GE_GERICHTE A/47/2007 vom 10. April 2000

GE Cour de justice, 2000-04-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_47_2007

FR: GE_GERICHTE A/47/2007 du 10 avril 2000

IT: GE_GERICHTE A/47/2007 del 10 aprile 2000

Volltext

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 29.11.2007 A/47/2007

A/47/2007 ATAS/1376/2007 du 29.11.2007 (AI) , ADMIS Recours TF déposé le 22.01.2008, rendu le 17.07.2008, REJETE, 9C_74/2008 En fait En droit RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/47/2007 ATAS/1376/2007 ARRET DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES Chambre 3 du 29 novembre 2007 En la cause Monsieur M_____, mais comparant par Maître Pierre GABUS, en l'Étude duquel il élit domicile recourant contre OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE, sis rue de Lyon 97, GENEVE intimé EN FAIT Monsieur M_____, né en février 1964, a exercé la profession de manœuvre chez X_____ SA. Le 14 juillet 1994, il a déposé auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (OCAI), une demande de prestations en invoquant une hernie discale. Par décision du 10 avril 2000, l'OCAI lui a reconnu un degré d'invalidité de 67% et lui a octroyé une rente entière à compter du 14 novembre 1994. L'OCAI a considéré que l'assuré, s'il était incapable de travailler en tant que manœuvre, pouvait encore exercer un emploi adapté à son état de santé dans l'industrie légère ou en qualité de serveur de machine à 50 % et à plein rendement. C'est la raison pour laquelle l'OCAI a comparé le revenu sans invalidité de l'assuré, de 59'090 fr., à celui qu'il aurait ainsi pu obtenir, soit 19'500 fr. (pièces 37 et 38 OCAI). Pour rendre sa décision, l'OCAI s'est basé les éléments suivants : - Dans un rapport daté du 29 juillet 2004, le Dr A_____, de la division de médecine physique des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG), a attesté que l'assuré était dans l'incapacité totale de travailler depuis le 13 novembre 1993. Le médecin a préconisé une réorientation professionnelle et précisé qu'une évaluation des capacités était en cours à l'atelier de Beau-Séjour. - La division de réadaptation professionnelle, dans un rapport daté du 15 mai 1995, a relevé que l'assuré n'avait été scolarisé que trois ans, ne disposait d'aucune formation professionnelle et parlait mal le français après huit ans à Genève. Selon les observations faites à l'atelier préprofessionnel de Beau-Séjour, il était incapable de travaux moyennement lourds comme balayer et son rendement dans des travaux légers comme le dessoudage d'éléments électroniques était des plus faibles, alors même qu'il ne travaillait que trois heures par jour, de sorte que son rendement n'atteignait que 25 %. La division de réadaptation professionnelle a émis un pronostic des plus sombres quant à une réinsertion professionnelle. L'assuré après avoir indiqué être prêt à faire un essai dans la restauration (service de table et éventuellement aide de cuisine) a finalement estimé ne pas être en mesure d'assumer un tel travail. La division de réadaptation a préconisé la mise sur pied d'une expertise médicale afin de déterminer si le faible rendement atteint dans des travaux légers alors que l'assuré ne travaillait que trois heures par jour (25 %) relevait du médical ou si d'autres facteurs entraient en ligne de compte (pièce 9 OCAI). - Dans un rapport adressé à l'OCAI le 24 octobre 1995, le Dr B_____, de la Permanence de

Cornavin, a indiqué suivre le patient depuis le 13 novembre 1993. Il a posé les diagnostics de protrusion discale L4-L5 et de hernie discale trans-ligamentaire L5-S1 latéralisée du côté gauche mais non compressive. Les examens de laboratoire ont permis d'exclure une pathologie inflammatoire associée. La clinique de neurochirurgie a écarté l'éventualité d'une intervention; devant la persistance des douleurs invalidantes chroniques, le patient a alors été adressé à la division de médecine physique et de rééducation; divers traitements, dont l'un a base d'antidépresseurs, ont été entrepris sans effet; le diagnostic de fibromyalgie a été évoqué et confirmé. Le Dr B_____ a finalement conclu à une pathologie mixte organique (protrusion et hernie) mais surtout psychiatrique (crises anxieuses et fibromyalgie). Il a cependant indiqué ne pas avoir d'arguments pour évoquer une pathologie de type névrose d'assurance, mais rester pessimiste s'agissant du pronostic fonctionnel et de la capacité de travail du patient. Le Dr B_____ a encore précisé avoir demandé une évaluation psychiatrique au Dr C_____ (pièce 15 OCAI). - Sur mandat de l'OCAI, l'assuré a été adressé au centre multidisciplinaire de la douleur. Les Drs D_____, spécialiste FMH en psychiatrie, E_____, spécialiste FMH en rhumatologie et Madame F_____, psychologue FSP, ont rendu leur rapport en date du 6 mai 1996 (pièce 19 OCAI). Les experts ont conclu à des symptômes cliniques peu importants du point de vue somatique, les douleurs étant surtout