RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1789/2002 **ATAS/513/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

6ème Chambre

du 28 juin 2004

En la cause

Madame D_____, c/o Stadtmission, 7, rue Bergalonne, 1205 Genève, comparant par Me Pierre GABUS, avocat, en l'Etude duquel elle élit domicile — recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, 97, rue de Lyon, 1203 Genève — intimé

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Juliana BALDE et Karine STECK, Juges.

EN FAIT

1. Madame D_____, née en 1954 et d'origine brésilienne, est arrivée en Suisse en 1990.

2. L'intéressée n'a pas pu exercer sa profession d'aide comptable en Suisse en raison de la non reconnaissance de son diplôme et du fait qu'elle ne maîtrisait pas suffisamment le français écrit. Dès décembre 1991, elle a travaillé en tant que nettoyeuse de cabines d'avion, tout d'abord pour X_____, puis pour Y_____ SA. Dans un premier temps, cette activité a été exercée à temps partiel, puis à raison de 35,5 heures par semaine, dès la fin de l'année 1995.

3. Dès 1994, date à laquelle le mari de l'assurée a introduit une demande en divorce, l'assurée a suivi une psychothérapie chez la Dresse A_____, psychiatre, jusqu'en 1998. Après son divorce prononcé en mars 1995, elle a continué à travailler jusqu'au 8 août 1998, date de son arrêt définitif de travail pour cause de maladie. Par la suite, elle a perçu des indemnités perte de gain jusqu'au mois de juillet 1999.

4. Dans un rapport médical du 13 août 1998, le Dr B_____, radiologue, a conclu à une tomodensitométrie axiale computérisée du rachis cervical ne révélant pas d'hernie discale ; il n'y avait pas de lyse ni de destruction osseuse et aucun argument scanographique pour un canal cervical étroit n'avait été décelé.

5. Au cours des nuits des 30 août et 12 octobre 1998, la patiente a dû faire appel à deux reprises à un médecin urgentiste (SOS MEDECINS) pour des palpitations dans un contexte d'état anxio-dépressif et des vertiges d'étiologie indéterminée. Le Dr C_____, urgentiste, a indiqué dans son rapport du 31 août 1998 que la patiente était connue pour des fibromyalgies et un état dépressif.

6. Du 5 au 15 janvier 1999, l'assurée a séjourné dans la division de rhumatologie de l'établissement hospitalier, afin de confirmer un diagnostic de probable fibromyalgie et d'instaurer un traitement adapté. A l'issue de ce séjour, le diagnostic posé faisait état de fibromyalgie et d'un état anxio-dépressif. Le bilan paraclinique démontrait l'absence de syndrome inflammatoire, une formule sanguine, une fonction rénale, hépatique et thyroïdienne dans la norme. L'état anxio-dépressif était bien équilibré par le traitement suivi et était dû à un isolement. Le résultat du bilan ergothérapeutique suggérait une capacité de travail résiduelle dans une activité légère en position assise avec des changements de position.

7. Le 27 mai 1999, l'assurée a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : OCAI), visant à l'obtention d'une rente. Elle souffrait depuis 1989 de douleurs du rachis

dorsal haut qui avaient progressivement augmenté et s'étaient étendues pour devenir insupportables et généralisées depuis 1998.

8. Dans son rapport médical à l'attention de l'OCAI du 9 juin 1999, le Dr D_____, médecin traitant de l'assurée, a diagnostiqué un syndrome fibromyalgique, un état dépressif chronique ainsi qu'un status après ulcère duodénal. Selon ce médecin, les douleurs de sa patiente étaient invalidantes et rendaient difficile l'accomplissement des tâches ménagères, raison pour laquelle elle ne pourrait plus reprendre d'activité à l'avenir.

9. Au mois d'août 1999, une tumeur au sein droit qui se révèlera être un carcinome canalaire invasif a été découverte. Une tumorectomie a été effectuée le 3 août 1999, suivie d'une chimiothérapie qui provoquera d'important effets secondaires.

10. La Dresse A_____, psychiatre, a indiqué dans son rapport du 19 août 1999 que l'assurée avait suivi environ 50 séances de psychothérapie entre 1994 et août 1998 en raison de névrose d'angoisse. Il n'y avait pas eu d'arrêt de travail pour raison psychique.

11. Au printemps 2001, une hyperthyroïdie a été découverte, l'assurée présentant par ailleurs un goitre depuis la fin de l'année 2000. Une hypertension a également été découverte.

12. A la demande de l'OCAI, le Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité de Lausanne (ci-après : COMAI) a rendu le 18 octobre 2001 un rapport d'expertise, suite aux consultations des 22 et 30 mai 2001.

