RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1497/2002-2-AI **ATAS/506/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du mercredi 30 juin 2004

En la cause

Madame S_____, mais représentée par Me Alina WEIBEL de la CAP - Compagnie d'Assurance de Protection juridique SA en les bureaux de laquelle elle élit domicile,	Recourante

contre

OFFICE CANTONAL GENEVOIS DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, rue de Lyon 97 à Genève	Intimé

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Valérie MONTANI et Karine STECK, juges.

EN FAIT

1. Madame S_____ (ci-après la recourante), née au Portugal le janvier 1943, est mariée et mère de 2 enfants majeures ; l'une d'entre elles vit chez ses parents.

2. Sans formation professionnelle, l'assurée a travaillé en qualité d'employée de maison de 1970 à 1974, en tant que concierge à mi-temps de 1974 à 1992, puis a cessé toute activité lucrative.

3. En date du 16 mai 2000, elle a sollicité l'octroi d'une rente AI, se prévalant d'une hernie discale ainsi que de douleurs à l'épaule et au bras droits.

   Selon un rapport médical établi le 19 janvier 2001 par le Dr A_____, médecin-traitant, la recourante souffre d'une hernie discale postérieure et foraminale droite C6-C7, d'un état dépressif et d'un PSH de l'épaule droite avec rupture complémentaire du tendon supérieur. Ce médecin a précisé que l'atteinte à la santé datait de 1995 et que, depuis janvier 2000, l'incapacité de travail était totale dans la profession de concierge.

   Le Dr Clive A_____ a précisé ultérieurement que l'état dépressif réactionnel ne nécessitait pas de prise en charge par un psychiatre et évoluait en fonction des douleurs cervicales. Dans une attestation du 4 octobre 2002, il a souligné toutefois que l'état dépressif actuel était important et devait être pris en considération au même titre que la hernie discale et le PSH de l'épaule droite.

4. Aux fins d'établir le degré d'invalidité de l'intéressée, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après OCAI) a procédé à une enquête économique sur le ménage en date du 22 mai 2002.

   Il est ressorti du rapport d'enquête établi le 9 octobre 2001 que la recourante souffre essentiellement de douleurs de la colonne cervicale avec irradiation dans l'épaule et le bras droits et que ces douleurs la rendent dépressive. Elle peut effectuer les activités légères pour lesquelles elle n'a pas à solliciter son bras droit. Il lui est possible d'assumer la préparation de repas simples mais elle a dû renoncer à faire des gâteaux de Noël ou des confitures, par exemple. Elle doit se faire aider par son mari ou sa fille pour certains travaux ménagers, telle la suspension des rideaux, et évite tout port de charges.

   Dans le cadre de cette enquête, elle a déclaré qu'en bonne santé elle aurait vraisemblablement travaillé à 100% dans une activité du genre blanchissage, ménage ou conciergerie, mais que ses démarches en vue de trouver un tel emploi avaient toutes été vouées à l'échec en raison de sa santé.

L'invalidité de la recourante dans le cadre de ses tâches ménagères a été fixée à 22,75%.

En ce qui concerne une éventuelle invalidité sur le plan de l'activité professionnelle, considérant que la recourante avait un statut de ménagère, il n'a pas été retenu d'incapacité de travail ni de gain.

5. Dès lors, par décision du 6 septembre 2002, l'OCAI a refusé d'octroyer une rente d'invalidité à l'assurée, le taux d'invalidité de 22,75% retenu dans le cadre de l'activité ménagère étant insuffisant pour ouvrir droit à une rente.

6. Le 4 octobre 2002, Madame S_____ a recouru contre la décision de l'OCAI. Elle a fait valoir que son invalidité aurait dû être calculée selon la méthode dite mixte ; elle a également contesté l'appréciation ainsi que le pourcentage des empêchements retenus dans le cadre de l'enquête économique sur le ménage. Elle a par conséquent sollicité une nouvelle enquête ménagère, soulignant que toute activité lui était impossible, tant sur le plan professionnel que sur le plan ménager, en raison de l'importance de ses douleurs et de son état dépressif allant en augmentant.

7. Dans son préavis du 17 décembre 2002, l'OCAI a précisé que la méthode spécifique d'évaluation de l'invalidité avait été appliquée au vu du statut de ménagère de la recourant depuis 1992 et il a conclu au rejet de l'ensemble des conclusions de la recourante ainsi qu'au maintien de sa décision.

Par courrier du 10 janvier 2003, la recourante a contesté les taux d'invalidité retenus sur le plan ménager et a persisté dans ses conclusions tendant à l'octroi d'une rente AI.

Dans ses observations du 20 janvier 2003, l'OCAI a maintenu sa position.

8. Lors de la comparution personnelle des parties qui s'est déroulée le 13 janvier 2004, la recourante a déclaré que c'était en raison de ses douleurs qu'elle avait cessé toute activité professionnelle.

L'OCAI a, quant à lui, souligné qu'il n'avait pas retenu la méthode mixte d'évaluation car, selon le dossier médical, l'atteinte à la santé datait de 1995 seulement, époque à laquelle l'intéressée avait un statut de ménagère.

La recourante a sollicité un délai pour produire de nouvelles pièces relatives à la période antérieure à 1995.

9. Divers documents médicaux ont été ainsi produits, notamment deux attestations émanant du Dr B_____ selon lesquelles, de 1985 à 1996, les différentes affections dont la recourante a souffert durant cette période n'avaient à sa connaissance pas eu de conséquences importantes sur sa capacité de travail, mais

que n'ayant lui-même pas revu sa patiente depuis 7 ans, seul le médecin-traitant actuel pouvait s'exprimer valablement à ce sujet.