de type fibromyalgique. Ils ont considéré que le problème était relativement peu médical et que la décompensation psychique était surtout liée à des problèmes sociaux, aux difficultés d'intégration, à une intelligence limite et à sa situation de famille. Les experts ont estimé qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons médicales objectives pour que ce patient ne puisse pas travailler même si, subjectivement, il pensait ne pas en être capable et ont souligné que c'était à l'assurance-invalidité et non à eux de décider si cette situation était de son ressort. Ils ont conclu à une personnalité borderline partiellement décompensée sur un mode dépressif, présentant un processus de revendication, à une fibromyalgie et à une lombo-sciatalgie gauche atypique (hernie discale L5-S1 gauche sans répercussion clinique). Ils ont estimé que la capacité de travail était objectivement entière dans une profession ne surchargeant pas le dos, ajoutant que la possibilité d'améliorer la capacité de travail était probablement nulle en raison de la psychopathologie du patient et de son intelligence limite. - De cette expertise, le Dr G_____, médecin-conseil de l'OCAI, a retenu que les troubles physiques justifiaient un reclassement professionnel dans une activité ne surchargeant pas le dos, dans laquelle l'assuré pourrait travailler à temps complet avec, suivant le poste, une légère baisse de rendement ne dépassant pas 25 %, mais que des éléments jouaient un rôle défavorable sur les chances de succès d'une telle mesure (manque de formation scolaire, méconnaissance du français, processus de revendication). En conséquence de quoi, le Dr G_____ a proposé d'interrompre les mesures de reclassement professionnel et de procéder à une comparaison des gains (pièce 21 OCAI). - Conformément à cette proposition, la division de réadaptation professionnelle a comparé le salaire que l'assuré aurait pu réaliser sans atteinte à la santé, soit 60'000 fr. par an environ (salaire 1994 : 58'608 fr; salaire 1995 : 58'702 fr. salaire 1996 : 59'089 fr., salaire 1997 : 59'089 fr.) à celui que l'assuré pourrait théoriquement obtenir dans l'activité de sommelier sans qualification professionnelle et compte tenu d'une baisse de rendement de 25 % au maximum, soit 27'000 fr. par année (75 % de 2'960 fr., salaire mensuel minimum d'embauche selon la convention régissant l'hôtellerie et la restauration), obtenant ainsi un degré d'invalidité de 50 % (pièce 22 OCAI). - Le Dr H_____, spécialiste FMH en médecine interne et maladies rhumatismales, dans un courrier adressé le 17 novembre 1998 au conseil de

l'assuré, a jugé l'expertise du 6 mai 1996 tout à fait correcte et a adhéré à ses conclusions concernant les troubles somatiques, ajoutant qu'il serait utile que le patient soit revu par un psychiatre pour l'aspect psychiatrique. Le Dr H_____ a confirmé que, sur le plan somatique, le patient était capable de travailler à temps complet dans un métier ne sollicitant pas son dos, mais avec une baisse de rendement. Le médecin a personnellement estimé le taux d'invalidité de l'assuré entre 50 et 60 %, ajoutant que, vu son état, on ne pouvait espérer l'octroi d'une rente entière (pièce 30 OCAI). - Le 16 décembre 1998, l'OCAI a demandé au Dr H_____ s'il estimait possible d'exiger de l'assuré qu'il exerce la profession de serveur de machine à 100 % avec une perte de rendement de 25 % (pièce 31 OCAI). Ce à quoi le Dr H_____ a répondu, le 11 janvier 1999, le Dr H_____ qu'il était très difficile d'apprécier les répercussions des douleurs sur la capacité de travail. Il a répété que, du point de vue purement organique, la capacité de travail était entière dans un métier ne sollicitant pas le dos, mais avec une baisse de rendement dont le pourcentage était très difficile à évaluer, même dans l'activité de serveur de machine. Au final, le médecin a estimé le taux d'invalidité entre 50 et 60 %. Il a posé les diagnostics de lombalgie chronique consécutive aux discopathies étagées, protrusion discale, postéro-médiane L4-L5 à la limite d'une hernie discale et hernie discale trans-ligamentaire L4-S1 inter-canalaire à gauche et cervico-dorsalgie avec sciatalgie bilatérale d'origine musculo-ligamentaire dans le cadre d'une fibromyalgie classique et état dépressif (pièce 32 OCAI). - Le Dr I_____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, médecin-conseil de l'OCAI, après discussion avec le Dr H_____, a estimé que la capacité de travail était très difficile à évaluer et que l'on pouvait raisonnablement évaluer que la capacité de travail résiduelle était de 50 % dans les activités de serveur de machine ou dans l'industrie légère (pièce 34 OCAI). - Le Dr Leonel C_____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, interrogé à son tour par l'OCAI, a indiqué dans un rapport daté du 26 avril 1999, que l'assuré serait capable d'exercer un travail léger à hauteur de 50 % sans diminution de rendement. Il a