    Il ressortait de la consultation de rhumatologie que l'assurée présentait un syndrome douloureux généralisé à l'ensemble de l'appareil locomoteur touchant tant l'hémicorps supérieur qu'inférieur, droit que gauche, avec à l'examen clinique l'absence de limitation fonctionnelle articulaire significative, limitation fonctionnelle douloureuse de la colonne cervicale et de la colonne lombaire, présence de 15 points de fibromyalgie sur 18, les points de contrôle étant cependant également positifs, si bien que l'on pouvait s'orienter vers un syndrome douloureux chronique de type fibromyalgie, la fibromyalgie n'étant dans ce cas pas « classique ». La pathologie douloureuse survenait dans un contexte de tumeur du sein droit, opérée, d'une hyperthyroïdie et d'une hypertension artérielle. Du point de vue rhumatologique, on pouvait admettre que la patiente était limitée pour les travaux monotones, répétitifs, ainsi que les travaux lourds. Des travaux légers, avec variation de la position et absence de mouvements répétitifs en continu, restaient possible avec une capacité de 70%.

    La consultation de psychiatrie concluait principalement à une personnalité pré-psychotique à traits anxieux, ainsi qu'à un trouble somatoforme indifférencié. Ce diagnostic traduisait une personnalité dont le « moi » était mal structuré, associé à des troubles anxieux invalidants qui étaient probablement atténués par la présence

de son époux avant le divorce. Celui-ci lui avait probablement servi d'étayage et de substitut paternel, dans la mesure où l'assurée n'avait jamais connu son père. Compte tenu de ce diagnostic, l'incapacité de travail du point de vue psychiatrique était évaluée à 60%.

A l'issue de ses examens, le COMAI a posé les diagnostics suivants ayant une influence essentielle sur la capacité de travail : trouble somatoforme douloureux persistant de type fibromyalgie, personnalité pré-psychotique à traits anxieux et status après tumorectomie du sein droit en août 1999 pour carcinome canalaire invasif.

Suite à la séance de décision multidisciplinaire, les experts ont conclu que l'assurée présentait un syndrome douloureux depuis 1989 ayant débuté au niveau du rachis dorsal pour se généraliser progressivement à l'ensemble de l'appareil locomoteur, touchant actuellement tant l'hémicorps supérieur qu'inférieur, droite que gauche. L'examen clinique montrait une limitation fonctionnelle douloureuse de la colonne cervicale et de la colonne lombaire, la présence de 15 points de fibromyalgie sur 18, avec des points de contrôle également positifs. La longue évolution des douleurs qui s'accentuent au fil des années, la résistance aux divers traitements antalgiques, de physiothérapie, l'absence de limitation fonctionnelle objective autre que principalement algique, la détresse en relation avec les douleurs, l'impact sur la vie quotidienne, l'existence de facteurs de stress psychosociaux à l'origine du syndrome ont conduit à poser le diagnostic de trouble somatoforme douloureux persistant de type fibromyalgie. Ce trouble était associé à une atteinte à la santé psychique sous forme d'un trouble de la personnalité à traits pré-psychotiques et à traits anxieux. Ce trouble de la personnalité se manifestait par des attitudes, des comportements nettement dysharmonieux dans plusieurs secteurs du fonctionnement, par exemple dans l'affectivité, la sensibilité, la manière de percevoir, le mode de relation à autrui. Le mode de comportement de la patient était clairement inadapté à la situation.

L'assurée était très limitée dans sa capacité de travail encore raisonnablement exigible, laquelle était diminuée de 60% dans toute activité dans le monde économique actuel. Les limitations étaient principalement liées à la pathologie psychiatrique de base (trouble de la personnalité) sur laquelle s'était greffé un important vécu douloureux. La capacité de travail pourrait être mieux mise en valeur dans une activité de type protégé (église, p.ex.). Par contre, la capacité de travail résiduelle en dehors d'un tel milieu restait limitée et le pronostic quant à la reprise dans les faits d'une capacité de travail supérieure à 30-40% restait réservé. Les experts précisaient pas ailleurs que le trouble de la personnalité de type pré-psychotique à traits anxieux dont souffrait l'assurée constituait une maladie psychiatrique en-dehors du trouble somatoforme douloureux. Il n'existait aucune preuve que la patiente tirait un avantage du fait de ne pas travailler, l'incapacité de travail étant prédominante pour des raisons psychiques et somatiques avant tout. Enfin, les affections actuelles ne pouvaient être mises en relation directe avec

l'émigration ou les difficultés d'intégration. La patiente avait pu travailler dans le passé de 1991 à 1998 de manière régulière, sans arrêt de travail répété.

