

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1858/2006

ATAS/251/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 4 mars 2008

En la cause

Madame G _____, domiciliée à CAROUGE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître WEHRLI Olivier

recourante

contre

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

intimé

**Siégeant : Isabelle DUBOIS , Présidente; Anne REISER et Eugen MAGYARI, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Madame G _____ (ci-après la recourante), née en 1954, est titulaire d'un certificat fédéral de capacité d'employée de commerce. Atteinte d'une leucémie, elle a subi une greffe osseuse en 1987, et a été au bénéfice d'une rente d'invalidité avant de pouvoir travailler à nouveau. En 2002, elle a été atteinte d'un cancer du sein, et est en totale incapacité de travail depuis le mois de novembre 2002, selon certificats des HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE (ci-après HUG).
2. Au mois de novembre 2003, la recourante a déposé une demande de prestations AI visant l'octroi d'une rente, auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE (ci-après OCAI).

Selon le rapport médical adressé par le département de gynécologie et d'obstétrique des HUG à l'OCAI le 18 février 2004, l'activité exercée jusqu'alors n'est plus exigible, et il y a une diminution de rendement. Une autre activité professionnelle est possible mais pas le matin, et sans travaux de force, à mi-temps au maximum, et avec une diminution de rendement en raison des problèmes de concentration.

3. Le 25 mai 2004, sur la base de ce rapport, le SERVICE MÉDICAL RÉGIONAL AI (ci-après SMR) a proposé d'admettre une capacité résiduelle de travail diminuée à 50 % dans son métier, et de prévoir une révision de la rente à cinq ans.
4. Par décision du 23 juillet 2004, l'OCAI a mis la recourante au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité, basée sur un degré d'invalidité de 50 %, dès le 18 novembre 2003.
5. En date du 11 août 2004, la recourante a fait opposition à cette décision, faisant valoir que son état de santé ne lui permet en aucun cas de travailler, car elle n'en a pas la force physique.
6. La cause a été instruite à nouveau et, dans le même temps, l'assureur perte de gain de la recourante a confié un mandat d'expertise de type COMAI à la POLYCLINIQUE MÉDICALE ET UNIVERSITAIRE de Lausanne (PMU), qui a rendu son rapport le 9 juin 2005.

Dans l'appréciation globale du cas, les experts retiennent une capacité de travail résiduelle estimée à 60 % environ, avec un rendement probablement légèrement abaissé, de l'ordre de 80 %. Par conséquent, la capacité de travail globale est de l'ordre de 50 %, depuis le mois de novembre 2003, étant précisé que l'incapacité de travail était complète du mois de novembre 2002 au mois d'octobre 2003. Un poste offrant une certaine flexibilité dans les horaires serait idéal, et une aide au placement est nécessaire vu la longue durée de l'incapacité de travail et l'âge de la recourante. Il convient de favoriser une activité l'après-midi.

7. Vu cette expertise, l'OCAI a confirmé sa décision et rejeté l'opposition par décision sur opposition du 14 avril 2006.
8. Dans son recours du 23 mai 2006, la recourante conclut à l'annulation de la décision litigieuse, et à ce qu'une rente entière lui soit octroyée dès le 18 novembre 2003, avec suite de dépens.
9. Dans sa réponse du 19 juin 2006, l'OCAI conclut au rejet du recours au motif que l'expertise pluridisciplinaire réalisée par la PMU à toute valeur probante et doit être préférée à l'avis des médecins traitants de la recourante, au vu de la jurisprudence fédérale. Le taux d'invalidité est bien de 50 %, car la limitation de la capacité de travail est de 50 % dans l'activité antérieure.
10. Par arrêt du 5 septembre 2006, le Tribunal de céans a considéré qu'il convenait de suivre les conclusions des experts de sorte qu'un taux de capacité résiduelle de travail de 50 % devait être retenu. Considérant que la recourante pouvait exercer son activité précédente à raison de 50 %, le Tribunal a retenu un taux d'invalidité correspondant au taux d'incapacité de travail, ce qui lui ouvrait le droit à une demi-rente d'invalidité depuis le mois de novembre 2003.
11. Sur recours de la recourante, le TRIBUNAL FÉDÉRAL (ci-après TF) a annulé cet arrêt et renvoyé la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle juge à nouveau au sens des considérant. Le TF a confirmé qu'il convenait de suivre les conclusions de l'expertise, mais que la capacité résiduelle de travail était de 50 % comme employée de commerce et non pas comme directrice administrative, tel que retenu en première instance. Ces activités se distinguent notamment par les ressources physiologiques et intellectuelles qu'elles requièrent. Une comparaison des gains déterminants devait donc être effectuée.
12. Le Tribunal de céans a procédé à la comparution des mandataires le 13 novembre 2007. Il a été convenu de procéder à la comparaison des revenus en tenant compte du fait qu'un poste à responsabilités, avec le revenu qui lui est lié, n'est plus possible pour la recourante et que par conséquent le salaire relatif à un poste d'employée de commerce doit être pris en considération à 50 %, sur la base des statistiques. Le mandataire de la recourante a expliqué que sa cliente était directrice administrative dans l'entreprise d'art graphique de son mari, une PME, et qu'elle s'occupait de la direction et de la supervision du secrétariat, des salaires, de la comptabilité, et ne ménageait pas ses heures. Il était évident qu'aujourd'hui elle ne trouverait plus un tel poste à 50 %. Sur quoi, un délai a été fixé aux parties au 20 décembre 2007 pour produire leurs propositions de calcul d'invalidité.
13. Par écriture du 20 décembre 2007, la recourante conclut à un degré d'invalidité de 82 %, subsidiairement de 72 %, soit ouvrant le droit à une rente entière d'invalidité. Par écriture du 11 janvier 2008, l'OCAI conclut à un degré d'invalidité de 68 %. Les calculs des parties seront repris ultérieurement en tant que de besoin.

