RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1904/2003** **ATAS/526/2004**

# ARRET

# DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

## 5ème chambre

## du 30 juin 2004

En la cause

| | |
|---|---|
| **Madame G_____**, comparant par Maître Catherine GAVIN en l'étude de laquelle elle élit domicile. | recourante |

contre

| | |
|---|---|
| **OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE**, rue de Lyon 97, case postale 425, 1211 GENEVE 3 | intimé |

**Siégeant : Madame Maya CRAMER, Président, Mesdames Karine STECK et Isabelle DUBOIS, juges.**

## EN FAIT

1. Madame G_____, née le octobre 1954 et mère d'un enfant né en 1979, est arrivée en Suisse en 1988. Elle a travaillé dès 1992 en tant que concierge, d'abord à 50% et dès février 1995 avec un taux d'occupation à 75%.

2. Depuis 1996, sans cause apparente, des douleurs de type polyarticulaire diffuses sont apparues qui ont conduit l'assurée à un arrêt de travail à 100% dès le 26 octobre 1998. Elle a pu reprendre son activité à 50% du 8 mars au 5 avril 1999 et a bénéficié des indemnités de chômage du 1er août 1999 au 23 janvier 2000. A partir de cette date, elle a définitivement arrêté de travailler.

3. Le 31 mai 2000, elle a formé une demande de prestation d'assurance-invalidité en vue de l'obtention d'une rente.

4. Selon l'avis du 8 mai 2002 du médecin-conseil de l'Office cantonal de l'emploi, le Docteur A_____, l'assurée présente une incapacité totale et définitive pour n'importe quelle activité dès le 24 janvier 2000.

5. Dans son rapport du 26 juillet 2000 à l'attention de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : OCAI), le Docteur B_____, médecin-traitant de l'assurée, a confirmé cette incapacité de travail. Il a diagnostiqué une fibromyalgie, une dépression nerveuse et une gastrite à helicobactéries. Selon ce médecin, l'assurée souffrait de douleurs polyarticulaires diffuses dans les poignets, les mains, les épaules, la nuque, le dos dans son ensemble et surtout la région lombaire, les membres inférieurs, les hanches et les genoux. Il a qualifié sa dépression d'endogène, tout en précisant que la vie familiale de sa patiente semblait être harmonieuse. Elle présentait également des troubles du sommeil et parfois des céphalées.

6. Selon le rapport reçu par l'OCAI le 27 septembre 2001 du Docteur C_____, psychiatre de l'assurée qui la suivait une fois tous les 10 à 15 jours, celle-ci est atteinte, selon la classification des maladies psychiatriques DSM III, d'un trouble de l'adaptation avec humeur dépressive et anxieuse (309.28), d'un trouble dysthymique de façon chronique (300.40) et d'une somatisation (700.81). Il a également diagnostiqué un trouble mixte de la personnalité dépendante et passive-agressive. Au premier plan étaient des douleurs généralisées avec blocage, humeur dépressive, perte des intérêts et des envies, une fatigue importante et une anxiété. Des particularités comportementales de nature sociale, culturelle ou familiale influençaient grandement sa maladie. Les troubles psychiques étaient par ailleurs réactionnels à un travail de concierge pénible, harassant et accompagné de conflits avec les locataires, ainsi qu'à l'émigration non désirée et douloureuse, à l'éloignement de sa patrie et de ses parents. Toutefois, l'incapacité de travail n'apparaissait pas due à des raisons socio-économiques. Il a indiqué comme activité

adaptée un travail de bureau léger, tout en admettant que cela n'était pas possible au vu des compétences de sa patiente. Sur le plan psychiatrique, les diagnostics impliquaient une incapacité de travail à 50%. Le Docteur C_____ a cependant fait remarquer que « notre symptôme AI ouvrant une perspective d'une rente jusqu'à 65 ans, il semblerait que cette opportunité soit rapidement investie comme « La Solution » dès qu'apparaissent certaines difficultés accompagnées d'une souffrance psychologique et /ou somatique ».