conclu à un état dépressif léger avec élément revendicateur, à une fibromyalgie et à des lombalgies. Le patient a été décrit comme centré sur ses douleurs avec une thymie discrètement dépressive (pièce 35 OCAI). Le 17 février 2004, le Dr H_____, ré-interrogé dans le cadre d'une procédure de révision d'office, a indiqué que l'état de santé de son patient était resté stationnaire et qu'il n'y avait pas eu de changement dans les diagnostics. Le patient continuait à se plaindre de rachialgies diffuses à prédominance lombaire avec sciatalgies bilatérales nettement plus accentuées à gauche. Sur le plan psychiatrique, il était régulièrement suivi par le Dr C_____. Malgré la psychothérapie soutenue et une médication antidépressive, aucune amélioration ne n'était manifestée sur le plan psychique. Le statut n'avait guère changé par rapport à celui de l'expertise du 6 mai 1996 (pièce 45 OCAI). Le Dr C_____, également interrogé, a confirmé que l'état de son patient était demeuré stationnaire, sans aggravation ni modification notable. Il a confirmé son diagnostic d'état dépressif léger avec élément revendicateur, fibromyalgie et lombalgies et a retenu, à titre de limitation fonctionnelle, un ralentissement psychomoteur (pièce 49 OCAI). Le dossier a été soumis au Dr J_____, du service médical régional AI (SMR) Léman, qui, dans son avis du 28 septembre 2004, a relevé que s'agissant d'un trouble somatoforme avec des troubles rachidiens mineurs et un état dépressif léger chez une personnalité borderline non décompensée, il faudrait envisager une expertise ou un examen pluridisciplinaires somato-psychiatrique. Il a relevé que la décision d'octroi de rente était fondée sur l'expertise pratiquée 1996 qui était alors considérée comme ayant manifestement valeur probante. Il a

également relevé que l'état de santé était stationnaire et que les éléments qui avaient prévalu en 1996 n'avaient pas changé, de sorte qu'ils entraîneraient actuellement les mêmes conclusions pour le moins. Le médecin a estimé : "il n'y a pas de raison d'envisager que l'on se soit trompé lors de l'octroi de 1996 et il n'y a pas d'amélioration" . C'est la raison pour laquelle il a proposé de simplement réduire la rente à trois-quarts de rente compte tenu de la quatrième révision de la loi (pièce 53 OCAI). Par décision du 3 décembre 2004, l'OCAI a donc simplement réduit la rente entière alors allouée à l'assuré à un trois-quarts de rente toujours basé sur un degré d'invalidité de 67 % (pièce 55 OCAI). Par courrier du 2 janvier 2004, l'assuré a formé opposition à cette décision en alléguant que son état s'était aggravé. Par décision sur opposition du 23 février 2005, l'OCAI a admis partiellement l'opposition, annulé sa décision du 3 décembre 2004 et ordonné une reprise de l'instruction (pièce 61 OCAI). L'OCAI a alors demandé au centre d'expertise médicale un rapport d'expertise interdisciplinaire. Les Drs K_____, médecin-chef du centre d'expertise médicale et le Dr L_____; spécialiste FMH en rhumatologie, ont rendu leur rapport d'expertise en date du 6 octobre 2005 (pièce 71 OCAI). Il se base sur le dossier médical de l'assuré, sur l'anamnèse et sur un examen clinique et rhumatologique pratiqué le 31 mai 2005, ainsi que sur un examen spécialisé psychiatrique intervenu le 15 juin 2005. La quantification des limitations de la capacité de travail en termes de présence et de rendement a été décidée lors d'une conférence de consensus entre les différents médecins ayant pratiqué l'expertise. Les diagnostics retenus ont été les suivants : trouble somatoforme douloureux et lombalgies basses sur discopathie étagée avec hernie discale L5-S1 latéralisée à gauche. Le trouble somatoforme douloureux a été basé sur la généralisation de la douleur à la simple palpation des différents groupes musculaires et sur la présence de tous les points de fibromyalgie positifs. Selon les médecins, il n'existe pas d'atteinte somatique ou de pathologie psychiatrique pouvant expliquer une réduction de la capacité de travail mais l'assuré s'est ancré dans une identité d'invalide depuis de nombreuses années et se sent handicapé par ses douleurs jusque dans sa vie privée où il demande de l'aide à son épouse pour se laver et s'habiller. En résumé, les médecins ont estimé la capacité de travail de l'assuré à 50 % au moins avec un rendement complet dans une activité adaptée, c'est-à-dire un travail léger, sans port de charges et permettant de changer de position. Les médecins se sont déclarés d'accord avec le fait que l'assuré ne peut plus travailler en tant que maçon mais il garde une capacité de travail résiduelle dans une activité professionnelle adaptée. Ils ont conclu à la capacité d'exercer un travail léger, pauvre en stress, n'impliquant pas le port de charges et permettant des changements de positions fréquents, quatre heures par jour et sans diminution de rendement Ils ont estimé que des mesures de réadaptation professionnelle étaient