13. Le 26 novembre 2001, le service médical régional Léman a rendu un rapport d'examen duquel il ressortait que le trouble somatoforme indifférencié et la personnalité pré-psychotique n'étaient pas du ressort de l'assurance-invalidité, de sorte qu'il y avait lieu de retenir une capacité de travail exigible de 100%.

14. Par décision du 28 mai 2002, l'OCAI a rejeté la demande de prestations de l'assurée au motif que son atteinte à la santé n'avait pas valeur d'invalidité.

15. Le 27 juin 2002, l'assurée a interjeté recours contre cette décision, concluant à ce qu'une invalidité de 70% au moins lui soit reconnue, indiquant qu'il y avait lieu de retenir l'avis exprimé par les médecins du COMAI.

16. Par préavis du 29 août 2002, l'OCAI a conclu au rejet du recours, indiquant que le trouble somatoforme douloureux dont souffrait la recourante n'entraînait pas d'incapacité de travail significative au sens de la loi, car il n'était pas accompagné d'une comorbidité psychiatrique grave.

17. La recourante a persisté dans ses conclusions par courrier du 6 septembre 2002.

18. Dans une écriture complémentaire du 3 mars 2003, la recourante a souligné qu'il n'y avait pas lieu de s'écarter de l'avis des médecins du COMAI et qu'une rente entière d'invalidité devait lui être octroyée, suite au calcul d'invalidité que l'OCAI se devait de réaliser.

19. Par courriers respectifs des 7 et 16 avril 2003, l'OCAI et la recourante ont maintenu leurs positions telles qu'exprimées dans leurs précédentes écritures.

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 (ci-après Cst GE).

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

   - elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose

jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

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

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

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

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (ci-après 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.

2. 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.

3. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et d'assurance-invalidité ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour trancher du présent litige.

4. 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 présent 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 sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (ci-après RAI) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

5. Déposé dans les forme et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable à la forme (art. 69 LAI et 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002).

6. Selon l'art. 4 al. 1er LAI, l'invalidité est la diminution de la capacité de gain, présumée permanente ou de longue durée, qui résulte d'une atteinte à la santé physique, ou mentale provenant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident. Le droit à la rente est déterminé par l'art. 28 al. 1er LAI qui dispose que l'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40% au moins. La rente est entière pour une invalidité de 66 2/3% au moins, elle est d'une demie pour une invalidité de 50% au moins et d'un quart pour une invalidité de 40% au moins.

   Dans le cadre de l'évaluation de l'invalidité, la tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré (ATF 125 V 261 consid. 4; 115 V 134 consid. 2; 114 V 314 consid. 3c ; 105 V 15).

   Le droit fédéral ne fixe aucune prescription sur la manière d'apprécier les moyens de preuve, le principe de la libre appréciation des preuves s'appliquant en matière

de procédure administrative. Selon ce principe, les organismes d'assurance et les juges apprécient librement les preuves, ce qui signifie, s'agissant de la procédure de recours, que le juge des assurances sociales doit examiner objectivement tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les pièces à sa disposition permettent de porter un jugement sur le droit litigieux. S'il se trouve en présence de rapports médicaux contradictoires, il ne peut pas liquider l'affaire sans apprécier l'ensemble du matériel probatoire et indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une thèse médicale et non pas sur une autre (ATFA du 31 juillet 1997 ; VSI 1997, p. 319).

D'après une jurisprudence constante, l'administration est tenue, au stade de la procédure administrative, de confier une expertise à un médecin indépendant, si une telle mesure se révèle nécessaire. Lorsque de telles expertises sont établies par des spécialistes reconnus, sur la base d'observations approfondies et d'investigations complètes, ainsi qu'en pleine connaissance du dossier, et que les experts aboutissent à des résultats convaincants, le juge ne saurait les écarter aussi longtemps qu'aucun indice concret ne permet de douter de leur bien-fondé (ATF 125 V 353 consid. 3b/bb ; 122 V 161 consid. 1c et les références).