7. Dans son rapport du 24 septembre 2001, le Docteur C_____ a confirmé ses diagnostics, tout en précisant que la psychothérapie et le traitement médicamenteux anti-dépresseurs n'avaient eu jusqu'alors aucun succès, dès lors que les plaintes subjectives, à savoir les douleurs musculaires, les céphalées et les troubles digestifs sont restés exactement les mêmes. Une légère amélioration a toutefois pu être constatée sur le plan de l'humeur. La patiente était restée comme « enlisée » dans ses troubles somatiques et une dépression chronique d'intensité moyenne. Il était impossible de mobiliser des forces pour essayer de s'en sortir. Enfin, ce médecin a confirmé l'incapacité de travail de 50%.

8. Le 16 novembre 2001, le Docteur D_____, rhumatologue et médecin-traitant, a communiqué à l'OCAI que sa patiente souffrait d'une fibromyalgie et d'un état dépressif. Il ne l'avait toutefois vue qu'une seule fois à son cabinet. Sa capacité de travail était de 0% en tant que concierge et de 50% dans son ménage. Même dans une activité adaptée, l'incapacité était totale, dès lors qu'elle devait se coucher une heure le matin et une à deux heures dans l'après-midi. Elle souffrait de douleurs absolument partout. Cependant, le status rhumatologique était normal, excepté les points douloureux.

9. Dans son rapport médical concernant les capacités professionnelles de la même date, le Docteur D_____ a confirmé le rapport susmentionné, tout en précisant que sa patiente ne pouvait rester assise ou debout respectivement une heure par jour et ne pouvait garder la même position du corps pendant longtemps. Son périmètre de marche était d'au maximum un kilomètre.

10. Le 1er mars 2002, le Docteur C_____ a répondu aux questions du Service Médical Régional Léman (ci-après : SMR). Selon ce médecin, sur un plan uniquement psychiatrique, les limitations fonctionnelles étaient très minimes. A la question de savoir si sa patiente présentait une maladie psychiatrique invalidante, il a répondu que les diagnostics psychiatriques retenus n'impliquaient pas une invalidité à 100%. Quant au trouble de l'adaptation, ce médecin a déclaré qu'il était difficile de savoir si la capacité de travail de l'assurée aurait été entière, si elle habitait toujours au Portugal. Le SMR a également posé la question du degré de capacité de travail sur un plan psychiatrique dans une activité de concierge. En réponse, le Docteur C_____ a indiqué que cela dépendait si la fibromyalgie était considérée comme une maladie psychiatrique. Il évaluait la capacité de travail

à 50% dans la profession de concierge, tout en n'excluant pas que la capacité de travail puisse être de 100% dans une activité adaptée, à savoir un travail léger, sans efforts physiques, sans stress et sans trop d'exigences de rentabilité. Enfin, il réservait son pronostic.

11. Le 14 juin 2002, le Docteur C_____ a répondu à d'autres questions complémentaires de l'OCAI. Les limitations fonctionnelles sur un plan psychiatrique étaient minimes et dues à un manque d'énergie et de motivation consécutive à la tonalité dépressive et à la passivité de l'intéressée. Elle ne souffrait par ailleurs pas d'une maladie psychiatrique invalidante. Sa capacité de travail était de 50% en tant que concierge, ainsi que de 100% dans son ménage. Quant à savoir si l'atteinte psychique diminuait la capacité de travail en tant que nettoyeuse, ce médecin a indiqué que la passivité, l'enlisement et le refuge dans les plaintes somatiques diminuaient probablement cette capacité.