envisageables, l'assuré étant apte à s'habituer à un rythme de travail et à s'intégrer dans le tissu social. Ils ont toutefois relevé qu'il n'a que très peu de ressources en raison de sa scolarité fortement réduite, de l'absence de formation professionnelle, de problèmes culturels et linguistiques, ainsi que du fait qu'il est peu intégré bien qu'il réside en Suisse depuis dix-sept ans. Ils ont ajouté que sa forte identité d'invalide rendait la mobilisation de ses ressources difficile (pièce 71 OCAI). Le Dr M_____, du SMR, a émis l'opinion, dans un avis daté du 27 janvier 2006, que les critères nécessaires au diagnostic de TSD n'étaient pas toujours présents. Il a relevé par ailleurs qu'un trouble somatoforme douloureux ne saurait être invalidant en lui-même, d'autant que l'expertise ne retient ni n'évoque aucun autre diagnostic psychiatrique. Le Dr M_____ en a tiré la conclusion qu'il n'y avait aucune atteinte à la santé psychique invalidante au sens de la LAI, ce que confirmait l'absence de limitations fonctionnelles psychiques, et que seules les

lombalgies avaient donc une répercussion sur la capacité de travail, de sorte que dans une activité adaptée respectant ces limitations fonctionnelles, la capacité de travail serait entière (pièce 78 OCAI). Par courrier du 9 janvier 2006, les experts ont encore précisé que les lombalgies étaient permanentes mais que l'intensité de la douleur variait et pouvait être accentuée par les mouvements du tronc dans tous les plans. Les cries aiguës douloureuses, évaluées à 7/10, étaient imprévisibles et sans facteur déclenchant évident; il y avait un fond douloureux chronique permanent, sur lequel se greffaient des accès douloureux intenses, paroxystiques et invalidants. Les médecins ont précisé que depuis 1993, les cervicalgies étaient décrites comme étant de même nature, de même territoire et de même intensité douloureuse, contrairement aux symptômes liés aux lombalgies, dont l'intensité s'était amplifiée au cours du temps. La réduction de la capacité de travail à 50 % dans une activité adaptée se justifiait par le trouble somatoforme douloureux associé au fait que l'assuré s'était ancré dans une identité d'invalide, se faisait aider même pour les gestes essentiels de la vie quotidienne et que, malgré les divers essais thérapeutiques menés, il n'y avait pas eu d'amélioration sur le plan psychique ni somatique. Les médecins ont souligné qu'il n'y avait pas eu d'amélioration depuis l'expertise réalisée en 1996. Ils ont précisé que la capacité de travail maximale était de 50 %, sans exclure une amélioration ultérieure, que si l'on tenait compte seulement de la lombalgie basse, la capacité de travail est de 100 % dans une activité adaptée et que c'était la présence de troubles dégénératifs lombaires bas ajoutés à un TSD et combinés aux arguments relatifs à l'assuré qui amenait à réduire la capacité de travail à 50 % (pièce 80 OCAI). Dans une note de travail datée du 13 avril 2006, le collaborateur en charge du dossier de l'assuré a relevé qu'il y avait une appréciation identique d'un même état de fait dans les deux expertises consécutives, de sorte que les conditions nécessaires à une révision n'étaient pas réalisées. En revanche, il a estimé que les conditions d'une reconsidération étaient remplies, la décision initiale étant fondée sur une appréciation de l'invalidité manifestement erronée (pièce 82 OCAI). Le dossier a été soumis une nouvelle fois à la division de réadaptation professionnelle à qui il a été demandé de procéder à une comparaison des revenus en se basant sur une capacité de travail de 100 %. Cette dernière a donc comparé le salaire qu'aurait pu réaliser l'assuré sans atteinte à la santé, soit 51'478 fr., à celui qu'il aurait pu réaliser dans une activité simple et répétitive la même année, compte tenu d'une réduction supplémentaire de 10 %, soit 47'797 fr. (ESS 1994 : 4'225.- par mois pour 40 h./sem., soit 4'426.- par mois pour 41,9 h./sem., soit 53'108.- par an en 1994 avant réduction de 10 %), et obtenu ainsi un degré d'invalidité de 7 %. La division de réadaptation s'est livrée à la même évaluation en se plaçant en 2004. Elle a comparé le salaire qu'aurait réalisé l'assuré sans invalidité, soit 56'847 fr., à celui qu'il aurait pu réaliser malgré son invalidité dans une activité simple et répétitive, compte tenu d'une réduction supplémentaire de 10 %, soit 51'656 fr. (ESS 2004 : 4'588.- par mois pour 40 h./sem., soit 4'783.- par mois pour 41,6 h./sem., soit 57'396.- par an en 2004 avant réduction supplémentaire de 10 %) et a abouti ainsi à un degré d'invalidité de 9 % (pièce 84 OCAI). Un projet de décision a été adressé à l'assuré le 4 octobre 2006 lui signifiant que l'OCAI avait pour intention de lui supprimer sa rente. Par courrier du 31 octobre 2006, l'assuré s'y est opposé. Il s'est référé au rapport d'expertise en faisant remarquer que ce dernier concluait à une capacité de travail de 50 % dans une activité adaptée et à son aptitude à suivre des mesures de réadaptation professionnelle. Il en a tiré la conclusion qu'une rente d'invalidité d'au moins 50 % devait lui être versée et qu'il devait être aidé dans sa recherche d'un emploi adapté à son handicap. A l'appui de ses dires, il a produit un courrier émanant de son médecin-traitant, le Dr H_____, daté du 18 octobre 2006,

