid. 2b), il prend - délibérément - le risque que sa demande de prestations soit rejetée par l'administration, motif pris que les conditions du droit à la prestation ne sont pas, en l'état du dossier, établies au degré de la vraisemblance prépondérante (ATF du 23 janvier 2007 I 906/2005).

Le pouvoir d'appréciation de l'administration dans la mise en oeuvre d'un examen médical n'est toutefois pas illimité; elle doit se laisser guider par les principes de l'Etat de droit, tels les devoirs d'objectivité et d'impartialité et le principe d'une administration rationnelle (ATF du 30 juin 2009 9C 1012/2008). Selon la jurisprudence (arrêt U 571/06 du 29 mai 2007 consid. 4.2, in RSAS 2008 p. 181), le devoir de prendre d'office les mesures d'instruction nécessaires à l'appréciation du cas au sens de l'art. 43 al. 1 LPGA ne comprend notamment pas le droit de l'assureur de recueillir une "second opinion" sur les faits déjà établis par une expertise, lorsque celle-ci ne lui convient pas. L'assuré ne dispose pas non plus d'une telle possibilité. Il ne s'agit en particulier pas de remettre en question

l'opportunité d'une évaluation médicale au moyen d'un second avis médical, mais de voir dans quelles mesure et étendue une instruction sur le plan médical doit être ordonnée pour que l'état de fait déterminant du point de vue juridique puisse être considéré comme établi au degré de la vraisemblance prépondérante (ATF du 30 juin 2009 9C 1012/2008).

4. En l'espèce, la décision d'octroyer au recourant des mesures professionnelles pour déterminer ses possibilités de réinsertion professionnelle fait suite au rapport du CEMed des 27 et 30 octobre 2009 et à l'avis du SMR du 9 juin 2010 selon lesquels, d'une part, le recourant est apte, depuis octobre 2007, à exercer une activité professionnelle à 80 % et, d'autre part, des mesures de réadaptation sont envisageables. Au vu de cette conclusion, l'intimé a décidé une mesure professionnelle pour déterminer les possibilités de réinsertion du recourant.

Le recourant se prévaut du rapport du Dr K_____ du 9 septembre 2010 attestant d'une aggravation de son état de santé et d'une incapacité de travail totale pour contester le bien-fondé de cette mesure.

Conformément à la jurisprudence précitée, la décision litigieuse est une mesure d'instruction au sens de l'art. 43 LPGA, laquelle, comme pour l'ordonnance d'une expertise médicale, n'a pas le caractère d'une décision au sens de l'art. 49 LPGA et intervient sous forme d'une communication, comme cela a été le cas en date du 17 juin 2010. A ce titre, elle n'est pas susceptible de recours par devant le Tribunal de céans, étant constaté que le recourant pourra faire valoir ses arguments remettant en cause la force probante du rapport du CEMed à l'occasion d'une éventuelle contestation de la décision au fond, statuant sur son droit à une rente d'invalidité. A cet égard, l'examen, comme le voudrait le recourant, du bien fondé de cette mesure reviendrait à trancher le fond du litige.

Par ailleurs, il est à constater que, comme l'a relevé l'intimé, la mesure d'instruction ne vise, en l'état, qu'à réunir les données nécessaires sur la capacité de travail du recourant et son aptitude à être réadapté, soit une orientation professionnelle, de telle sorte qu'elle est objectivement et subjectivement exigible de la part du recourant.

Le Tribunal de céans a d'ailleurs déjà jugé en ce sens dans un arrêt du 8 octobre 2009 (ATAS/1273/2009) en déclarant irrecevable un recours dirigé contre une décision de l'intimé de mettre en place une orientation professionnelle pour déterminer les possibilités de réinsertion professionnelle de l'assurée, au motif que cette décision ne causait pas de préjudice irréparable à la recourante.

5. En conséquence, le recours ne peut qu'être déclaré irrecevable.

Un émolument de 200 fr. sera ainsi mis à la charge du recourant (art. 69 al. 1bis LAI).

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

Statuant

conformément à l'art. 56U al. 2 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours irrecevable.
2. Met un émolument de 200 fr. à la charge du recourant.
3. 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 du
Tribunal cantonal
des assurances sociales

Nancy BISIN

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