12. A la demande de l'OCAI, l'assurée a été examinée par le Docteur E_____, spécialiste en rhumatologie et médecine interne. Ce médecin a posé, dans son rapport d'expertise du 17 mars 2003, les diagnostics de trouble somatoforme douloureux sous la forme d'une fibromyalgie, d'obésité, d'hypertension artérielle et séquelles de la maladie de Scheuermann. L'expertisée souffrait de douleurs chroniques, fluctuantes et mal systématisées de sa musculature et de son squelette intéressant tant l'hémicorps supérieur qu'inférieur, droit et gauche, se situant principalement dans la nuque et la colonne lombaire inférieure. Les différentes mesures thérapeutiques n'avaient apporté aucune amélioration de ses symptômes, lesquels fluctuaient en fonction des efforts fournis durant la journée. Un examen rhumatologique n'a pas permis de mettre en évidence une atteinte ostéo-articulaire inflammatoire ou un trouble neurologique. La mobilité tant cervicale et lombaire était conservée. Il a par ailleurs constaté la présence de 14 sur 18 points douloureux caractéristiques à la pression des muscles et de leurs insertions, dans le contexte d'une fibromyalgie. L'assurée présentait un trouble dégénératif de la charnière lombo-sacrée sous la forme d'une diminution de l'espace inter-somatique L5-S1 et une spondylarthrose postérieure discrète à modérée. Ni le bilan radiologique, ni le status ne permettait d'expliquer l'intensité des symptômes et le retentissement qu'ils impliquaient dans son quotidien. Malgré la présence de 14 points douloureux caractéristiques de la fibromyalgie, l'expert a posé plutôt le diagnostic de troubles somatoformes persistants, en raison de la présence de traits dépressifs (asthénie, fatigue, troubles du sommeil) et au status de divers signes de non-organicité de la douleur selon WADDELL avec la présence de points de contrôles positifs. Du point de vue rhumatologique seul, la capacité de travail de l'expertisée dans son activité professionnelle de concierge était de 75% et dans une activité légère, épargnant les travaux lourds, les mouvements répétitifs du rachis en porte-à-faux en position assise ou debout, elle était entière. Il n'existait aucun traitement susceptible de guérir une fibromyalgie ou un trouble somatoforme douloureux de manière durable. Une reconversion professionnelle semblait être vouée à l'échec, vu l'âge, les

qualifications professionnelles et l'intensité de la symptomatologie douloureuse de l'assurée.

13. Dans son rapport du 15 avril 2003, le SMR a retenu que l'assurée présentait une capacité de travail de 75% dans son activité habituelle de concierge et de 100% dans une activité adaptée. Le SMR a admis qu'elle devait éviter des mouvements répétitifs en porte-à-faux du rachis, les travaux lourds et le port de charges supérieures à 15 kg, ainsi qu'elle devait alterner les positions assise et debout. Ce faisant, il s'est fondé sur l'expertise médicale du Docteur E_____, ainsi que la déclaration du Docteur C_____, selon laquelle l'assurée ne souffrait pas d'une maladie psychiatrique invalidante et les limitations fonctionnelles, sur le plan psychiatrique, étaient minimes. Le SMR a en outre estimé que cette dernière n'était pas atteinte d'un trouble morbide de la personnalité ni perturbé dans son environnement psychosocial. L'incapacité de travail alléguée de l'assurée devait par conséquent être expliquée par des facteurs externes dont l'assurance-invalidité n'avait pas à répondre.

14. Par décision du 28 mai 2003, l'OCAI a refusé l'octroi d'une rente d'invalidité à l'assurée en se fondant sur les renseignements fournis par le Docteur C_____ et l'expertise du Docteur E_____, tout en se basant sur l'exercice d'une activité lucrative à 75%, si l'assurée n'était pas atteinte dans sa santé.

15. Par l'intermédiaire de son conseil, l'assurée a formé opposition contre cette décision en concluant à l'annulation de celle-ci et à l'octroi d'une rente d'invalidité entière. Elle a relevé que l'activité de concierge, pour laquelle le Docteur E_____ l'a estimée capable de travailler à 75%, était en totale contradiction avec les limitations dont l'expert a fait état, à savoir l'interdiction de travaux lourds, de mouvements répétitifs du rachis en porte-à-faux et l'alternance de position assise et debout. En effet, en tant que concierge, il fallait constamment porter des poubelles, nettoyer en se pliant en deux et balayer de nombreux étages, ce qui constituait des mouvements répétitifs du rachis en porte-à-faux. L'alternance de la position assise ou debout était impossible. Par conséquent, il y avait lieu de s'écarter de la conclusion du Docteur E_____ en ce qui concernait le degré de capacité de travail. Les médecins étaient par ailleurs unanimes de considérer que l'assurée souffrait du dos et ne pouvait effectuer des mouvements répétitifs, ni se tenir debout ou assise longtemps, ni porter de lourdes charges. L'incapacité de travail était en outre totale selon les Docteurs A_____ et B_____.

