

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3480/2008

ATAS/683/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 28 mai 2009

En la cause

Madame C_____, domiciliée à Châtelaine, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Dominique de WECK

recourante

contre

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

intimé

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Violaine LANDRY-ORSAT et Christine
LUZZATTO, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame C _____, née en 1966, a obtenu un diplôme de couturière en Tunisie. Depuis son arrivée en Suisse en 2002, elle a travaillé en tant que nettoyeuse, femme de buffet et aide ménagère. Au cours de l'année 2006, l'assurée a été atteinte d'un cancer au sein droit et parallèlement, d'une hernie discale. En outre une hépatite C a été diagnostiquée.
2. Le 17 avril 2008, l'assurée a déposé une demande de reclassement auprès de l'Office cantonal de l'assurance invalidité (ci-après : l'OCAI).
3. Interrogée par l'OCAI, l'assurée a affirmé qu'en bonne santé, elle aurait continué à exercer l'activité d'aide ménagère ou d'employée de maison à 80% afin de pouvoir continuer à s'occuper de sa fille qui souffre de problèmes de santé.
4. Le Dr L _____, spécialiste FMH en médecine générale, a indiqué dans son rapport du 15 mai 2008 à l'attention de l'OCAI que sa patiente souffre de cervico-brachialgie droite et qu'elle souffre de fatigabilité et de douleurs au bras droit suite au curage axillaire. Il a également mentionné plusieurs diagnostics en précisant que ces atteintes n'avaient pas de répercussions sur la capacité de travail : un asthme allergique, une hépatite C, une discopathie C4-C5 et C5-C6, un état dépressif et une polyarthralgie.

Le médecin a émis l'avis que, du point de vue médical, sa patiente était dans l'incapacité totale de continuer à exercer les activités d'aide de cuisine ou de femme de buffet. Il a en revanche estimé que l'on pourrait espérer une reprise ou une amélioration de la capacité de travail à hauteur de 50% dans une activité telle que celles de réceptionniste ou téléphoniste.

Le Dr L _____ a encore précisé que sa patiente ne pouvait rester assise plus d'une heure, qu'elle devait alterner les positions, éviter de se pencher, de porter des charges ou encore de travailler avec les bras au dessus de la tête ou en position accroupie ou agenouillée. Il a ajouté que sa résistance était limitée.

5. Le Dr S (nom illisible), du Département de gynécologie et obstétrique des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG), a confirmé, dans un rapport adressé à l'OCAI le 17 juin 2008, que l'assurée a subi une tumorectomie du sein droit en septembre 2006, suivie d'une chimiothérapie du 30 octobre 2006 au 13 février 2007. Le médecin a indiqué que l'évolution était bonne, à l'exception des séquelles du curage axillaire droit se manifestant par des douleurs dans le membre supérieur droit qui n'avaient pas diminué malgré plusieurs séances de drainage lymphatique.

Ce médecin a également répondu par la négative à la question de savoir si l'activité exercée jusqu'alors était encore exigible, précisant qu'un changement du type

d'activité était nécessaire. Il a préconisé d'éviter les activités s'exerçant en position debout, les bras au-dessus de la tête ou en position accroupie ou agenouillée, ainsi que le port de charges et attesté une incapacité de travail de 100% d'octobre 2006 à août 2007.

6. Le 25 juin 2008, l'OCAI a adressé à l'assurée un projet de décision dont il ressortait qu'il se proposait de nier son droit à des mesures de reclassement au motif qu'il ressortait de l'ensemble des éléments en sa possession qu'elle n'était pas invalide au sens de la loi et que malgré son atteinte à la santé, sa capacité de travail restait de 100% dans toute activité.
7. Par décision du 26 août 2008, l'OCAI a nié à l'assurée tout droit à des prestations au motif que, malgré l'atteinte à sa santé, sa capacité de travail était restée entière dans toute activité envisagée et ce, depuis toujours.
8. Par écriture du 26 septembre 2008, l'assurée a interjeté recours contre cette décision en concluant à l'octroi d'une rente.

L'assurée fait valoir que le cancer dont elle a souffert, son hernie et son hépatite C sont très difficiles à supporter, que les douleurs dues au cancer et à l'ablation d'une partie du sein sont insupportables, qu'elle ne peut ni effectuer de mouvements brusques, ni porter de charges ou s'approcher de sources de chaleur et que son ancienne activité de femme de ménage et de femme de buffet est donc complètement inadaptée.