L'OCAI a, pour sa part, produit un avis médical établi le 23 mars 2004 par le Dr C_____ du Service médical régional, selon lequel aucun des problèmes de santé relevés par le Dr B_____ n'avait été susceptible d'entraîner une incapacité de travail substantielle antérieurement à 1995. L'OCAI a maintenu l'application de la méthode spécifique à l'appréciation du cas de la recourante.

10. Lors d'une nouvelle comparution personnelle, le 30 mars 2004, la recourante a dit ne plus contester la méthode employée et s'en rapporter à justice quant à l'enquête ménagère.

L'OCAI a maintenu sa position. Sur quoi, l'affaire 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 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 quoiqu'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. Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'assurance-invalidité (cf. art. 56 V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La LPGA entrée en vigueur le 1er janvier 2003, a entraîné de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance invalidité. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1, 121 V 386, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al 1er LPGA), le présente litige sera en conséquence examiné à la lumière des dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (ci-après LAI) et du règlement de l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (ci-après RAI) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

4. Interjeté le 4 octobre 2002, contre la décision de l'OCAI du 6 septembre 2002, le recours est recevable, conformément aux articles 69 LAI et 84 de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS).

5. Aux termes de l'art. 4 al. 1 LAI, l'invalidité se définit comme la diminution de la capacité de gain 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.

   En vertu de l'art. 28 al. 1 LAI, l'assurée à droit à une rente entière si elle est invalide à 66,2/3% au moins, à une ½ rente si elle est invalide à 50% au moins ou à ¼ de rente si elle invalide à 40% au moins.

   Conformément à l'art. 28 al. 2 LAI, en vue de l'évaluation de l'invalidité d'une personne, il convient de comparer le revenu du travail que l'invalide pourrait obtenir en exerçant une activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui au revenu qu'il aurait pu obtenir sans invalidité.

   L'art. 27 RAI, quant à lui, prescrit que l'invalidité des personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative au sens de l'art. 5 al. 1 LAI est estimée en fonction de l'empêchement d'accomplir les travaux habituels ou l'activité usuelle dans le ménage et l'éducation des enfants (méthode dite spécifique).

   En cas d'activité à temps partiel, il y a lieu de fixer l'invalidité pour cette part par comparaison des revenus selon l'art. 28 al. 2 LAI et l'invalidité pour la part

consacrée aux travaux habituels par comparaison des activités selon l'art. 27 RAI (méthode dite mixte, cf. art. 27 bis al. 1 RAI).

6. En l'espèce, l'invalidité doit être évaluée selon la méthode spécifique susdécrite. En effet, il sied de rappeler que c'est depuis 1995 que la recourante a été réellement atteinte dans sa santé et qu'à cette époque, elle avait un statut de ménagère. Ce fait a été au demeurant admis par la recourante lors de la comparution personnelle du 30 mars 2004.

7. Aux fins d'établir le taux d'invalidité admissible dans le cadre de l'accomplissement des travaux habituels, l'OCAI a procédé à une enquête économique sur le ménage.

   Ladite enquête a été établie en conformité des Directives contenues dans la circulaire concernant l'invalidité et l'impotence (ch. 3090 ss CIIAI) et de la jurisprudence fédérale. En particulier, lors de cette enquête, il a été procédé à la classification et évaluation des travaux ménagers par référence aux sept postes indiqués au chiffre 2095 CIIAI, en fixant leur importance respective en pour cent, dans une fourchette déterminée, compte tenu des données du cas concret ; l'empêchement subi pour chaque poste a ensuite été fixé en fonction des déclarations de l'intéressée ou des observations faites sur place.

   Afin de tenir compte des observations formulées par la recourante et de la pondération préconisée par le TFA (cf. RCC 1986 p.247), le Tribunal de céans a réexaminé point par point la pondération des tâches, mais l'estimation des empêchements retenus par l'enquêtrice a été confirmée vu ce qui précède.

   Les chiffres suivants ont été retenus (figurent entre parenthèses le chiffre retenu par l'enquêtrice) :

Description des empêchements dus à l'invalidité	Pondération du champ d'activité	Empêchement	Invalidité
1. conduite du ménage	5% (2%)	0%	0%
2. alimentation	40% (47%)	25%	10%
3. entretien du logement	15% (20%)	20%	3%
4. emplettes et courses div.	10% (10%)	20%	2%
5. lessives et entretien des vêtements.	15% (0%)	20%	3%

6. soins aux enfants et autres membres de la famille.	0% (0%)	0%	0%
7. divers.	15% (1%)	100%	15%

Total invalidité : 33%

S'agissant du poste « divers », il a été tenu compte, en effet, non seulement de l'activité relative à l'entretien de l'église du village, mais aussi de la confection de bons repas, confitures, etc.., plaisirs auxquels la recourante a dû renoncer.

Vu la modification apportée à la pondération des champs d'activité, le Tribunal constate que l'estimation des empêchements subis par la recourante dans ses activités habituelles est légèrement plus élevée et qu'il convient d'admettre un degré d'invalidité de 33% en lieu et place du taux de 23% retenu par l'OCAI.

Cependant, ce degré d'invalidité n'ouvre par droit à une rente AI, de sorte que, mal fondé, le recours doit être rejeté.

*****

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.

3. Dit que la procédure est gratuite.

4. 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).

Le greffier:	La Présidente :
Pierre RIES	Isabelle DUBOIS

La secrétaire-juriste :
Alexandra PAOLIELLO

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