RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2192/2021 **ATAS/883/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 novembre 2023

Chambre 4

En la cause

A_____ recourante

représentée par Me Michael RUDERMANN, avocat

contre

OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITÉ DU CANTON DE GENÈVE intimé

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, présidente ; Antonio Massimo DI TULLIO et Larissa ROBINSON-MOSER, juges assesseur·e·s

EN FAIT

A. **a.** Madame A_____ (ci-après : l'assurée), née le _____ 1973, a travaillé en qualité de sage-femme pour différents employeurs entre le 1er septembre 1997 et le 30 septembre 2016, en dernier lieu à 80%. En raison de douleurs au dos, elle a cessé cette activité pour exercer celle d'assistante médicale dans un cabinet de gynécologie en octobre 2016.

B. **a.** Le 15 décembre 2016, l'assurée a déposé une demande de prestations auprès de l'office de l'assurance-invalidité du canton de Genève (ci-après : l'OAI) en raison d'atteintes au dos.

b. Dans un rapport du 11 janvier 2017, le docteur B_____, spécialiste FMH en neurochirurgie, a posé les diagnostics de lombosacralgies mécaniques, scoliose à double courbure, spondylodèse en 1986 et hernie discale L5-S1 droite opérée en 1998. Depuis environ trois ans, l'assurée souffrait d'une récidive d'une douleur lombosacrée latéralisée à droite, se manifestant uniquement lors de l'activité professionnelle de sage-femme et lorsqu'elle devait effectuer certains gestes en porte-à-faux ou en flexion. Elle avait réorienté sa carrière et accepté un poste d'assistante médicale au début du mois d'octobre 2016. Les symptômes avaient disparu dans cette activité en position assise. L'assurée avait toutefois été licenciée après 10 jours et s'était retrouvée au chômage. L'activité habituelle de sage-femme n'était plus exigible en raison des douleurs lors des activités en porte-à-faux. On pouvait toutefois s'attendre à la reprise d'une activité professionnelle en tant que secrétaire, en position uniquement assise ou debout ou alternant les positions. L'assurée pouvait monter les escaliers et ses capacités de concentration, de compréhension, d'adaptation et la résistance n'étaient pas limitées.

c. Dans un rapport établi en janvier 2017, le docteur C_____, spécialiste FMH en médecine interne, a indiqué que la capacité de travail de l'assurée était nulle dans l'activité habituelle de sage-femme et probablement de 80% dans une activité adaptée à ses limitations.

d. Sur la base des rapports précités, le service médical régional de l'OAI (ci-après : le SMR) a retenu que la capacité de travail de l'assurée était nulle dans l'activité habituelle et de 100% dans une activité adaptée dès le mois d'octobre 2016.

e. Après deux mois consacrés à la formation au métier d'assistante médicale dans un cabinet de gynécologie, l'assurée y a été engagée à 100% pour une durée indéterminée, à compter du 1er août 2017.

f. Le 4 décembre 2017, le Dr C_____ a certifié que la capacité de travail de l'assurée était de 50% dès le lendemain pour maladie.

g. Le 16 janvier 2018, l'assurée a informé l'OAI que son état de santé s'était péjoré au courant de l'année 2017 et que ses médecins estimaient qu'une activité à

50% était nécessaire pour maintenir son état de santé stable à long terme et sa capacité de travail dans une activité adaptée.

h. Par décision du 19 janvier 2018, l'OAI, retenant que l'assurée avait un statut d'active, a rejeté sa demande de prestations, car son degré d'invalidité était de 16%.

i. Le 28 février 2018, sous la plume de son conseil, l'assurée a interjeté recours auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice contre la décision du 19 janvier 2018, concluant, sous suite de frais et dépens, à l'octroi d'une rente d'invalidité et à la réalisation d'une expertise. Un degré d'invalidité de 50% devait lui être retenu, au vu de son incapacité de travail de 50%, qui était indispensable pour lui permettre de préserver sa capacité résiduelle de travail.

j. L'OAI a conclu au rejet du recours.

k. Le 18 avril 2018, l'assurée a produit un chargé complémentaire comprenant :