L'assurée explique avoir essayé en vain de trouver un emploi dans un domaine moins contraignant. Elle affirme avoir la volonté de travailler, à tout le moins à temps partiel, mais affirme ne plus pouvoir assumer un plein temps.

L'assurée se réfère à l'avis du Dr L_____ et reproche au SMR d'aller à l'encontre des rapports des HUG sans fournir d'explication.

9. Invité à se déterminer, l'intimé, dans sa réponse du 27 octobre 2008, a conclu au rejet du recours, émettant au surplus des doutes quant à la motivation de l'assurée pour une reprise du travail puisque son recours conclut uniquement à l'octroi d'une rente.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales 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) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI).

En dérogation aux art. 52 et 58 LPGA, les décisions des offices AI cantonaux peuvent directement faire l'objet d'un recours devant le tribunal des assurances du domicile de l'office concerné.

La compétence du Tribunal de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits et le juge des assurances sociales se fonde en principe, pour apprécier une cause, sur l'état de fait réalisé à la date déterminante de la décision sur opposition litigieuse (ATF 129 V 1, consid. 1; ATF 127 V 467, consid. 1 et les références). C'est ainsi que lorsque l'on examine le droit éventuel à une rente d'invalidité pour une période précédant l'entrée en vigueur de la LPGA, il y a lieu d'appliquer l'ancien droit pour la période jusqu'au 31 décembre 2002 et la nouvelle réglementation légale après cette date (ATF 130 V 433 consid. 1 et les références).

Les dispositions entrées en vigueur au 1er janvier 2008, suite à la 5e révision de la loi sur l'assurance-invalidité (LAI), sont applicables au cas d'espèce, dans la mesure où la demande de prestations d'assurance-invalidité date du mois d'avril 2008, et que par ailleurs, les assurés déjà invalides lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ont droit, eux aussi, aux prestations, en application de l'art. 85 (disposition transitoire).

Enfin, la loi fédérale du 16 décembre 2005 modifiant la loi fédérale sur l'assurance-invalidité est entrée en vigueur le 1er juillet 2006 (RO 2006 2003), apportant des modifications qui concernent notamment la procédure conduite devant le Tribunal cantonal des assurances (art. 52, 58 et 61 let. a LPGA). Le présent cas est soumis au nouveau droit, dès lors que le recours de droit administratif a été formé après le 1er juillet 2006 (ch. II let. c des dispositions transitoires relatives à la modification du 16 décembre 2005).

3. Interjeté dans les forme et délai légaux (art. 56 à 60 LPGA), le recours est recevable.
4. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si la recourante peut prétendre des prestations de l'assurance-invalidité, singulièrement celle de savoir si les atteintes à sa santé ont des répercussions sur sa capacité de travail, dans l'affirmative, quel est son degré d'invalidité éventuel et si, cas échéant, elle peut se voir octroyer des mesures d'ordre professionnel.
5. a) 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). 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 (art. 7 LPGA). Il y a lieu de préciser que selon la jurisprudence, la notion d'invalidité, au sens du droit des assurances sociales, est une notion économique et non médicale; ce sont les conséquences économiques objectives de l'incapacité fonctionnelle qu'il importe d'évaluer (ATF 110 V 275 consid. 4a; 105 V 207 consid. 2).

b) Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu recours) a besoin de documents que le médecin, éventuellement aussi d'autres spécialistes, doivent lui fournir. La tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré (ATF 125 V 261 consid. 4 et les références).

6. S'agissant de la 5ème révision, dont il a été indiqué plus haut qu'elle est applicable au cas d'espèce, il sied de rappeler que les modifications légales ont pour but de remettre en application, très concrètement, le principe selon lequel la réadaptation doit primer la rente d'invalidité, principe d'ores et déjà entré dans la loi mais dont les offices peinaient à le mettre en œuvre (cf. Message du Conseil fédéral FF 2007 p. 4215ss, et plus particulièrement p. 4276), la révision devant permettre d'optimiser la réinsertion professionnelle, par l'introduction de mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle et par l'extension des mesures de réadaptation d'ordre professionnel existantes (cf. Message op.cit., p. 4277).