16. Par décision sur opposition du 4 septembre 2003, l'OCAI a rejeté l'opposition, en relevant que le Docteur C_____ a confirmé à plusieurs reprises que l'assurée n'était pas atteinte d'une maladie psychiatrique invalidante et en se référant à l'appréciation médicale du Docteur E_____ qui avait procédé à une étude détaillée du cas.

17. Par acte du 6 octobre 2003, l'assurée, représentée par son conseil, interjette recours contre cette décision sur opposition en concluant préalablement à ce qu'une expertise psychiatrique ou tout autre complément d'instruction soit ordonné et, cela fait, à l'octroi d'une rente d'invalidité entière. A l'appui de son recours, elle fait essentiellement valoir que, s'agissant d'un diagnostic de trouble somatoforme douloureux persistant ou d'une fibromyalgie, l'OCAI avait l'obligation d'ordonner une expertise psychiatrique, dès lors que par définition les examens habituels et les examens radiologiques étaient normaux pour de tels troubles.

18. Dans sa détermination du 13 octobre 2003, l'OCAI conclut au rejet du recours.

19. Le 24 octobre 2003, la recourante a adressé au Tribunal de céans copie de la lettre du 21 octobre 2003 du Docteur B_____, dans laquelle ce médecin a déclaré qu'à son avis sa patiente avait développé un état dépressif réactionnel à son état physique et qu'elle continuait à prendre des anti-dépresseurs. Il la trouvait nettement diminuée physiquement et psychiquement depuis les trois dernières années. Il estimait également nécessaire qu'une expertise soit ordonnée.

20. Le 10 décembre 2003, l'OCAI a fait observer que les commentaires du Docteur B_____ n'apportaient rien de nouveau, d'autant plus que ce médecin s'exprimait dans le domaine de la psychiatrie qui ne relevait pas de sa spécialité. Il a également rappelé que la recourante avait fait l'objet d'une expertise médicale rhumatologique, à laquelle il fallait accorder une pleine valeur probante. Aussi, l'OCAI s'est opposé à une expertise complémentaire et a persisté dans ses conclusions.

21. Le 26 mars 2004, la recourante, représentée par son conseil, a adressé au Tribunal de céans copie du courrier du 22 mars 2004 de la Doctoresse F_____, par lequel celle-ci confirme qu'elle suit la recourante depuis le 15 juillet 2003 pour un épisode dépressif moyen avec syndrome somatique. Cette dernière présentait un abaissement d'humeur, une réduction de l'énergie, une diminution de l'intérêt et du plaisir, une fatigabilité et des troubles du sommeil. Malgré le traitement médicamenteux anti-dépressif instauré et les entretiens de psychothérapie de soutien, son état demeurait stationnaire. Ce médecin a attesté une incapacité de travail à 50% pour des raisons psychiatriques.

22. Le 14 avril 2004, la Doctoresse G_____ du SMR s'est déterminée sur l'appréciation médicale de la Doctoresse F_____. Elle a estimé que cet avis médical n'apportait aucune preuve que la recourante présentait une maladie psychiatrique invalidante, de sorte qu'elle ne pouvait s'écarter de ses précédentes conclusions.

    Se fondant sur le rapport du SMR, l'OCAI a persisté le 23 avril 2004 dans ses conclusions.

## 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 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 -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. Interjeté selon les délai et forme prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 al. 1 et 57 ss de la loi fédérale sur la partie générale du Docteuroit des assurances sociales du 6 octobre 2000 - LPGA, par renvoi de l'art. 1 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 - LAI).