- un rapport du 26 mars 2018 du Dr C_____, qui indiquait que l'expérience en qualité d'assistante médicale avec deux gynécologues en pratique privée avait été très éprouvante tant physiquement que moralement pour l'assurée. Après en avoir discuté avec le Dr B_____, il avait estimé que sa capacité de travail était de 50% dès le 5 décembre 2017. La réduction du temps de travail dans une activité et une ambiance de travail difficiles avait manifestement permis une certaine amélioration de la situation, l'assurée disposant de plus de temps pour se reposer et mettre en application les stratégies rééducatives dont elle avait besoin.
- un rapport du Dr B_____ du 12 avril 2018, dont il ressort que la reprise d'une activité professionnelle à 100% et l'arrêt des activités sportives habituelles avaient conduit à une décompensation douloureuse avec des douleurs cervicales axiales, une douleur lombaire paravertébrale droite irradiant dans la cuisse latéralement et une fatigue à la marche et à la station debout prolongée. Cela confirmait l'impossibilité de l'assurée d'effectuer une activité à plus de 50%. Une charge à 100% n'était pas compatible avec la pathologie rachidienne malformative et dégénérative sévère. Elle était toutefois capable de travailler à 50% dans une activité adaptée telle que pouvait l'être d'assistante médicale, si elle respectait ses limitations fonctionnelles (pas de déplacement, ni port de charges et avec un bureau réglable en hauteur).

l. Par arrêt du 7 novembre 2018 (ATAS/1034/2018), la chambre de céans annulé la décision du 19 janvier 2018 et renvoyé la cause à l'intimé pour instruction complémentaire afin de déterminer la capacité de travail de l'assurée dans l'activité d'assistante médicale, voire dans une activité adaptée.

C. **a.** Le Dr B_____ a indiqué dans un rapport du 21 mai 2019 que l'assurée présentait des cervicalgies chroniques et des lombalgies avec irradiations dans la

cuisse latéralement à droite, mécaniques, non déficitaires, qu'elle avait réussi à compenser en prenant régulièrement du Tilur 2 x 90 mg retard et du Sirdalud 2 mg au coucher, en adaptant son activité professionnelle de bureau sans déplacement et à 50% et en poursuivant la natation, 1 km deux fois par semaine, ainsi qu'en faisant de l'aquagym. Il n'y avait pas de gestes supplémentaires à prévoir ni de traitement invasif. Du point de vue neurochirurgical, le diagnostic avec répercussion sur la capacité de travail était des rachialgies chroniques sur failed back surgery syndrome, dont l'intensité restait tolérable sous médication et avec activité professionnelle à 50%. La situation était stable depuis plusieurs années, avec une dégradation possible dans le futur. Les limitations fonctionnelles étaient une exacerbation des douleurs qui prenaient un caractère insoutenable si l'activité était augmentée ou en cas de déplacements. La capacité de travail de l'assurée dans une activité strictement adaptée aux limitations fonctionnelles et dans les conditions actuelles était de 50% depuis qu'il la connaissait, soit dès décembre 2016.

b. Dans un rapport établi le 20 août 2019, la docteure D_____, spécialiste FMH en médecine interne générale, qui avait succédé au Dr C_____, a indiqué que l'assurée était en incapacité de travail à 50% dès le 4 décembre 2017 dans tous les métiers. Elle ne pouvait pas garder la même position longtemps. Elle était vite inconfortable avec des douleurs invalidantes si elle ne pouvait pas modifier à sa convenance sa position. Elle pouvait pratiquer sa nouvelle activité professionnelle pour l'étude de son mari à long terme.

c. Le 17 septembre 2019, le SMR a considéré qu'au vu des informations médicales reçues, il avait du mal à comprendre les raisons d'une capacité de travail de seulement 50% dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles, considérant qu'il n'y avait aucun signe de sévérité de la symptomatologie douloureuse, l'assurée ayant eu la possibilité d'effectuer un safari en Afrique sans prise d'antalgiques. Il était nécessaire de demander une expertise neurochirurgicale.

d. Dans un rapport du 25 mars 2020, la doctoresse E_____, spécialiste FMH en neurochirurgie, mandatée par l'OAI pour procéder à l'expertise de l'assurée, a posé les diagnostics avec répercussion sur la capacité de travail de failed back surgery syndrome avec :

- lombago chronique irradiant au membre inférieur droit (ci-après MID) ;
- status post radiculopathie L5-D et opération d'une hernie discale L5-S1 déficitaire avec récupération complète selon l'assurée ;
- cervicalgies chroniques non déficitaires.

et conclu que l'assurée était totalement capable de travailler dans l'activité exercée en dernier lieu, soit un travail administratif en home office adapté à ses limitations fonctionnelles, avec une baisse de rendement d'une heure le matin et

d'une heure l'après-midi, sur une présence de 100%, afin de lui permettre d'aménager des pauses en fonction des douleurs.

e. Par projet de décision du 14 août 2020, l'OAI a informé l'assurée qu'elle avait droit à un quart de rente sur la base d'un degré d'invalidité de 40% dès le 1er octobre 2017.

f. Le 17 septembre, l'assurée a contesté le projet de décision de l'OAI.

g. Suite à un rapport complémentaire de l'experte, l'OAI a confirmé sa position par décision du 26 mai 2021.