A teneur de l'art. 8 al. 1 LAI, les assurés invalides ou menacés d'une invalidité (art. 8 LPGA) ont droit à des mesures de réadaptation pour autant que ces mesures soient nécessaires et de nature à rétablir, maintenir ou améliorer leur capacité de gain ou leur capacité d'accomplir leurs travaux habituels (let. a) et que les conditions d'octroi des différentes mesures soient remplies (let. b). Il y a menace d'invalidité lorsqu'il est établi au degré de vraisemblance prépondérante que l'assuré perdra sa capacité de gain. Le moment auquel pourrait survenir l'incapacité de gain n'est pas déterminant (art. 1 novies RAI). Conformément à l'art. 8 al. 1 bis LAI, lors de la fixation de ces mesures, il est tenu compte de la durée probable de la vie professionnelle restante.

Selon l'art. 8 al. 3 LAI, les mesures de réadaptation comprennent des mesures médicales (let. a), des mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle (let. abis), des mesures d'ordre professionnel (orientation professionnelle, formation professionnelle initiale, reclassement, placement, aide en capital) (let. b) et l'octroi de moyens auxiliaires (let. d).

En outre, aux termes de l'art. 14a LAI, l'assuré qui présente depuis six mois au moins une incapacité de travail (art. 6 LPGa) de 50% au minimum a droit à des mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle (mesures de réinsertion), pour autant que celles-ci servent à créer les conditions permettant la mise en œuvre de mesures d'ordre professionnel (al. 1er). Sont considérées comme mesures de réinsertion les mesures socioprofessionnelles (let. a) et d'occupation (let. b) qui visent la réadaptation professionnelle (al. 2).

7. En l'espèce, force est de constater que les deux seuls avis médicaux motivés recueillis (celui du Dr L_____ et celui des HUG) concluent à l'incapacité totale de l'assurée à continuer à exercer son ancienne activité. Or, l'avis du SMR, constitué de quelques lignes à peine, se borne à relever que selon le Département de gynécologie des HUG, l'assurée possède une capacité de travail entière dans une activité adaptée depuis le 1er février 2008 (alors même que la partie du rapport des HUG relative aux taux d'incapacité de travail de l'assurée est illisible et qu'il semble plutôt ressortir de ce document que les limitations énoncées sont valables depuis le 1er juin 2008). Le SMR ajoute ensuite, sans motivation aucune et sans indiquer sur quels éléments il se base, que les empêchements dans le ménage ont été ponctuels, sans préciser leur durée. Les limitations fonctionnelles énoncées par le Dr L_____ et les HUG ont au surplus été totalement négligées, le SMR se contentant de conclure à une capacité de travail de 100 % dans toute activité et ce, en contradiction totale avec les rapports médicaux versés au dossier.

Dans ces circonstances, on ne saurait suivre les conclusions de l'intimé mais plutôt conclure que les activités préalablement exercées ne sont plus exigibles. Dans ces conditions, il eût fallu définir quelles activités seraient envisageables au vu des limitations retenues par les médecins, et procéder à une comparaison des gains.

On ajoutera encore qu'il ne suffit pas qu'un assuré interjette recours en concluant à l'octroi d'une rente pour que sa motivation à se réinsérer soit mise en doute, d'autant moins lorsque, comme en l'espèce, la demande de prestations porte uniquement sur une demande de reclassement et qu'ont été versées au dossier un certain nombre d'offres d'emploi effectuées par l'assurée entre la fin du mois d'octobre 2007 et le 12 février 2008.

Qui plus est, constatant que la recourante a été dans l'incapacité totale de travailler d'octobre 2006 à août 2007, ainsi qu'en attestent les HUG, soit durant plus de six mois, l'intimé aurait dû faire application des dispositions légales rappelées supra et mettre en œuvre des mesures de réadaptation.

Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est admis et le dossier renvoyé à l'OCAI pour mise en œuvre sans délai des mesures de réadaptation dues à la recourante. Cette dernière, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens fixés en l'espèce à 1'500 fr. En outre, l'émolument est fixé au maximum, soit 1'000 fr.,

dans la mesure où une analyse circonstanciée du dossier aurait permis d'éviter la présente procédure.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision du 26 août 2008.
4. Renvoie la cause à l'intimé pour instruction complémentaire et mise en œuvre sans délai des mesures de réadaptation dues à la recourante.
5. Condamne l'intimé à verser à la recourante la somme de 1'500 fr. à titre de dépens.
6. Met un émolument de 1'000 fr. 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); 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

Florence SCHMUTZ

Karine STECK

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