RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1791/2004 **ATAS/761/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 7 septembre 2005

En la cause

Madame L_____, représentée par Maître DUCOR Philippe, en l'Etude duquel elle élit domicile	recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE, Rue de Lyon 97;Case postale 425, 1211 GENEVE 13	intimé

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente ; Mmes Karine STECK et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. Madame L_____, née le 15 mai 1954, travaille depuis 1983 aux Hôpitaux Universitaires de Genève (ci-après HUG) en qualité d'agente de propreté et hygiène. Souffrant de lombalgies, d'une hernie discale et d'une épicondylite droite chronique, l'intéressée était en incapacité totale de travail depuis le 9 avril 2002. Elle a pu reprendre son activité à 50 % en mars 2003.

2. L'intéressée a déposé une demande de prestations auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) le 16 septembre 2002, sollicitant une orientation professionnelle ou un reclassement dans une nouvelle profession.

3. Dans son rapport adressé à l'OCAI en date du 24 septembre 2002, la Dresse A_____ a indiqué que sa patiente soufrait d'une hernie discale L5-S1 et d'une épicondylite chronique droite. L'incapacité de travail était de 100 % depuis le 9 avril 2002. Elle présentait des limitations fonctionnelles du bras droit, devait éviter les mouvements répétitifs, varier les positions et éviter le port de lourdes charges. En tenant compte des limitations, la capacité de travail raisonnablement exigible est de 100 % depuis avril 2002.

4. Le 16 juillet 2003, la Dresse A_____ a mentionné que sa patiente avait repris son activité à 50 %. Une reprise à 100 % n'était pas possible en raison du diagnostic. Dans une activité adaptée, la capacité de travail était de 100 % .

5. Le 8 octobre 2003, la Division de réadaptation professionnelle de l'OCAI a établi un rapport aux termes duquel l'assurée était prête à faire une formation afin de pouvoir exercer une activité qui aurait mieux convenu à ses limitations. C'est surtout en raison de son âge et de son niveau d'études qu'elle craignait de se heurter à des difficultés pour retrouver une nouvelle activité. Elle a préféré abandonner l'idée de commencer une formation incertaine sur le plan d'un engagement à 100 % et conserver son emploi actuel à 50 %. Une évaluation théorique de l'invalidité a été proposée.

6. Par décision du 9 octobre 2004, l'OCAI a refusé à l'intéressée l'octroi de mesures professionnelles, au motif qu'elle pourrait reprendre une activité dans l'industrie légère ne nécessitant aucune formation préalable. Cette décision n'a pas été contestée par l'intéressée.

7. Par décision du 16 mars 2004, l'OCAI a accordé à l'intéressée un quart de rente depuis le 1er avril 2004, pour un degré d'invalidité de 47 %. Le rétroactif pour la période du 1er avril 2003 au 31 mars 2004 a fait l'objet d'une décision séparée. L'OCAI a considéré que l'intéressée présentait une capacité de travail résiduelle de 100 % dans une activité légère et pourrait réaliser un gain de 37'408 fr., compte

tenu d'une réduction de 20 %. Comparé au gain réalisé avant l'invalidité de 71'079 fr., le degré d'invalidité était de 47,40 %.

8. Représentée par Me Philippe DUCOR, l'intéressée a formé opposition en date du 28 avril 2004, faisant valoir qu'il ne lui est pas possible de travailler à 100 %, quelque soit le secteur d'activité, ainsi que la Dresse A_____ l'attestait dans son certificat médical du 7 avril 2004. Elle conteste également le revenu sans invalidité retenu par l'OCAI, alléguant qu'au moment de l'octroi de la rente en 2003, il s'élevait à 73'861 fr. 15. Pour le surplus, elle soutient qu'elle exploite pleinement sa capacité de travail résiduelle et que le revenu qu'elle réalise constitue en conséquence le revenu déterminant et son degré d'invalidité s'élève à 50 %.