D. **a.** Le 28 juin 2021, l'assurée a formé recours contre la décision précitée auprès de la chambre de céans concluant à l'annulation de la décision et à la condamnation de l'intimé à lui verser un trois quarts de rente d'invalidité.

b. Par réponse du 17 janvier 2022, l'intimé a conclu au rejet du recours, sur la base d'un avis médical du SMR du 11 janvier 2022.

c. Le 18 mai 2022, la recourante a été entendue par la chambre de céans.

d. Par ordonnance du 19 janvier 2023 (ATAS/12/2023), la chambre de céans a ordonné une expertise qu'elle a confiée au professeur F_____, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur.

e. Dans son rapport du 17 mai 2023, le Prof. F_____ a retenu les diagnostics suivants :

- dégénération des segments adjacents lombaires avec lombo-sacralgies chroniques sur status post spondylodèse D5-L2 le 6 juin 1986 pour scoliose idiopathique à double courbure prédominante au niveau thoracique D6-D12 et D12-L3 ;
- syndrome radiculaire L4-L5 D itératif sur status post cure de hernie discale L4-L5 et foraminotomie L5-S1 en 1998 ;
- sacro-iléite droite sur asymétrie de longueur des jambes de 9 mm et dégénérescence du rachis cervical avec cervicalgies chroniques depuis fin 2016, exacerbation sous forme de cervico-brachialgies droites non déficitaires depuis juin 2020 avec protrusion discale C4-C5 et hernie discale C5-C6 avec compression G plus grande que D.

Dès décembre 2016, la capacité de travail de la recourante était de 0% dans le travail de sage-femme et de 50% dans un travail adapté, par exemple en home office.

f. Le 5 juillet 2023, l'intimé, sur la base d'un avis du SMR du 4 juillet 2023, a considéré que les diagnostics retenus par l'expert étaient cohérents avec la situation de la recourante, mais que l'expert avait retenu à tort que le début de l'incapacité de travail de 50% remontait à 2016, car l'assurée avait présenté une aggravation de son état de santé depuis juin 2022.

g. La recourante a fait valoir qu'il y avait lieu de suivre les conclusions de l'expert et a conclu à l'allocation d'un trois quarts de rente d'invalidité à compter du mois de décembre 2017 et à une rente de 68.83% dès janvier 2022.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI - RS 831.20).

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

2. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA; art. 62 al. 1 de la de loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable.

3. Le litige porte sur le droit de la recourante à un trois quarts de rente d'invalidité dès décembre 2017 et à une rente de 68.83% dès janvier 2022.

4. Le 1er janvier 2022 sont entrées en vigueur les modifications de la LAI du 19 juin 2020 (développement continu de l'AI ; RO 2021 705).

En cas de changement de règles de droit, la législation applicable reste, en principe, celle en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits et le juge se fonde, en règle générale, sur l'état de fait réalisé à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 144 V 210 consid. 4.3.1 ; ATF 132 V 215 consid. 3.1.1 et les références).

En l'occurrence, la décision querellée a été rendue antérieurement au 1er janvier 2022, de sorte que les dispositions légales applicables seront citées dans leur ancienne teneur.

5.

5.1 Est réputée invalidité, l'incapacité de gain totale ou partielle présumée permanente ou de longue durée, résultant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art. 8 al. 1 LPGA et 4 al. 1 LAI). Selon 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, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (al 1). Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable (al. 2 en vigueur dès le 1er janvier 2008).

En vertu de l'art. 28 al. 2 LAI, l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins, à un trois quarts de rente s'il est invalide à 60% 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.

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 du travail équilibré (art. 16 LPGA et art. 28a al. 1 LAI).

En vertu des art. 28 al. 1 et 29 al. 1 LAI, le droit à la rente prend naissance au plus tôt à la date dès laquelle l'assuré a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGA) d'au moins 40% en moyenne pendant une année sans interruption notable et qu'au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40% au moins, mais au plus tôt à l'échéance d'une période de six mois à compter de la date à laquelle l'assuré a fait valoir son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGA. Selon l'art. 29 al. 3 LAI, la rente est versée dès le début du mois au cours duquel le droit prend naissance.