S'agissant de la question des troubles somatoformes, le Tribunal fédéral des assurances a défini, en se fondant principalement sur une étude de MOSIMANN (somatoforme Störungen : Gerichte und [psychiatrische] Gutachten, in RSAS 1999, p. 1 ss et 105 ss), la tâche du médecin ou de l'expert, lorsque celui-ci doit se prononcer sur le caractère invalidant de tels troubles. Selon cette jurisprudence, l'expert doit, sur le plan psychiatrique, poser un diagnostic dans le cadre d'une classification reconnue et se prononcer sur le degré de gravité de l'affection. Il doit évaluer le caractère exigible de la reprise par l'assuré d'une activité lucrative. Ce pronostic tiendra compte de divers critères, tels une structure de la personnalité présentant des traits prémorbides, une comorbidité psychiatrique, des affections corporelles chroniques, une perte d'intégration sociale, un éventuel profit tiré de la maladie, le caractère chronique de celle-ci sans rémission durable, une durée de plusieurs années de la maladie avec des symptômes stables ou en évolution, l'échec de traitements conformes aux règles de l'art. Le cumul des critères précités fonde un pronostic défavorable. Enfin, l'expert doit s'exprimer sur le cadre psychosocial de la personne examinée. Au demeurant, la recommandation de refus d'une rente doit également reposer sur différents critères. Au nombre de ceux-ci figurent la divergence entre les douleurs décrites et le comportement observé, l'allégation d'intenses douleurs dont les caractéristiques demeurent vagues, l'absence de demande de soins, les grandes divergences entre les informations fournies par le patient et celles ressortant de l'anamnèse, le fait que des plaintes très démonstratives laissent insensible l'expert, ainsi que l'allégation de lourds handicaps malgré un environnement psychosocial intact (VSI 2000 p. 152).

En ce qui concerne les facteurs psychosociaux ou socioculturels et leur rôle en matière d'invalidité, le Tribunal fédéral des assurances a, dans un arrêt ATF 127 V

294, précisé sa jurisprudence relative aux atteintes à la santé psychique. Ainsi, les facteurs psychosociaux ou socioculturels ne figurent pas au nombre des atteintes à la santé susceptibles d'entraîner une incapacité de gain au sens de l'art. 4 al. 1 LAI. Pour qu'une invalidité soit reconnue, il est nécessaire, dans chaque cas, qu'un substrat médical pertinent, entravant la capacité de travail (et de gain) de manière importante, soit mis en évidence par le médecin spécialisé. Plus les facteurs psychosociaux et socioculturels apparaissent au premier plan et imprègnent l'anamnèse, plus il est essentiel que le diagnostic médical précise s'il y a atteinte à la santé psychique qui équivaut à une maladie. Ainsi, il ne suffit pas que le tableau clinique soit constitué d'atteintes qui relèvent de facteurs socioculturels; il faut au contraire que le tableau clinique comporte d'autres éléments pertinents au plan psychiatrique tels, par exemple, une dépression durable au sens médical ou un état psychique assimilable, et non une simple humeur dépressive. Une telle atteinte psychique, qui doit être distinguée des facteurs socioculturels, et qui doit de manière autonome influencer la capacité de travail, est nécessaire en définitive pour que l'on puisse parler d'invalidité. En revanche, là où l'expert ne relève pour l'essentiel que des éléments qui trouvent leur explication et leur source dans le champ socioculturel ou psychosocial, il n'y a pas d'atteinte à la santé à caractère invalidant (ATF 127 V 299 consid. 5a in fine ; ATFA non publié du 18 octobre 2002 I/141/02).

7. En l'espèce, le litige porte sur le degré d'invalidité de la recourante et de la rente qui en découle, cas échéant.

8. La recourante reproche à l'OCAI de ne pas avoir suivi l'avis des médecins du COMAI qui concluaient à une incapacité de travail évaluée entre 60 et 70%.

   Dans le cas qui nous occupe, le COMAI a procédé sur plusieurs jours à un examen complet et minutieux de l'état de santé de l'assurée. Pour ce faire, les médecins se sont appuyés sur l'entier du dossier, notamment les certificats des médecins ayant examiné la patiente auparavant, de sorte qu'on ne peut que constater que ce rapport se base sur un dossier bien étayé.

   Une anamnèse complète a été réalisée et la patiente a été entendue plusieurs fois par les experts. Le rapport est circonstancié et les experts ont procédé à une séance de décision multidisciplinaire afin de parvenir à des conclusions claires et unanimes. L'état de santé de la recourante a fait l'objet d'examens approfondis et l'on ne saurait attendre de nouvelles investigations médicales de nouveaux éléments qui pourraient modifier tant soit peu les résultats acquis.

   Les médecins du COMAI ont principalement apprécié la capacité résiduelle de travail sur deux plans ; rhumatologique et psychique. Du point de vue rhumatologique, la capacité de travail résiduelle est fixée à 70%, cela également dans les activités ménagères. Il apparaissait que la recourante ne souffrait pas d'une atteinte à la santé physique de nature à entraîner, à elle seule, une diminution de la

capacité de gain présumée permanente ou de longue durée. Du point de vue psychiatrique, cette même capacité résiduelle de travail était évaluée à 40%.