qui s'étonne que l'OCAI revienne sur sa décision, alors que tous les éléments lui étaient déjà connus au départ (pièce 86 OCAI). Par décision du 23 novembre 2006, l'OCAI a supprimé la rente accordée à l'assuré avec effet au premier jour du deuxième mois suivant la notification de la décision. L'OCAI a expressément retiré l'effet suspensif à un éventuel recours. L'OCAI, se référant au rapport d'expertise médical pluridisciplinaires du 6 octobre 2005, a considéré que si l'activité de maçon n'était plus exigible de l'assuré, ce dernier serait en revanche à même d'exercer une activité professionnelle adaptée à son état. L'OCAI a admis que la situation médicale était stationnaire depuis novembre 1993 et le diagnostic inchangé, tout comme la capacité de travail. Il a cependant estimé que sa décision initiale était manifestement erronée et nécessitait d'être reconsidérée, vu la contradiction entre l'exigibilité médicale retenue initialement par les experts et celle "sur laquelle repose la comparaison des gains destinée à déterminer le taux d'invalidité" . L'OCAI a estimé que les raisons pour lesquelles les premiers experts n'avaient pas reconnu à l'assuré une pleine capacité de travail dans un poste adapté (ankylose intellectuelle et physique avec identité d'invalide cristallisée, scolarité réduite, absence de formation professionnelle, problèmes culturels et linguistiques, forte identité d'invalide) n'étaient pas des facteurs dont l'assurance-invalidité a à répondre. L'OCAI a dès lors comparé le revenu que l'assuré aurait réalisé sans atteinte à l'invalidité, soit 56'847 fr., à celui qu'il aurait pu réaliser dans une activité légère de substitution, simple et répétitive, en tenant compte d'un abattement de 10 %, à savoir 51'656 fr. (ESS 2004 : 53'108 fr. par an avant déduction de 10 %). Il en a tiré la conclusion que le degré d'invalidité n'était que de 9 %, de sorte qu'il ne pouvait maintenir un droit à la rente. Par courrier du 8 janvier 2007, l'assuré a interjeté recours contre cette décision en concluant à son annulation et au maintien de sa rente d'invalidité, subsidiairement, à l'octroi d'une rente entière et, plus subsidiairement encore, à celui de mesures de réadaptation. Le recourant invoque une violation de son droit d'être entendu. Il considère que, par le biais de la décision querellée, l'OCAI a procédé à une reformation in pejus sous couvert d'instruire son opposition à la décision de réduction de sa rente entière en un trois-quarts de rente, sans lui permettre de s'exprimer ou de retirer son opposition. Quant à la reconsidération de la décision initiale d'octroi de rente par l'OCAI, le recourant soutient que cette décision n'était aucunement entachée d'erreur puisqu'elle a été rendue sur la base d'une expertise médicale effectuée par deux médecins spécialisés suite à une longue procédure. Il fait remarquer qu'à l'époque, l'évaluation du médecin-conseil de l'OCAI a abouti à l'interruption des mesures de reclassement professionnel en cours au profit de l'octroi d'une rente entière Il allègue que l'ensemble des calculs opérés par l'OCAI pour calculer son degré d'invalidité sont erronés car fondés sur une pleine capacité de travail, alors même que les médecins du centre d'expertise médicale ont estimé cette dernière à 50 % au maximum dans une activité adaptée. En outre, il soutient que la réduction appliquée à son salaire d'invalide devrait être de 25 % pour tenir compte du lourd handicap socio-professionnel qui est le sien, de la médiocrité de ses connaissances linguistique et de la modicité de sa formation. Invité à se déterminer, l'OCAI, dans sa réponse du 20 février 2007, a conclu au rejet du recours. L'OCAI conteste avoir procédé à une reformation in pejus . Il rappelle que c'est dans le cadre d'une révision d'office lancée suite à l'entrée en vigueur de la quatrième révision de la loi qu'il a constaté que le taux d'invalidité du recourant ne lui donnait plus droit à une rente entière mais à un trois-quarts de rente, qu'une décision de diminution des prestations a alors été rendue le 3 décembre 2004, que l'assuré y a formé opposition en sollicitant expressément un nouvel examen médical et que c'est à l'issue de ce dernier qu'une décision a finalement été rendue. L'OCAI a tire la conclusion