5.2 Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu un recours) a besoin de documents qu'un médecin, éventuellement 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, à ce motif, 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 256 consid. 4 et les références).

Le juge ne s'écarte pas sans motifs impératifs des conclusions d'une expertise médicale judiciaire, la tâche de l'expert étant précisément de mettre ses connaissances spéciales à la disposition de la justice afin de l'éclairer sur les aspects médicaux d'un état de fait donné. Selon la jurisprudence, peut constituer une raison de s'écarter d'une expertise judiciaire le fait que celle-ci contient des contradictions, ou qu'une surexpertise ordonnée par le tribunal en infirme les conclusions de manière convaincante. En outre, lorsque d'autres spécialistes émettent des opinions contraires aptes à mettre sérieusement en doute la pertinence des déductions de l'expert, on ne peut exclure, selon les cas, une interprétation divergente des conclusions de ce dernier par le juge ou, au besoin, une instruction complémentaire sous la forme d'une nouvelle expertise médicale (ATF 125 V 351 consid. 3b/aa et les références).

En cas de divergence d'opinion entre experts et médecins traitants, il n'est pas, de manière générale, nécessaire de mettre en œuvre une nouvelle expertise. La valeur probante des rapports médicaux des uns et des autres doit bien plutôt s'apprécier au regard des critères jurisprudentiels (ATF 125 V 351 consid. 3a) qui permettent

de leur reconnaître pleine valeur probante. A cet égard, il convient de rappeler qu'au vu de la divergence consacrée par la jurisprudence entre un mandat thérapeutique et un mandat d'expertise (ATF 124 I 170 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral I 514/06 du 25 mai 2007 consid. 2.2.1, in SVR 2008 IV Nr. 15 p. 43), on ne saurait remettre en cause une expertise ordonnée par l'administration ou le juge et procéder à de nouvelles investigations du seul fait qu'un ou plusieurs médecins traitants ont une opinion contradictoire. Il n'en va différemment que si ces médecins traitants font état d'éléments objectivement vérifiables ayant été ignorés dans le cadre de l'expertise et qui sont suffisamment pertinents pour remettre en cause les conclusions de l'expert (arrêt du Tribunal fédéral 9C_369/2008 du 5 mars 2009 consid. 2.2).

6.

6.1 Les parties ne contestent pas la valeur probante de l'expertise judiciaire dans sa globalité et il y a lieu de lui reconnaître une valeur probante.

6.2

6.2.1 L'intimé conteste toutefois la conclusion de l'expert selon laquelle son incapacité de travail de 50% remontait à décembre 2016, au motif que son état s'était aggravé en juin 2022, qu'elle avait repris une activité à 100% entre mai et décembre 2017 et que l'examen clinique relevait des éléments objectifs d'aggravation par rapport à l'expertise de 2021.

6.3 La recourante rejoint pour sa part les conclusions de l'expert, faisant valoir que son état de santé s'était déjà notamment aggravé en 2017 en raison de l'activité non adaptée qu'elle avait exercée cette année-là et non seulement depuis juin 2022.

En l'occurrence, il était établi par l'expertise que son état de santé ne lui permettait plus de travailler dans son activité habituelle de sage-femme dès décembre 2016 et que sa capacité de travail résiduelle était de 50% dès cette date.

6.4 En page 15 de son rapport, l'expert a conclu que la capacité de travail de la recourante était de 0% dans son travail de sage-femme ou dans tout autre travail sortant du cadre des limitations fonctionnelles et qu'elle était de 50% dans une activité adaptée, par exemple en home office, depuis décembre 2016. En page 17 de son rapport, l'expert, questionné sur l'évolution de la capacité travail de la recourante depuis 2016, a indiqué qu'elle avait été totalement incapable de travailler en tant que sage-femme depuis décembre 2016. Elle avait pu effectuer un travail comme assistante médicale à 100% de mai à décembre 2017, mais les trajets entre les deux sites ainsi que l'impossibilité de libérer des plages de repos et d'activités physiques adaptées régulières avaient conduit à une décompensation de sa symptomatologie motivant une incapacité de travail à 50% dès décembre 2017.

Contrairement à ce qu'a allégué l'intimé, il apparaît correct de considérer que la recourante n'était déjà pas capable de travailler à 100% de mai à décembre 2017, même si l'activité qu'elle a effectivement exercée pendant cette période était à temps plein, dès lors qu'elle ne l'a pas supportée et que cela a conduit à un arrêt de travail à 50%.