14. Les parties se sont encore exprimées par courrier des 28 janvier 2008 et 7 février 2008, puis la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Tant la compétence du Tribunal, la recevabilité du recours et l'application au cas d'espèce de la LPGA ont déjà été traitées, il n'y a pas lieu d'y revenir.

Il en est de même de toute autre question que celle relative à la comparaison des gains, selon la méthode générale de comparaison des revenus, litigieuse ici. Il est notamment constant que la capacité résiduelle de travail de la recourante est de 50 % dans une activité d'employée de commerce, et que le droit à la rente s'ouvre au 1er novembre 2003.

Pour la période du 1er novembre au 31 décembre 2003 le droit à la rente est régi par l'art. 28 al. 1 LAI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003, qui prévoit que la rente est d'un quart si l'assuré présente une invalidité de 40 pour cent au moins, d'une demie pour une invalidité de 50 pour cent au moins, et entière dès 66 ^{2/3} % au moins d'invalidité. Dès le 1er janvier 2004, vu la nouvelle du 21 mars 2003 modifiant la LAI (4ème révision) la teneur de l'art. 28 al. 1 LAI est la suivante: «1. L'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40 % au moins. La rente est échelonnée comme suit, selon le taux d'invalidité : 40 % au moins un quart, 50 % au moins une demie, 60 % au moins trois-quarts, 70 % au moins rente entière.». Quoi qu'il en soit, les principes développés jusqu'alors par la jurisprudence en matière d'évaluation de l'invalidité conservent leur validité, que ce soit sous l'empire de la LPGA ou de la 4ème révision de la LAI (ATF 130 V 348 consid. 3.4; ATFA non publiés du 17 mai 2005, I 7/05, consid. 2, du 6 septembre 2004, I 249/04, consid. 4).

2. On rappellera que chez les assurés actifs, le degré d'invalidité doit être évalué sur la base d'une comparaison des revenus. Pour cela, 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 du travail équilibré. La comparaison des revenus s'effectue, en règle ordinaire, en chiffrant aussi exactement que possible les montants de ces deux revenus et en les confrontant l'un avec l'autre, la différence permettant de calculer le taux d'invalidité (méthode générale de comparaison des revenus; ATF 130 V 348 consid. 3.4, 128 V 30 consid. 1, 104 V 136 consid. 2a et 2b; jusqu'au 31 décembre 2002: art. 28 al. 2 LAI; du 1er janvier au 31 décembre 2003: art. 1 al. 1 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA; depuis le 1er janvier 2004: art. 28 al. 2 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA). Pour procéder à la comparaison des revenus, il convient de se placer au moment de

la naissance du droit à la rente; les revenus avec et sans invalidité doivent être déterminés par rapport à un même moment et les modifications de ces revenus susceptibles d'influencer le droit à la rente, survenues jusqu'au moment où la décision est rendue, doivent être prises en compte (ATF 129 V 223 consid. 4.1, 128 V 174).

Le revenu d'invalidé doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé, il y a lieu de se référer aux données statistiques, telles qu'elles résultent des enquêtes sur la structure des salaires de l'Office fédéral de la statistique (ATF 126 V 76 consid. 3b/aa et bb). La mesure dans laquelle les salaires ressortant des statistiques doivent être réduits, dépend de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier (limitations liées au handicap, âge, années de service, nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation) et résulte d'une évaluation dans les limites du pouvoir d'appréciation. Une déduction globale maximum de 25 % sur le salaire statistique permet de tenir compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative (cf. ATF 126 V 78 consid. 5).