que l'assuré a pris le risque que l'évaluation médicale complémentaire lui soit défavorable. Il ajoute que l'administration est légitimée à reconsidérer en tout temps, qu'une procédure soit en cours ou non, une décision manifestement erronée. Quant à l'évaluation de l'état de santé de l'assuré, l'OCAI maintient que la décision initiale est manifestement erronée puisque, bien que l'assuré ait été reconnu capable de travailler à plein temps et à plein rendement dans une activité ne surchargeant pas son dos, le calcul d'invalidité a pris en compte une baisse de rendement de 25 % et s'est fondé sur les gains réalisés dans le domaine de la restauration et de l'hôtellerie selon la convention collective de travail. L'OCAI allègue qu'il n'y a pas de raison de retenir ce domaine d'activité, qui semble incompatible avec les problèmes de dos du recourant, ni d'appliquer une baisse de rendement. Selon lui, c'est donc en totale contradiction avec l'expertise alors réalisée que la décision initiale a retenu une capacité de travail de 50 %. Quant à la demande de mesures de réadaptation, l'OCAI conclut à son rejet au motif d'une part que le taux d'invalidité est inférieur au seuil de 20 % requis pour qu'une telle prestation soit octroyée et où, d'autre part, les conditions subjectives ne sont pas non plus réalisées vu le défaut de motivation de l'assuré qui s'identifie comme un invalide et ses problèmes linguistiques. Par courrier du 22 mars 2007, le recourant a persisté intégralement dans ses conclusions. Il rappelle que dans l'opposition qu'il a formée à la décision liée à la quatrième révision de la loi sur l'invalidité, il invoquait une aggravation de son état de santé et qu'il ne pouvait dès lors se rendre compte qu'en admettant son opposition et en ouvrant une instruction complémentaire, l'OCAI entendait finalement réviser sa rente et la réduire encore. Il fait remarquer qu'il n'aurait pu contester la décision de l'OCAI de rouvrir l'instruction de son dossier, faute d'intérêt pour agir, et que, dès lors, la seule voie de droit à sa disposition est de contester la décision rendue le 23 novembre 2006. Ce n'est que dans le cadre de cette décision que l'OCAI a révisé sa décision initiale d'octroi d'un trois-quarts de rente sans l'informer d'une éventuelle reformation in pejus . Il considère dès lors que la décision querellée doit être annulée car elle ne respecte pas les garanties de procédure dans le cadre spécifique de la reformation in pejus à laquelle a procédé l'OCAI. Le recourant souligne que l'OCAI reconnaît avoir disposé à l'époque de tous les documents nécessaires à l'évaluation correcte de son invalidité. Quant aux mesures de réadaptation qu'il demande, il fait remarquer qu'on ne peut estimer a priori et de manière péremptoire que les conditions subjectives, et notamment sa motivation à suivre un programme de réadaptation, ne sont pas réalisées. Il relève qu'il est contradictoire de lui reprocher aujourd'hui de se conduire comme un invalide, alors même que l'OCAI lui a reconnu ce statut en avril 2000. De la même manière, il n'est selon lui pas admissible d'indiquer que seules des questions linguistiques s'opposeraient à sa réadaptation car, dans de nombreux cas, la question de l'apprentissage de la langue ne pose aucune difficulté pour un reclassement professionnel. L'intimé, pour sa part, a persisté dans ses conclusions comme exprimé dans son préavis par courrier du 27 avril 2007. EN DROIT Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l’article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) relatives à la loi fédérale sur l’assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI). Sa compétence pour juger du cas d’espèce est ainsi établie. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant des modifications législatives notamment dans le droit de l'assurance-invalidité. 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 4 consid. 1.2 ; 169 consid. 1 ; 356 consid. 1 et les arrêts cités). Dans la mesure où l'incapacité de travail du recourant a débuté en 1993, ces principes de droit intertemporel commandent l'examen du bien-fondé de la décision initiale d'octroi d'une demi-rente à la lumière des anciennes dispositions de la LAI (ATF 130 V 332 consid. 2.2 et 2.3). Quant au principe de la reconsidération, la décision de l'OCAI étant intervenue le 23 novembre 2006, il conviendra d'appliquer les nouvelles dispositions légales. En ce qui concerne la procédure et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b; 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). Enfin, il convient de relever que 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) et que le présent cas est soumis au nouveau droit, du moment 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). Le Tribunal de céans constate que le recours, interjeté dans les forme et délai légaux prévus par l’art. 60 LPGA est recevable. Le litige porte sur la question de savoir si la décision initiale de l’OCAI (octroi d’une rente basée sur un degré d'invalidité de 67%) peut être réexaminée par la voie de la révision ou par celle de la reconsidération. Aux termes des art. 4 LAI et 8 LPGA, 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 (cf. également l’art. 8 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). Lorsqu’en raison de l’inactivité de l’assuré, les données économiques font défaut, il y a lieu de se fonder sur les données d’ordre médical, dans la mesure où elles permettent d’évaluer la capacité de travail de l’intéressé dans des activités raisonnablement exigibles (ATF 115 V 133 consid. 