La conclusion de l'expert est notamment fondée sur un rapport du Dr B_____ du 21 mai 2019, qui retenait une capacité de travail de 50% dans une activité adaptée dès décembre 2016, soit depuis le début du suivi de la recourante.

Il faut également relever qu'en janvier 2017, le Dr C_____ a estimé à 80% la capacité de travail de la recourante dans une activité, ce qui corrobore le fait qu'en décembre 2016, elle pouvait déjà avoir une certaine capacité de travail dans une telle activité. S'agit de son pourcentage, ce rapport établi par un médecin interne et peu motivé ne remet pas sérieusement en cause les conclusions de l'expert judiciaire.

Le rapport établi le 20 août 2019 par la Dre D_____, qui estimait que l'assurée était en incapacité de travail à 50% dès le 4 décembre 2017, n'est pas déterminant, dès lors ce médecin ne suivait pas la recourante en décembre 2016 et qu'elle ne s'est pas prononcée pour le passé.

En conclusion, l'appréciation de l'expert sur le début de la capacité de travail de la recourante dans une activité adaptée est convaincante et il convient de s'en tenir à cette date.

7.

7.1

7.1.1 Selon la recourante, il convient calculer le taux d'invalidité de la façon suivante :

- gain sans invalidité : CHF 93'869.-
- gain avec invalidité : CHF 29'250.- (soit CHF 39'000.- correspondant à son salaire effectif chez son mari en 2019, 2020 et 2021 x 75%)
- différence : CHF 64'619.- = 68.83%

Il était établi qu'actuellement, elle pouvait aménager son emploi du temps à sa guise parce qu'elle travaillait pour le compte de son mari. Compte tenu des limitations fonctionnelles et de l'aménagement d'horaire nécessaire, son rendement ne correspondait donc pas à un 50%, mais plutôt à 75% d'un 50% (soit 3 heures par jour au lieu de 4, ce que la recourante proposait de prouver par l'audition de son mari. Une partie de son salaire (25%) devait être considérée comme un salaire social dont il n'y avait pas lieu de tenir compte dans le calcul du taux d'invalidité.

La recourante avait droit à un trois quarts de rente de décembre 2017 à décembre 2019, puis à une rente de 68.83% dès janvier 2022, en raison des modifications de la LAI.

7.1.2 Dans sa décision du 26 mai 2021, l'intimé a pris en compte pour fixer le taux d'invalidité comme revenu sans invalidité CHF 93'869.-, en se fondant sur le salaire qu'aurait touché la recourante en qualité de sage-femme pour la clinique générale Beaulieu en 2014, selon le questionnaire employeur, pris à 100% et valorisé à 2017, et comme revenu avec invalidité CHF 56'710.-, en tenant compte d'une baisse de rendement de 25% et du fait qu'elle travaillait actuellement à 50% pour un bureau d'avocat, sur la base des ESS 2016, TA1_tirage_skill_level (privé) pour une femme exerçant dans le domaine de travail correspondant à la ligne 69-75 (activité spécialisée, scientifiques et techniques), dans une activité de niveau 2, en raison des compétences acquises durant son parcours professionnel et dans une gamme proche du salaire perçu dans son poste actuel, soit CHF 75'335.- à plein temps en 2017, selon la note sur la détermination du degré d'invalidité du 21 juillet 2020.

7.2

7.2.1 En vertu de l'art. 28 al. 2 LAI, l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins, à un trois quarts de rente s'il est invalide à 60% 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.

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 du travail équilibré (art. 16 LPGA et art. 28a al. 1 LAI).

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 273 consid. 4a). 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 654/00 du 9 avril 2001 consid. 1).

7.2.2 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 réaliser 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 (art. 8 al. 1 et art. 16 LPGA).

7.2.3 Pour fixer le revenu sans invalidité, il faut établir ce que l'assuré aurait – au degré de la vraisemblance prépondérante – réellement pu obtenir au moment déterminant s'il n'était pas invalide (ATF 139 V 28 consid. 3.3.2 et ATF 135 V 297 consid. 5.1). Ce revenu 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 tenant compte de l'évolution des circonstances au moment de la naissance du droit à la rente et des modifications susceptibles d'influencer ce droit survenues jusqu'au moment où la décision est rendue (ATF 129 V 222 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_869/2017 du 4 mai 2018 consid. 2.2).