3. a) Pour une invalidité de 40% au moins, l'assuré a droit à un quart de rente, pour une invalidité de 50% au moins à une demi-rente et pour une invalidité de 66 2/3 % au moins à une rente entière, aux termes de l'art. 28 al. 1 LAI, dans sa teneur valable jusqu'au 31 décembre 2003.

b) Selon l'art. 8 al. 1 LPGA, une personne est réputée invalide, si elle présente une incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée. Conformément à l'art. 7 LPGA est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur le

marché du travail équilibré qui entre en considération, si cette diminution résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles.

4. a) Pour l'évaluation du taux d'invalidité, il convient de comparer le revenu que l'assurée aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide 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 (art. 16 LPGA).

   Selon les art. 8 al. 2 LPGA et 27 al. 1 du règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RAI), pour évaluer l'invalidité d'une personne assurée n'exercant pas d'activité lucrative, il convient d'établir dans quelle mesure elle est empêchée d'accomplir ses travaux habituels. Par travaux habituels des assurés travaillant dans le ménage, il faut entendre l'activité usuelle dans le ménage et l'éducation des enfants (art. 27 al. 2 RAI).

   L'art. 27bis RAI dispose que l'invalidité d'un assuré n'exerçant que partiellement une activité lucrative est, pour cette part, évaluée selon l'art. 16 LPGA. Pour les travaux habituels, l'invalidité est fixée en application de l'art. 27 RAI. Dans ce cas, il convient de déterminer la part respective de l'activité lucrative et celle de l'accomplissement des autres travaux habituels et de calculer le degré d'invalidité d'après le handicap dont l'assuré est affecté dans les deux activités en cause (méthode mixte d'évaluation de l'invalidité).

   b) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances est déterminant pour la comparaison des salaires le moment de la naissance du droit éventuel à la rente. Toutefois, si les conditions salariales se sont modifiées de façon considérable dans le laps de temps qui a suivi, il convient de procéder à une comparaison de salaire supplémentaire, sur la base des nouvelles données (ATF 128 V 174 ; ATF non publié du 9 août 2002, consid. 3.1, I 26/02 et du 18 octobre 2002, consid. 3.1., I 761/01).

   c) Le revenu sans invalidité se détermine en principe sur la base du dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé, en tenant compte de l'évolution des salaires intervenus jusqu'au moment de la naissance du droit à la rente. Pour chiffrer le revenu d'invalide, il y lieu de se référer, selon la jurisprudence, à ce qu'on appelle les tableaux de salaires des statistiques. Cette possibilité est retenue en particulier lorsque l'assuré n'a repris, après la survenance de l'atteinte à la santé, aucune activité lucrative pouvant être raisonnablement attendue de lui (ATF 126 V 76 consid. 3b/aa et bb). Est alors déterminante la valeur centrale de la statistique des salaires bruts standardisés (ATF 124 V 323 consid. 3b/bb ; VSI 1999, p. 182). Le montant obtenu sera le cas échéant encore réduit en fonction des empêchements propres à la personne de l'invalide, par exemple certaines limitations liées au handicap, à l'âge, à la nationalité, à la catégorie de permis de séjour ou au taux

d'occupation. Il n'y a toutefois pas lieu d'opérer des déductions distinctes pour chacun des facteurs entrant en considération, mais il convient plutôt de procéder à une évaluation globale des effets de ces facteurs sur le revenu d'invalide, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas concret. La jurisprudence n'admet pas de déduction globale supérieure à 25% (ATF 126 V 78 consid. 5).

5. En vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (ci-après : TFA), lorsque des expertises ordonnées au stade de la procédure administrative 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).

   En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant c'est que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description du contexte médical soient claires et que les conclusions du médecin soient bien motivées (ATF 125 V 352 consid. 3a, ATF 122 V 160 consid. 1c et les références).