Le revenu de la personne valide se détermine en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce qu'elle aurait effectivement pu réaliser au moment déterminant si elle était en bonne santé (ATF 129 V 224 consid. 4.3.1 et la référence). Il doit être évalué de manière aussi concrète que possible si bien qu'il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé. En effet, la preuve de l'existence de circonstances justifiant de s'écarter du revenu effectivement réalisé est soumise à des exigences sévères, qu'il s'agisse de l'évaluation du revenu avec ou sans invalidité et de la preuve de circonstances justifiant de s'écarter du revenu effectif en faveur ou en défaveur de l'assuré (arrêt non publié W. du 23 juillet 1999 [I 200/98];)

3. Le taux d'invalidité se calcule par la formule suivante : $[RS-RI \times 100] : RS = X\%$, où RS est le revenu sans invalidité et RI le revenu avec invalidité.

Revenu avec invalidité (RI):

La recourante préconise que l'on retienne le salaire mensuel brut de 4682 fr. correspondant au TA 1, secteur 3, services en général, niveau 3, femmes, tandis que l'OCAI considère qu'il faut retenir le salaire de 5'070 fr. par mois correspondant au TA 7, autres activités commerciales et administratives, connaissances spécialisées (niveau 3). Le TA 7 est préférable, en effet, car il est plus détaillé. L'activité « autre activités commerciale et administrative » ne correspond toutefois pas assez au domaine d'activité de la recourante, car avec un certificat d'employée de commerce elle peut travailler dans le secrétariat, et il y a eu lieu de prendre le domaine d'activité « secrétariat, travaux de chancellerie », effectivement niveau 3 de

qualifications, femmes, soit un salaire mensuel de 5'417 fr. pour 2002, et 5'526 fr. selon l'ESS 2004, qui sera retenue ici vu la prise d'effet du droit à la rente au mois de novembre 2003, pour une activité de 40 heures, soit 5'760 fr. pour 41,7 heures habituelles de travail (La Vie économique 3/2006). Le salaire annuel doit ainsi être fixé à 69'120 fr. par an. Étant donné une incapacité de travail de 50 %, le revenu brut déterminant s'élève à 34'560 fr.

Il convient d'appliquer la déduction sur le salaire statistique pour tenir compte des limitations liées au handicap, de l'âge, des années de service, de la nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et du taux d'occupation. Une telle réduction ne doit pas être effectuée de manière schématique, mais doit tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier, et cela dans le but de déterminer, à partir de données statistiques, un revenu d'invalidé qui représente au mieux la mise en valeur économique exigible des activités compatibles avec la capacité de travail résiduelle de l'intéressée (ATF 126 V 80 consid. 5b/bb). En l'espèce il y a lieu de tenir compte des limitations fonctionnelles (asthénie marquée et imprévisible, travail uniquement l'après-midi), de l'âge de la recourante, et du taux d'activité de 50 %). Si une réduction de 10 % telle que préconisée par l'OCAI paraît insuffisante, une réduction de 20 % peut paraître exagérée, au contraire d'une déduction de 15 %. Le revenu d'invalidé s'établit dès lors à 29'376 fr. par an.

Revenu sans invalidité (RS):

Aucune raison, telle qu'énoncée par la jurisprudence et rappelée ci-dessus, n'existe en l'occurrence et ne justifie de s'écarter du revenu réalisé par la recourante avant l'atteinte à la santé, l'OCAI n'invoquant à cet égard aucun argument pertinent. Le revenu réalisé en 2002, 12 fois l'an, par la recourante, augmenté de l'indexation à l'évolution des salaires pour 2003, conduit à un salaire annuel brut sans invalidité de 130'878 fr., qui sera par conséquent retenu.

Ainsi, le calcul est le suivant :

$$130'878 \text{ fr.} - 29'376 \text{ fr.} = 101'498 \text{ fr.} : 130'878 \text{ fr.} = 77,55 \%$$

4. Il en résulte un droit à une rente entière depuis le 1er novembre 2003. Les décisions litigieuses seront dès lors annulées. La recourante, qui obtient gain de cause, a droit à l'octroi de dépens qui seront fixés en l'espèce à 2250 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, et annule les décisions des 23 juillet 2004 et 14 avril 2006.
3. Dit que la recourante a droit à une rente entière d'invalidité depuis le 1er novembre 2003.
4. Condamne l'OCAI au versement d'une indemnité en faveur de la recourante de 2250 fr.
5. 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

Yaël BENZ

Isabelle DUBOIS

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