7.2.4 Quant au revenu d'invalide, il doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé (ATF 135 V 297 consid. 5.2). Lorsque l'assuré n'a pas repris d'activité, ou aucune activité adaptée lui permettant de mettre pleinement en valeur sa capacité de travail résiduelle, contrairement à ce qui serait raisonnablement exigible de sa part, le revenu d'invalide peut être évalué sur la base de données statistiques, telles qu'elles résultent de l'ESS (ATF 143 V 295 consid. 2.2 et la référence ; 135 V 297 consid. 5.2 et les références). Dans ce cas, il convient de se fonder, en règle générale, sur les salaires mensuels indiqués dans la table TA1 de l'ESS, à la ligne « total secteur privé » (ATF 124 V 321 consid. 3b/aa), étant précisé que, depuis l'ESS 2012, il y a lieu d'appliquer le tableau TA1_skill_ level (ATF 142 V 178). On se réfère alors à la statistique des salaires bruts standardisés, en se fondant toujours sur la médiane ou valeur centrale (ATF 126 V 75 consid. 3b/bb ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_58/2021 du 30 juin 2021 consid. 4.1.1). La valeur statistique - médiane - s'applique alors, en principe, à tous les assurés qui ne peuvent plus accomplir leur ancienne activité parce qu'elle est physiquement trop astreignante pour leur état de santé, mais qui conservent néanmoins une capacité de travail importante dans des travaux légers. Pour ces assurés, ce salaire statistique est suffisamment représentatif de ce qu'ils seraient en mesure de réaliser en tant qu'invalides dès lors qu'il recouvre un large éventail d'activités variées et non qualifiées (branche d'activités), n'impliquant pas de formation particulière, et compatibles avec des limitations fonctionnelles peu contraignantes (cf. arrêts du Tribunal fédéral 9C_603/2015 du 25 avril 2016 consid. 8.1 et 9C_242/2012 du 13 août 2012 consid. 3). Il convient de se référer à la version de l'ESS publiée au moment déterminant de la décision querellée (ATF 143 V 295 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_655/2016 du 4 août 2017 consid. 6.3).

Dans un arrêt 8C_226/2021 consid. 6.2 du 4 octobre 2021, le Tribunal fédéral a retenu, s'agissant d'une assurée ne pouvait plus exercer son activité habituelle d'aide-soignante, respectivement d'assistante en soins et santé communautaire, pour laquelle elle disposait d'une formation complète, que rien au dossier n'indiquait qu'elle aurait, durant ses années d'activité, assuré des tâches administratives ou logistiques outrepassant largement l'administration de soins.

En outre, les éventuelles compétences que l'assurée aurait acquises sur le plan administratif ne pouvaient manifestement pas remplacer une formation commerciale ou bureautique. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral avait déjà eu l'occasion de préciser, à propos d'une infirmière qui ne pouvait plus exercer son activité habituelle et ne disposait pas de compétences professionnelles transposables dans un autre domaine, qu'il convenait de se référer au niveau de compétence 1 pour déterminer le revenu d'invalide (arrêt du Tribunal fédéral 8C_226/2021 du 4 octobre 2021 consid. 3.3.2). Ses limitations fonctionnelles ne présentaient pas de contraintes majeures ou de spécificités telles qu'elles seraient incompatibles avec le large éventail d'activités légères du niveau de compétence 1 sur un marché équilibré du travail (sur cette notion, cf. arrêts 8C_240/2021 consid. 3; 9C_597/2018 du 18 janvier 2019 consid. 5.2 et les arrêts cités).

7.2.5 Selon la doctrine, l'art. 25 al. 1 let. b RAI exclut la prise en compte, à titre de revenus, des éléments de salaire dont il est prouvé que l'assuré ne peut fournir la contrepartie parce que sa capacité de travail limitée ne lui permet pas. C'est ce que l'on nomme « salaire social ». Il y a salaire social lorsque les prestations versées par l'employeur ne correspondent pas au rendement de l'assuré. Dans ce cas, ce dernier poursuit régulièrement son activité, mais il ne peut fournir, en raison de l'atteinte à la santé, qu'une prestation réduite du point de vue quantitatif ou qualitatif. Il convient alors de ne prendre en compte, à titre de revenus, que la part du salaire qui correspond à sa capacité de travail. Les montants qui dépassent cette part sont considérés comme un salaire social alors même que des cotisations en auraient été déduites. L'existence d'un salaire social doit être strictement prouvée dans la mesure où, en règle générale, il y a lieu de présumer que le salaire effectif correspond à la valeur du travail fourni. En effet, un employeur pourrait avoir intérêt à l'admission d'un salaire social pour pouvoir ensuite diminuer le salaire de l'assuré mis au bénéfice d'une rente. Pour admettre l'existence d'un salaire social, les renseignements de l'employeur doivent donc en principe concorder parfaitement avec ceux du rapport médical. S'il est démontré sans conteste que ce dernier rémunère un employé dont le rendement est infime ou nul, le droit à la rente peut, le cas échéant, naître aux conditions des art. 28 et 29 LAI. Il ne s'éteint pas si l'employeur continue de verser un salaire social après son octroi (Michel VALTERIO, Commentaire de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité des [LAI], Schulthess Editions romandes 2018 ad art. 28a n 26 p. 410sv et réf. citées).