6. a) Les atteintes à la santé psychique susceptibles de provoquer une invalidité au sens de la loi comprennent, en plus des maladies mentales proprement dites, les anomalies psychiques qui équivalent à des maladies. Ne peuvent cependant être prises en considération les diminutions de la capacité de gain que l'assuré pourrait empêcher en faisant preuve de bonne volonté, ce qu'il convient de déterminer aussi objectivement que possible. Ainsi, il y a lieu d'établir si et dans quelle mesure un assuré peut, en dépit de son infirmité mentale, exercer une activité sur un marché équilibré du travail, compte tenu de ses aptitudes. Il convient dès lors d'examiner si la mise à profit de la capacité de travail peut encore être raisonnablement exigée de l'assuré et/ou si elle serait insupportable pour la société, indépendamment du fait que l'assuré exerce une activité lucrative insuffisante (ATF 102 V 165 ; VSI 2001, p.224 consid. 2 b). Les facteurs psychosociaux et 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 aLAI, (ATF 127 V 294). Il est nécessaire de mettre en évidence dans chaque cas un substrat médical pertinent, entravant la capacité de travail et de gain de manière importante.

   b) S'agissant d'une dysthymie, soit une affection psychique correspondant au trouble F34.1 de la 10ème révision de la classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexe (CIM-10), le TFA a jugé qu'une telle atteinte ne présentait pas un degré de gravité suffisant pour justifier une incapacité de travail (ATFA non publié du 2 mai 2002, I 354/2001 au 2 mai 2002).

c) Les troubles somatoformes douloureux entrent dans la catégorie des affections psychiques. Par ailleurs, le TFA a assimilé implicitement la fibromyalgie à de tels troubles dans plusieurs arrêts, même si cette question n'a jamais été véritablement discutée (ATF non publié I 776/02 du 14 novembre 2003 et I 229/01 du 9 octobre 2001).

Pour l'évaluation de l'incapacité de travail résultant de troubles somatoformes douloureux ou d'une fibromyalgie, une expertise psychiatrique est en principe nécessaire, expertise qui doit répondre aux critères établis par le TFA (VSI 2000 p. 154 ss). L'expert doit poser, sur le plan psychiatrique, un diagnostic dans le cadre d'une classification reconnue et se prononcer sur le degré de gravité de l'affection, ainsi qu'évaluer le caractère exigible de la reprise par l'assurée d'une activité lucrative. Dans son pronostic, il devra tenir compte d'une structure de la personnalité présentant des traits prémorbides, d'une comorbidité psychiatrique, des affections corporelles chroniques, d'une perte d'intégration sociale, d'un éventuel profit tiré de la maladie, du caractère chronique de celle-ci sans rémission durable, d'une durée de plusieurs années de la maladie avec des symptômes stables ou en évolution et de l'échec de traitements conformes aux règles de l'art. Le pronostic pour une reprise du travail est défavorable, lorsque les critères précités sont cumulés. L'expert doit également s'exprimer sur le cadre psychosocial de la personne examinée. Les critères suivants peuvent fonder un refus de rente : 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, de grandes divergences entre les informations fournies par le patient et celles ressortant de l'anamnèse, le fait que les plaintes très démonstratives laissent insensible l'expert, ainsi que l'allégation de leurs handicaps malgré un environnement psychosocial intact (VSI 2000 p.155). Récemment, le TFA a précisé par ailleurs que le caractère invalidant des troubles somatoformes douloureux ne présupposait pas une comorbidité grave et que ce critère, certes important, ne constituait qu'un critère parmi d'autres pour évaluer la situation médicale (ATF non publié I 783/01 du 8 août 2002 et I 275/01 du 6 mai 2002).

7. En l'occurrence, les parts respectives de l'activité lucrative et de l'accomplissement des travaux habituels ont été fixées à 75% et 25% par l'OCAI. Il n'y a pas lieu de revenir sur cette répartition qui n'a fait l'objet d'aucune controverse entre les parties.

8. La recourante conclut à ce qu'une expertise psychiatrique soit ordonnée, en faisant valoir que celle-ci est exigée, selon la jurisprudence en la matière, lorsque des troubles somatoformes sont diagnostiqués.

a) Il se pose toutefois en premier lieu la question de savoir si, même en admettant une incapacité de travail de la recourante dans son activité lucrative de 50%, conformément aux évaluations des Docteurs C_____ et F_____, et une

capacité totale dans le ménage, sa perte de gain est suffisante pour lui ouvrir le droit à une rente.