9. Le 5 juillet 2004, l'OCAI a rejeté l'opposition de l'intéressée.

10. Par l'intermédiaire de son conseil, l'intéressée a interjeté recours en date du 27 août 2004. Elle allègue qu'elle a déployé des efforts significatifs pour retrouver un emploi moins lourd à 100 % et qu'elle a effectué un stage aux HUG lors duquel plusieurs emplois ont été tentés, sans succès. Elle conteste le salaire sans invalidité retenu par l'OCAI, car selon son décompte de salaire annuel 2003, ce dernier s'élevait à 73'861 fr. 15. Elle se réfère à l'avis du médecin-conseil des HUG selon lequel elle ne pouvait plus assumer un cahier des charges d'agente de propreté-hygiène, même à temps partiel, sans mettre gravement en danger sa santé. Elle conteste pouvoir exercer une activité lucrative à 100 %. Enfin, elle considère qu'il n'y a aucune raison de remplacer le gain d'invalide qu'elle réalise effectivement par un revenu hypothétique.

11. Dans sa réponse du 23 septembre 2004, l'OCAI relève que même en tenant compte d'en revenu sans invalidité de 73'861 fr., le degré d'invalidité serait de 49 %, insuffisant pour ouvrir droit à une demi-rente d'invalidité. Il importe peu par ailleurs qu'aucun poste de travail adapté à son état de santé n'ait pu lui être proposé par son employeur, car il convient de tenir compte de l'ensemble des places de travail offertes sur un marché du travail équilibré. L'OCAI conclut au rejet du recours.

12. Invitée à se déterminer, la recourante conteste le point de vue de l'OCAI selon lequel elle serait apte à travailler à 100 %. Elle considère qu'il est irréaliste d'exiger d'elle qu'elle se recycle à plein temps dans une autre branche et hors de l'institution pour laquelle elle a travaillé pendant 21 ans.

13. Chacune des parties a persisté dans ses conclusions.

EN DROIT

1. 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, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 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) qui sont relatives à la loi sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 - LAI.

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

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). En l'occurrence, la recourante conclut à l'octroi d'une demi-rente d'invalidité dès le 1er avril 2003 : les nouvelles dispositions légales seront en conséquence déterminantes (ATF 130 V 433 consid. 1). Quant à la procédure, 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).

   Interjeté dans les forme et le délai légaux, le recours est à cet égard recevable (art. 56 et 60 LPGA).

4. Selon l'art. 4 al. 1 LAI, l'invalidité (art. 8 LPGA) peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident. A teneur de l'art. 8 al. 1 LPGA, est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée. Elle est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération.

L'atteinte à la santé n'est donc pas à elle seule déterminante et ne sera prise en considération que dans la mesure où elle entraîne une incapacité de travail ayant des effets sur la capacité de gain de l'assuré (Meyer-Blaser, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, Zurich 1997, p. 8).

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. 28 al. 1 LAI (teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003), l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 66 2/3 % au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50 % au moins, ou à un quart de rente s'il est invalide à 40 % au moins ; dans les cas pénibles, l'assuré peut, d'après l'art. 28 al. 1bis LAI, prétendre une demi-rente s'il est invalide à 40 % au moins.

5. Pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché équilibré du travail (art. 16 LPGA).

   Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu recours) a besoin de documents que le médecin, éventuellement aussi d'autres spécialistes, doivent lui fournir. 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 158 consid. 1).

   En l'espèce, il résulte du rapport établi le 24 septembre 2002 par la Dresse A_____, que la recourante présente une hernie discale L5-S1, des lombosciatalgies droites chroniques et une épicondylite chronique droite depuis mais 2002. Elle était alors en incapacité totale de travail depuis le 9 avril 2002. Dans l'annexe au rapport médical, la Dresse A_____ a indiqué que dans une activité évitant les mouvements répétitifs et le port de charges, la capacité de travail était de 100 %. Suite à une amélioration de son état de santé, la recourante a repris son activité d'agente de propreté et hygiène aux HUG, à 50 % dès le 3 mars 2003. Le 16 juillet 2003, la Dresse A_____ mentionne que l'état de santé est resté stationnaire, que la recourante a repris son activité à 50 %, avec suppression du

travail pénible et du port de charges. Une reprise à 100 % n'est pas possible en raison du diagnostic.