La preuve de l'existence d'un salaire dit « social » est soumise à des exigences sévères, parce que, selon la jurisprudence, l'on doit partir du principe que les salaires payés équivalent normalement à une prestation de travail correspondante (ATF 141 V 351 consid. 4.2 ; ATF 117 V 8 consid. 2c/aa). Les informations fournies par l'employeur doivent être évaluées de manière critique, car il se peut qu'il ait un intérêt propre à faire valoir un salaire social. La jurisprudence reconnaît notamment comme indices du versement d'un salaire social une longue durée des rapports de travail ou des liens de parenté avec la personne assurée

(arrêt du Tribunal fédéral 8C_655/2021 du 27 juin 2022 consid. 6.4.3 et la référence).

Conformément à la Circulaire sur l'invalidité et l'impotence dans l'assurance-invalidité (CIIAI ; valable depuis le 1er janvier 2015, état au 1er juillet 2020), on entend par « salaire social » des prestations versées par l'employeur à l'assuré alors qu'en raison d'une capacité de travail réduite, celui-ci ne peut manifestement fournir la contrepartie correspondante du point de vue quantitatif ou qualitatif (art. 25 al. 1 let. b, RAI). Si, par exemple, une personne handicapée qui ne peut plus fournir que la moitié de sa prestation au cours d'un horaire normal ou qui ne peut travailler qu'à la demi-journée à une cadence normale, reçoit son salaire habituel correspondant à une journée de travail complète, la moitié de ce salaire sera considérée comme un salaire social (CIIAI ch. 3058). En principe, il y a lieu de présumer que le salaire obtenu correspond au travail fourni. L'expérience montre qu'il est hautement improbable qu'un employeur verse un salaire à un employé invalide pendant plusieurs années sans que ce dernier ne fournisse une prestation (équivalente ou adéquate). Etant donné qu'en principe le salaire payé correspond à la prestation fournie, l'existence d'un salaire social doit être prouvée par des éléments solides. Les preuves sont évaluées compte tenu du fait que l'employeur peut avoir un intérêt à signaler le versement d'un salaire social. Le fait qu'une personne doive, pour des raisons de santé, réduire ou ralentir quelque peu sa prestation n'est pas un motif suffisant pour reconnaître un salaire social lorsque ce changement se situe dans les limites des différences qui n'ont généralement pas d'incidences sur le poste de travail et que l'employeur accepte sans réduction de salaire (CIIAI ch. 3059). Le versement d'un salaire social procède souvent de relations de parenté, d'amitié ou d'affaires entre l'employeur et l'assuré ou sa famille, de la durée du rapport de service ou de la classification dans des classes de salaire fixe. Dans le cas d'un engagement récent ou de courte durée, il n'y a normalement aucune raison d'accorder des prestations sociales bénévoles. Les difficultés inhérentes au démarrage d'une activité, qui entraînent inévitablement – même pour les personnes non invalides – une performance temporairement moins bonne, ne sont pas un argument à l'appui de prestations sociales bénévoles (CIIAI ch. 3060). Le SMR examine si l'incapacité de travail admise médicalement est telle que l'octroi d'un « salaire social » dans la mesure indiquée se justifie (CIIAI ch. 3061).

7.3

7.3.1 En l'espèce, le taux d'invalidité de la recourante doit être fixé selon l'année de référence 2017, date à laquelle son droit à une rente a pris naissance après le délai de carence d'un an. Les parties s'accordent sur le revenu sans invalidité à prendre en compte pour fixer le taux d'invalidité, soit CHF 93'869.- en 2017.