En suivant les Docteurs E_____ et C_____, selon lesquels la recourante pourrait travailler dans son métier de concierge, cela devrait être exclu. En effet, celle-ci ne subirait alors, à un degré d'occupation de 50%, qu'une perte de gain de 33,3%, dans la mesure où elle ne travaillait qu'à 75%.

Toutefois, à raison la recourante relève que le travail de nettoyage dont est constituée la majeure partie de l'activité d'une concierge paraît peu compatible avec les limitations relevés par l'expert. En effet, un tel travail ne permet pas l'alternance des position assise et debout. En outre, il implique de porter des charges lourdes et des mouvements répétitifs du rachis en porte-à-faux. Il ne semble dès lors pas réaliste de considérer une telle activité adaptée à l'état de santé de la recourante, ne serait-ce qu'à 75%. Toutefois, une activité légère pourrait tout à fait être exercée.

Or, dans un tel travail, il n'est pas exclu que la recourante subirait une perte de gain supérieure à 40%, sur la base des salaires statistiques auxquels peuvent prétendre les femmes effectuant les activités simples et répétitives dans le secteur privé au moment déterminant, soit en l'occurrence en 2001, année au cours de laquelle le droit éventuel à une rente est né. Ce salaire était en l'an 2000 de 43'896 fr. par an, soit après l'adaptation à l'évolution des salaires de 2000 à 2001 de 44'984 fr. en cette dernière année (cf. Enquête Suisse sur la structure des salaires 2000, ESS 2000, TA 1, p. 31, niveau de qualification 4). En raison du large éventail d'activités simples et répétitives que recouvrent les secteurs de la production et des services, il y a en effet lieu d'admettre qu'un certain nombre d'entre elles sont légères et donc adaptées aux handicaps fonctionnels de la recourante. Comme les salaires standardisés tiennent compte d'un horaire de travail de 40 heures, soit d'une durée hébdomadaire inférieure à la moyenne usuelle dans les entreprises en 2001 (41,7 heures ; La vie économique 11/2003, p. 98, tableau B9.2), ce montant doit être porté à 46'896 fr. Afin de tenir compte des limitations de la recourante, du fait qu'elle est étrangère et de son âge, il se justifie de procéder à une réduction de 15% de ce salaire de référence, lequel s'élève dès lors à 39'861 fr. Pour une activité lucrative à 50%, il y a donc lieu de se fonder sur un revenu annuel d'invalide de 19'931 fr.

Le salaire annuel de concierge était en 1999 de 33'588 fr. En tenant compte de l'évolution des salaires de 1999 à 2001, il convient de prendre en considération à titre de salaire sans handicap le montant de 34'814 fr.

De la comparaison avec le salaire avec handicap, il résulte ainsi une perte de gain de 42,75%.

Quant à la capacité de travail dans le ménage, qui représente 25% du taux d'occupation, le Docteur E_____ ne s'y est pas prononcé. Selon le Docteur

C_____, elle est entière. Une diminution de celle-ci devra toutefois éventuellement être admise, au vu des limitations relevées.

b) Dans la mesure où une perte de gain ne peut d'emblée être exclue, il y a lieu d'examiner si une expertise psychiatrique est en l'espèce nécessaire pour l'estimation du caractère exigible de la reprise du travail.

L'OCAI a renoncé à une telle expertise, en se fondant sur les rapports du Docteur C_____ et notamment l'affirmation de celui-ci, selon laquelle la recourante ne présentait aucune maladie psychiatrique invalidante.