D'après une jurisprudence récente rendue par le Tribunal fédéral dans un cas similaire, il est erroné d'affirmer comme le fait l'OCAI que seuls des troubles somatoformes douloureux liés à une comorbidité psychiatrique grave seraient susceptibles de fonder une invalidité au sens de la LAI. Une telle comorbidité constitue tout au plus l'un des critères, certes important, à prendre en considération dans le cadre d'une évaluation globale de la situation médicale de l'assurée. Aussi, ne saurait-on s'écarter des conclusions des experts du COMAI au seul motif que leur rapport ne fait pas état d'une comorbidité psychiatrique grave (ATF non publié du 20 mars 2003 en la cause I/182/02).

Cela étant, il n'en demeure pas moins qu'il faut examiner si l'expertise contient suffisamment d'éléments pertinents au plan psychiatrique pour que l'on puisse se convaincre, dans le cas particulier, que l'intéressée n'est pas en mesure de reprendre pleinement une activité lucrative.

Dans un récent arrêt (ATFA non publié du 21 avril 2004 en la cause I 621/03), le Tribunal fédéral a rappelé qu'un rapport COMAI se distingue des autres avis médicaux par le fait que les points litigieux y ont fait l'objet d'une étude circonstanciée, basée sur des examens complets et pluridisciplinaires. Par ailleurs, un tel rapport prend en considération les plaintes de l'assuré, est établi en pleine connaissance de l'anamnèse; la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale sont claires et les conclusions du collège des experts sont dûment motivées (cf. ATF 125 V 352 consid. 3a, 122 V 160 consid. 1c et les références). L'expertise pluridisciplinaire est précisément destinée à porter une appréciation globale (et non sectorielle) d'un cas particulier, de sorte que l'évaluation finale de la capacité de travail par le collège des experts peut différer de l'avis de l'un des spécialistes qui le composait, sans que cela porte atteinte à la valeur probante de l'expertise. A cet égard, les constatations faites par les spécialistes du COMAI revêtent plus de poids que l'appréciation de l'incapacité de travail par les médecins traitants.

Dans le cas qui nous occupe, même s'il ressort de l'état de fait que les difficultés psychiques de l'assurée se sont améliorées en raison des traitements et de la vie sociale de celle-ci, il ressort de l'expertise du COMAI que le pronostic est défavorable, les experts précisant que les possibilités de travail seraient encore abaissées à l'avenir pour la recourante. En particulier, l'expertise précise expressément que l'assurée souffre d'une atteinte à sa santé psychique, plus précisément d'un trouble de la personnalité qui a été reconnu par les experts comme ayant valeur de maladie psychiatrique. Par ailleurs, l'expertise du COMAI permet d'exclure l'influence de facteurs psychosociaux ou socioculturels, notamment parce que les experts ont souligné que les affections ne pouvaient être mises en relation directe avec l'émigration ou des difficultés d'intégration.

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que le trouble somatoforme douloureux a un caractère invalidant au sens de la jurisprudence précitée et qu'il convient en conséquence de se fonder sur les conclusions auxquelles sont parvenus les experts du COMAI au terme de leur séance de décision multidisciplinaire.

Il y a donc lieu de retenir que la capacité de travail de l'assurée est diminuée de 60 %, ainsi que l'ont retenu les experts à l'issue de leur séance de décision multidisciplinaire. La recourante peut en conséquence exercer un métier léger avec variation de la position et absence de charges lourdes à un taux d'occupation de 40 %.

9. En conséquence, le dossier sera renvoyé à l'OCAI afin qu'il détermine le taux d'invalidité de la recourante et, cas échéant, son droit à une rente.

10. En conséquence, le recours est partiellement admis et le dossier renvoyé à l'OCAI pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants..

11. La recourante obtenant partiellement gain de cause, il convient de lui allouer des dépens qui seront fixés, en l'espèce, à 1'500 fr.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

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

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.

3. Annule la décision de l'OCAI du 28 mai 2002.

4. Renvoie la cause à l'OCAI pour complément d'instruction et nouvelle décision au sens des considérants.

5. Alloue à la recourante une indemnité de 1'500 fr. à titre de participation à ses frais et dépens ainsi qu'à ceux de son mandataire.

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière: La Présidente :

Nancy BISIN Valérie MONTANI

Le secrétaire-juriste :
Marius HAEMMIG

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