7.3.2 En 2017, la recourante n'avait pas encore commencé à travailler pour son mari, de sorte qu'il n'y pas lieu de prendre en compte son revenu effectif dans cette activité, mais un salaire statistique sur la base de la table TA1 des ESS 2016,

le tableau TA1_skill_ level, pour une femme, en se fondant toujours sur la médiane ou valeur centrale et un niveau de compétence 1. Au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée, il n'y avait pas lieu de faire exception au principe général et de se référer à la ligne 69-75 (activité spécialisée, scientifiques et techniques, dans une activité de niveau 2 comme l'a fait l'intimé (arrêts des 8C_226/2021 du 4 octobre 2021 consid. 6.2 et 8C_226/2021 du 4 octobre 2021 consid. 3.3.2).

Le revenu avec invalidité doit ainsi être fixé à CHF 27'391.-, soit 50% de CHF 54'782.60, fixés sur la base des ESS 2016, tableau TA1_skill_ level, valeur centrale, niveau de compétence 1 (CHF 4'363.- x 12, indexés à 2017 [x 2719 /2709]) et en prenant en compte la durée normale de travail hebdomadaire (x 41.7 heures/40).

Le taux d'invalidité est ainsi de 70.81%, arrondis à 71% (CHF 93'869.- – CHF 27'391.- x 100 / CHF 93'869.-), ce qui ouvre à la recourante le droit à une rente entière d'invalidité dès le 1er décembre 2017.

7.3.3 Dès le 1er août 2018, la recourante a travaillé pour son mari et touché un revenu annuel de CHF 39'000.-. Ce salaire est plus élevé que celui établi sur la base des ESS. Il n'y a toutefois pas lieu de le qualifier de salaire social. En effet, la recourante est en mesure de fournir, certes grâce aux conditions de travail liées à son activité pour son mari, des prestations correspondant du point de vue quantitatif ou qualitatif à celle pour laquelle elle est engagée. Son rendement n'est pas infime ni nul. De plus, dans le cas d'un engagement récent ou de courte durée, il n'y a normalement aucune raison d'accorder des prestations sociales bénévoles. La recourante a d'ailleurs confirmé à la chambre de céans qu'elle arrivait à travailler à 50% pour son mari en faisant des pauses à tout le moins jusqu'à fin mars 2022. Cette date étant postérieure à la décision querellée, il n'y a pas lieu d'en tenir compte dans le cadre du présent litige.

Il convient dès lors de recalculer le taux d'invalidité dès août 2018 en tenant compte du salaire effectif de la recourante pour son mari, ce qui donne un taux d'invalidité de 58.65%, en tenant compte du revenu sans invalidité valorisé à 2018 (CHF 94317.80.- – CHF 39'000.- x 100 / CHF 93'869.-), ouvrant à la recourante le droit à une demi-rente entière d'invalidité depuis lors.

7.4 Il n'y a pas lieu d'appliquer d'office le nouveau droit et de fixer la rente à un 58%, dès lors qu'il est entré en vigueur après la décision querellée du 26 mai 2021.

En effet, selon la let. b al. 1 des dispositions transitoires de la LAI relatives à la modification du 19 juin 2020, les bénéficiaires de rente dont le droit à la rente a pris naissance avant l'entrée en vigueur de cette modification et qui, à l'entrée en vigueur de la modification, ont 30 ans révolus, mais pas encore 55 ans, conservent la quotité de la rente tant que leur taux d'invalidité ne subit pas de modification au

sens de l'art. 17 al. 1 LPGA (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C _499/2022 du 29 juin 2023 consid. 4.1).

8. Le recours est ainsi partiellement admis. La décision du 26 mai 2021 sera annulée et il sera dit que la recourante a droit une rente entière d'invalidité dès le 1er décembre 2017 et à une demi-rente dès le 1er août 2018.

Les frais de l'expertise judiciaire seront laissés à la charge de l'État, l'intimé n'ayant pas procédé à une instruction présentant des lacunes ou des insuffisances caractérisées (ATF 137 V 210 consid. 4.4.2).

La recourante obtenant gain de cause, une indemnité de CHF 4'000.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]).

Au vu du sort du recours, il y a lieu de condamner l'intimé au paiement d'un émolument de CHF 500.- (art. 69 al. 1bis LAI).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision de l'intimé du 26 mai 2021.
4. Dit que la recourante a droit à une rente entière d'invalidité dès le 1er décembre 2017, puis à une demi-rente dès le 1er août 2018.
5. Alloue à la recourante une indemnité de CHF 4'000.- à la charge de l'intimé.
6. Met un émolument de CHF 500.- à la charge de l'intimé.
7. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Isabelle CASTILLO	Catherine TAPPONNIER

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