2 ; 105 V 158 consid.1). Selon l'art. 17 LPGA, si le taux d'invalidité du bénéficiaire de la rente subit une modification notable, la rente est, d'office ou sur demande, révisée pour l'avenir, à savoir augmentée ou réduite en conséquence, ou encore supprimée. Cela vaut également pour d'autres prestations durables accordées en vertu d'une décision entrée en force, lorsque l'état de fait déterminant se modifie notablement par la suite. Tout changement important des circonstances propre à influencer le degré d'invalidité, et donc le droit à la rente, peut motiver une révision selon l'art. 17 LPGA. La rente peut être révisée non seulement en cas de modification sensible de l'état de santé, mais aussi lorsque celui-ci est resté en soi le même, mais que ses conséquences sur la capacité de gain ont subi un changement important (ATF 130 V 349 consid. 3.5 ; 113 V 275 consid. 1a; 112 V 372 consid. 2b et 390 consid. 1b). Le point de savoir si un tel changement s'est produit doit être tranché en comparant les faits tels qu'ils se présentaient au moment de la décision initiale de rente et les circonstances régnant à l'époque de la décision litigieuse (ATF 130 V 351 consid. 3.5.2 ; 125 V 369 consid. 2 et la référence; 112 V 372 consid. 2b et 390 consid. 1b). Enfin, l'art. 17 LPGA n'a pas apporté de modification aux principes jurisprudentiels développés sous le régime de l'ancien art. 41 LAI, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 (ATF 130 V 343 consid. 3.5). En l'espèce, force est de constater que même l'intimé

n'allègue pas qu'il y aurait eu amélioration de l'état de santé du recourant. En effet, les diagnostics sont restés les mêmes puisque les experts, dans leur rapport d'octobre 2005, à un trouble somatoforme douloureux et à des lombalgies basses sur discopathies étagées avec hernie discale L5-S1 alors que les experts du centre multidisciplinaire de la douleur, en 1996, ont retenu une fibromyalgie et une lombo-sciatalgie atypique avec hernie discale L5-S1. Il est donc à l'évidence impossible de procéder à une révision selon l'art. 17 LPGA et c'est à juste titre que l'OCAI y a renoncé. De la même manière, l'argument du recourant selon lequel son état se serait aggravé depuis la décision initiale ne peut être retenu, tous les médecins s'accordant sur le fait que son état est demeuré stationnaire. Reste à établir si la décision initiale de l'OCAI peut être revue par la voie de la reconsidération. Il convient pour ce faire de déterminer si cette décision était, à l'époque où elle a été rendue, manifestement erronée ou pas. Dans un ATFA non publié du 13 août 2003, en la cause I 790/01, le Tribunal fédéral des assurances (ci-après le TFA) a jugé que l'office de l'assurance-invalidité, qui disposait d'avis médicaux contradictoires, avait pris une décision d'octroi de rente manifestement erronée. L'administration s'était contentée de statuer à la lumière de l'appréciation d'un des médecins, alors qu'il lui eut préalablement incombé d'élucider la divergence entre les deux certificats médicaux en ordonnant une expertise médicale. Ainsi, le dossier avait été insuffisamment instruit et la décision découlant de cette instruction lacunaire apparaissait manifestement erronée. Dans un ATFA non publié du 4 juillet 2003, en la cause I 703/02, le TFA a estimé que l'office de l'assurance-invalidité, en présence d'un seul avis médical émanant du médecin traitant, avait certes procédé à une instruction lacunaire, mais sa décision, basée sur un rapport médical clair, n'apparaissait pas manifestement erronée. Le TFA a notamment relevé : « Comme le seul avis médical au dossier émane du médecin traitant de S., il aurait sans doute été opportun de soumettre le prénommé, au terme de son stage de réadaptation, à un examen médical circonstancié auprès d'un médecin indépendant. L'office de l'assurance-invalidité y a renoncé, sans que l'on puisse toutefois considérer que l'instruction menée était lacunaire à tel point qu'il n'ait pas satisfait à ses obligations légales en la matière (art. 57 LAI et 69 du règlement sur l'assurance-invalidité - RAI). Or, s'il apparaît ultérieurement, à la suite d'une nouvelle analyse de la situation, que l'appréciation médicale du cas à l'époque était critiquable, cela ne rend pas pour autant la décision prise sur cette base comme étant manifestement erronée ». En l'occurrence, la décision intervenue en avril 2000 se fonde sur le rapport du centre multidisciplinaire de la douleur, rapport dont les médecins du SMR eux-mêmes ne nient pas qu'il devait se voir accorder, eu égard aux critères en