La Division de la réadaptation professionnelle de l'OCAI a relevé, dans son rapport du 8 octobre 2003, que la recourante aurait été prête à envisager une formation afin de pouvoir exercer une profession qui aurait mieux tenu compte de ses limitations. En effet, le travail qu'elle occupe depuis plus de 20 ans est parfois un peu dur pour elle, mais a il pu être aménagé quelque peu en fonction de son handicap et elle s'occupe plus de tâches administratives que par le passé. En raison de son âge et de son niveau d'études, elle craignait de prendre de gros risques si jamais elle abandonnait son mi-temps actuel. Elle a préféré abandonner l'idée de commencer une formation incertaine sur le plan d'un engagement à 100 % et conserver son emploi actuel. L'intimé a ainsi procédé à une évaluation théorique de l'invalidité.

6. La recourante conteste pouvoir exercer une activité lucrative à 100 %, dans quelque activité que ce soit. Elle se fonde sur le rapport du 14 mai 2002 établi par le Dr Jean-Jacques WINKELMANN à l'attention de la Division des ressources humaines des HUG, aux termes duquel son état de santé contre-indique formellement toute reprise de travail à son poste actuel, même à temps partiel.

   Le Tribunal de céans constate en premier lieu que ce rapport a été établi peu après l'incapacité de travail préconisée par la Dresse A_____. Toutefois, cette appréciation est antérieure à la reprise de travail de la recourante en mars 2003, dans la même activité, moyennant adaptation des tâches. Au surplus, le Dr WINKELMANN ne se prononce pars sur la capacité de travail résiduelle dans une activité adaptée à l'état de santé. Il ne saurait en conséquence avoir valeur probante à cet égard.

   Il y a lieu de relever que de l'avis même de la Dresse A_____, une activité adaptée, qui tienne compte des limitations, est possible, à 100 %. Aucun élément du dossier ne permet de s'écarter de cette appréciation.

7. Reste à examiner le degré d'invalidité que présente la recourante, en procédant à la comparaison des gains, étant rappelé que le moment déterminant est celui de l'ouverture du droit à la rente, soit l'année 2003 (ATF 129 V 122 ; 128 V 174).

   Concernant le revenu avant invalidité, il y a lieu de retenir le montant de 73'861 fr. en 2003 (indemnités de service nuit et week-end compris), selon le certificat de salaire 2003 produit par la recourante.

   S'agissant du revenu d'invalide, l'intimé s'est fondé sur les tableaux de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) 2000, tableau TA1, actualisé à 2003, dans une activité simple et répétitive (niveau 4) et a retenu qu'en 2003, la recourante aurait pu obtenir une salaire annuel de 46'760 fr. pour 41,9 heures de travail par

semaine. L'OCAI a effectué encore une réduction globale de 20 %, de sorte que le revenu d'invalide s'élève à 37'408 fr.

La recourante conteste ce calcul, alléguant qu'il convient de retenir le gain qu'elle réalise effectivement, à 50 %, de sorte que son degré d'invalidité s'élève à 50 %.

Le Tribunal de céans rappelle que le revenu d'invalide se détermine sur la base du salaire que l'assurée pourrait obtenir en exerçant l'activité raisonnablement exigible, qui est en l'occurrence un emploi à plein temps dans une activité adaptée. Il importe peu que l'assurée exerce effectivement l'activité en question. Dès lors, même si la recourante travaille à 50 % dans son ancienne activité, le revenu qu'elle obtient ne peut servir de référence pour le gain d'invalide, car elle n'utilise pas pleinement sa capacité de travail résiduelle.

Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que l'intimé s'est fondé sur les tables ESS et qu'il a retenu un gain annuel en 2003 de 46'760fr., dans une activité de niveau 4 (activités simples et répétitives). En appliquant un taux de réduction global de 20 %, l'OCAI s'est montré plutôt généreux de sorte que le gain d'invalide retenu de 37'408 fr. ne prête pas le flanc à la critique.

Le degré d'invalidité s'établit dès lors comme suit : (73861 – 37'408) x 100 / 73861 = 49,35 %.

Force est de constater que ce degré d'invalidité est insuffisant pour ouvrir droit à une demi-rente d'invalidité.

Mal fondé, le recours doit être rejeté.

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. 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
Walid BEN AMER	Juliana BALDE

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