Néanmoins, il convient de relever que ce médecin a toujours considéré que la capacité de travail de sa patiente n'était que de 50% et qu'une activité lucrative n'était dès lors pas exigible à un degré supérieur. Tel est également l'avis de la nouvelle psychiatre de la recourante. Par ailleurs, en dépit de son affirmation précitée, le Docteur C_____ a posé le diagnostic de plusieurs affections psychiques correspondant au Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux (DSM-IV). Il a ainsi indiqué que la recourante souffrait, outre d'une somatisation, d'un trouble de l'adaptation avec humeur dépressive et anxieuse, correspondant au code 309.28 de la classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexe (CIM-10) et au code 43.22 DSM-IV, et d'un trouble dysthymique (code 300.40 CIM-10 et code 34.1 DSM-IV). Par ailleurs, il a diagnostiqué un trouble mixte de la personnalité dépendante et passive-agressive. Il est en outre à relever que l'expert mandaté a également fait état dans son expertise de la présence de traits dépressifs de la recourante.

Certes, les seules affections psychiques constatées ne sont pas suffisantes pour justifier une diminution de la capacité de travail. En effet, comme rappelé ci-dessus, un caractère invalidant ne peut être reconnu à une dysthymie. Cependant, il n'est pas exigé pour les troubles somatoformes douloureux que l'assuré souffre d'une affection psychique d'une importance telle qu'à elle seule elle justifie un arrêt de travail. La présence d'un trouble psychique est exigée en tant que comorbidité qui ne doit pas être nécessairement grave, selon la jurisprudence du TFA, mais constitue un des critères pour évaluer l'exigibilité de la reprise du travail. Le propre des troubles somatoformes douloureux est précisément que, sur un plan physique, les limitations fonctionnelles ne peuvent pas être objectivées et, sur le plan psychique, il n'y a pas un trouble psychique d'une gravité suffisante pour exclure toute ou partie de la capacité de travail. L'évaluation de celle-ci, en présence de ce genre de diagnostics, doit s'établir dès lors sur la base de plusieurs éléments et rend généralement nécessaire une expertise multidisciplinaire.

Cela étant, il y a lieu de considérer que les avis médicaux du Docteur C_____ ne permettent pas d'exclure d'emblée la présence d'une comorbidité psychiatrique et d'une structure de la personnalité avec des traits prémorbides pouvant conférer

au trouble somatoforme douloureux un caractère invalidant. A cela s'ajoute que d'autres critères jurisprudentiels allant dans le sens d'un pronostic défavorable pour la reprise du travail sont remplis, à savoir des affections corporelles chroniques sans rémission durable, d'une durée de plusieurs années avec des symptômes stables, la demande de soins et l'échec de traitements conformes aux règles de l'art. L'intensité de la symptomatologie douloureuse a été par ailleurs relevée à deux reprises par le Docteur E_____. Aucun des médecins consultés a douté de la sincerité des plaintes alléguées par la recourante ou a mis en évidence une divergence entre les douleurs décrites et le comportement observé. Il est toutefois vrai que la recourante ne subit pas de perte d'intégration sociale, ce qui constitue un critère pour emettre un pronostic favorable, mais qui est à lui seul insuffisant pour juger de l'exigibilité de la reprise du travail. Dans ces conditions, celle-ci devait être examinée par un expert psychiatre en fonction des critères jurisprudentiels susmentionnés et la seule évaluation par un rhumatologue ne saurait suffire.

Par conséquent, il y a lieu de renvoyer le dossier à l'intimé pour complément d'instruction, soit pour la mise en œuvre d'une expertise multidisciplinaire. Il est à relever à cet égard que le ou les experts devraient procéder également à une évaluation de la capacité de travail de la recourante dans le ménage.

9. Au vu de ce qui précède, la décision dont est recours sera annulée et la cause renvoyée à l'intimé pour instruction complémentaire dans le sens des considérants et nouvelle décision.

10. La recourante obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de 1'500 fr. lui sera octroyée à titre de dépens.

**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 recevable le recours formé par Madame G_____ contre la décision sur opposition du 4 septembre 2003 de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité.

**Au fond :**

2. L'admet partiellement.

3. Annule la décision dont est recours.

4. Renvoie la cause à l'intimé pour instruction complémentaire dans le sens des considérants et nouvelle décision.

5. Condamne l'intimé au payement d'une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens à la recourante.

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 adresser 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 | Maya CRAMER |

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