vigueur à l'époque en matière de fibromyalgie, une entière valeur probante. Or, les experts concluaient alors à une capacité de travail entière dans une profession ne surchargeant pas le dos. C'est en se fondant sur les résultats de l'observation préprofessionnelle - qui avait démontré un rendement diminué de 25 à 75 % - que le Dr G_____ a nuancé cette conclusion et a émis l'opinion que l'atteinte à la santé était compatible avec une activité sans port de charges avec un rendement qui pouvait être total ou légèrement diminué (25 % au maximum). Cette opinion a été confirmée par le Dr H_____ qui a jugé son patient capable d'exercer à plein temps une activité ne sollicitant pas le dos, avec une baisse de rendement sur laquelle il s'est déclaré incapable de se prononcer. Globalement, il a néanmoins évalué la capacité de travail résiduelle de son patient dans l'activité de serveur sur machine à 50%. Tant le Dr I_____ que le Dr C_____ se sont rangés à cette opinion, le Dr I_____ précisant que la capacité de travail résiduelle était très difficile à évaluer. L'OCAI, lorsqu'il a retenu finalement que l'assuré pourrait exercer la profession de serveur de machine à 50%

et à plein rendement, s'est donc rangé à l'opinion prédominante défendue par les Drs H_____, I_____ et C_____. Il est vrai que cette appréciation peut paraître généreuse dans la mesure où les experts avaient conclu pour leur part à une capacité de travail complète et le Dr G_____ à une baisse de rendement maximale de 25%. Néanmoins, elle ne peut être qualifiée de manifestement erronée dans la mesure où elle a été confirmée par les experts qui se sont prononcés en 2005, étant rappelé qu'il est constant que l'état de santé de l'assuré est demeuré stationnaire. En effet, les Drs K_____ et L_____ ont également conclu à une capacité résiduelle de travail de 50% dans une activité adaptée. Même s'ils admettent que la seule lombalgie n'est pas totalement invalidante, leurs explications relativement à l'invalidité entraînée par la combinaison du trouble somatoforme et des lombalgies, démontrent que le raisonnement suivi en 2000 par les Drs H_____, I_____ et C_____ et, partant, par l'OCAI, ne peut être qualifié de manifestement erroné. Ceci est d'ailleurs confirmé indirectement par le Dr J_____, du SMR, qui a reconnu, dans son avis du 28 septembre 2004, que les éléments qui ont prévalu en 1996 n'ont pas changé, " de sorte qu'ils entraîneraient actuellement les mêmes conclusions pour le moins". Quant au calcul du degré d'invalidité auquel s'est livré l'OCAI à l'époque de la décision initiale, il n'est pas critiquable. Contrairement à ce qu'allègue l'intimé, le salaire auquel il s'est référé dans sa décision initiale n'a finalement pas été celui de sommelier - comme cela avait effectivement été envisagé dans un premier temps - mais bien celui de serveur sur machine. L'OCAI ne saurait donc tirer la conclusion que le calcul précédemment effectué était erroné au motif que le nouveau calcul auquel il s'est livré en 2004, en retenant un salaire avant invalidité brusquement passé de 59'090 fr. à 51'478 fr., sans explication aucune, et en se basant sur une capacité de travail de 100% aboutit à des conclusions différentes. Il apparaît ainsi que la nouvelle décision de l'OCAI n'est en réalité qu'une nouvelle appréciation de la situation après un examen plus approfondi des faits, ce qui ne saurait constituer un motif valable de reconsidération, ainsi que cela ressort de la jurisprudence rappelée supra. En l’absence d’un motif de révision ou de reconsidération de la décision initiale d'octroi de rente, le recours doit être admis, étant précisé cependant que, compte tenu de la 4 ème révision de la LAI, la rente entière d’invalidité accordée au recourant devra être remplacée par un trois-quart de rente, compte tenu du degré d'invalidité retenu (67%). En effet, il ressort de la lettre f des dispositions finales de la modification du 21 mars 2003 que si les rentes entières perçues au titre d'un taux d'invalidité égal ou supérieur à 66 2/3 % continuent d'être versées après l'entrée en vigueur de la modification de la loi à tous les rentiers qui, à ce moment-là, auront atteint l'âge de 50 ans, en revanche, toutes les autres rentes entières perçues au titre d'une invalidité inférieure à 70% font l'objet d'une révision dans le délai d'un an après l'entrée en vigueur de la 4 ème révision. PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : Déclare le recours recevable. Au fond : L'admet et annule la décision du 23 novembre 2006. Constate que Monsieur M_____ a droit à un trois-quart de rente d'invalidité. Condamne l’intimé à verser au recourant la somme de Fr. 2'000,-- à titre de dépens. Met un émolument de Fr. 200,-- à la charge de l'OCAI. 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 Janine BOFFI La présidente 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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.