RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3497/2006 **ATAS/24/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 6

du 10 janvier 2006

En la cause

Madame B_____, domiciliée , GRAND-LANCY, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître WAVRE Jean-Pierre	recourante

contre

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

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

EN FAIT

1. Madame B_____ (ci-après : l'assurée), née le 1962, mariée, diplômée de l'école hôtelière "Vieux Bois" à Genève, a exercé comme dernier emploi une activité de manager-gérante au café X_____ en Angleterre de 1995 à 2003. Elle est rentrée en Suisse en 2005.

2. Le 28 février 2005, le Dr. A_____, rhumatologue, a relevé que l'assurée devait, en raison d'une maladie de Bechterew, éviter tous métiers, avec port de charge de plus de 5 kilos, avec station debout prolongée ou flexion du rachis. Son métier actuel (serveuse) était contre-indiqué.

3. Le 18 mars 2005, l'assurée a déposé une demande de prestation AI en raison d'une spondylarthrite ankylosante (maladie de Bechterew) existant "fortement dès 2001"; elle souhaitait un reclassement dans une nouvelle profession.

4. Le 4 avril 2005, l'assurée a rempli "le questionnaire servant à déterminer le statut de l'assurée" en indiquant que si elle était en bonne santé elle exercerait une activité d'œnologue à 100 % par "passion et besoin financier" et "dès que possible".

5. Le 7 avril 2005, le Dr A_____ a rendu un rapport médical AI dans lequel il diagnostique une maladie de Bechterew depuis 2003. Il indique avoir vu l'assurée les 2 et 15 septembre 2003 et le 18 février 2005. Lorsqu'il l'avait revue en 2005, elle allait bien et n'avait plus de plaintes. Il n'avait pas fait d'arrêt de travail. Il ne pouvait pas répondre au questionnaire concernant la réinsertion professionnelle car il ne connaissait pas assez la patiente mais pouvait dire que les métiers avec port de charge de plus de 5 kilos, avec position en flexion du rachis et avec un travail de nuit étaient contre-indiqués.

6. Le 27 mai 2005, le Dr A_____ a certifié que l'assurée était en incapacité de travail à 100 % dès le 2 septembre 2003.

7. Le 15 septembre 2005, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OCAI) a transmis le dossier au Service médical régional AI suisse romande (ci-après : le SMR) pour un examen rhumatologique.

8. Le 6 mars 2006, le Dr. B_____, médecin AI, a estimé que des mesures d'ordre professionnel n'étaient pas justifiées car si l'activité de serveuse est effectivement contre-indiquée en raison de l'atteinte à la santé, celle de gérante et gestion d'hôtel, de restaurant, de cuisine n'est pas contre-indiquée dans la mesure où elle respecte les limitations fonctionnelles annoncées par le spécialiste. L'assurée a une formation professionnelle et une expérience professionnelle compatibles avec les limitations fonctionnelles décrites par le Dr A_____.

9. Par décision du 24 avril 2006, l'OCAI a rejeté la demande de mesure d'orientation professionnelle en se fondant sur l'avis du SMR. Il n'y avait pas de contre-indication à la reprise de l'activité de gérante en restauration.

10. Le 15 mai 2006, l'assurée a fait opposition à cette décision. Il était illusoire de penser qu'un employeur allait l'engager comme gérante avec les limitations fonctionnelles qu'elle rencontrait. L'activité de gérante d'un établissement "standard" impliquait une grande activité physique qui était incompatible avec son état de santé. Un poste de directrice d'un grand palace genevois serait compatible mais il était illusoire qu'elle en obtienne un. La formation d'œnologue lui permettrait par contre de travailler.

11. Par décision du 24 août 2006, l'OCAI a rejeté l'opposition. Le Dr A_____ avait souligné l'inadéquation de la profession de serveuse. L'assurée disposait ainsi d'une capacité de travail entière dans un poste léger, comme le SMR l'avait relevé. Par ailleurs, l'assurée était aussi titulaire d'un CFC de commerce et avait exercé des tâches administratives légères dans des activités antérieures. Une activité dans le secteur commercial était ainsi exigible. L'assurée n'était donc pas invalide et n'avait pas droit à des mesures d'ordre professionnel.

12. Le 25 septembre 2006, l'assurée a recouru contre cette dernière décision auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales en concluant à son annulation, à l'octroi de mesures d'orientation professionnelle en œnologie ou au renvoi du dossier à l'OCAI pour nouvelle instruction. Elle ne pouvait plus exercer aucun métier dans la restauration et l'hôtellerie et ne pouvait prétendre à un poste administratif dans un hôtel de luxe.

13. Le 30 novembre 2006, la recourante a transmis, comme annoncé, un rapport médical du Dr A_____ du 28 novembre 2006. Celui-ci relève que l'assurée souffre d'une maladie inflammatoire rhumatismale, la Spondylarthrite Ankylosante. Elle ne peut plus avoir d'activités nécessitant un port de charge de plus de 5 kilos, une station debout prolongée, des positions en flexion du rachis. Le travail dans la restauration et l'hôtellerie (service) est donc déconseillé. L'assurée s'est occupée de gestion de restaurant et de maison d'hôtes sans formation dans une école hôtelière. C'était toujours de petites entreprises avec un minimum d'employés. L'assurée faisait donc toutes les tâches. Sa formation ne correspond donc pas à celle d'un cadre administratif dans l'hôtellerie. Elle ne peut donc pas postuler à des postes de ce genre, à moins que l'AI lui permette de faire une formation équivalente. Avec sa formation les seuls emplois qu'elle pourrait demander sont dans le service. Ce qui est impossible à la vue des contre-indications médicales. L'assurée l'a bien compris, puisque par elle-même, elle a débuté une formation d'œnologue. Elle devrait être soutenue par l'AI dans cette voie.

14. Le 8 décembre 2006, l'OCAI a conclu au rejet du recours.

15. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

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

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 2 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI).

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

3. La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable au cas d'espèce.

4. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

5. L'objet du litige porte sur le droit de la recourante à des mesures de reclassement.

6. Est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (art. 6 LPGA). Est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (art. 7 LPGA). Est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée (art. 8 al. 1 LPGA).

7. Selon l'art. 8 al. 1 LAI, les assurés invalides ou menacés d'une invalidité (art. 8 LPGA) imminente ont droit aux mesures de réadaptation nécessaires qui sont de nature à rétablir, à maintenir ou à améliorer leur capacité de gain ou leur capacité d'accomplir leurs travaux habituels, qu'ils aient ou non exercé une activité lucrative

préalable. Ce droit est déterminé en fonction de toute la durée d'activité probable. Les mesures de réadaptation comprennent des mesures d'ordre professionnel soit l'orientation professionnelle, la formation professionnelle initiale, le reclassement professionnel et le service de placement.

Selon l'art. 15 LAI, l'assuré auquel son invalidité rend difficile le choix d'une profession ou l'exercice de son activité antérieure a droit à l'orientation professionnelle.

L'art. 17 LAI prévoit que l'assuré a droit au reclassement dans une nouvelle profession si son invalidité rend cette mesure nécessaire et que sa capacité de gain peut ainsi, selon toute vraisemblance, être maintenue ou améliorée (al. 1). La rééducation dans la même profession est assimilée au reclassement (al. 2). La jurisprudence admet qu'une telle mesure de reclassement est justifiée seulement si la capacité de gain est diminuée de 20 % environ (ATF 124 V 108).

8. Chez les assurés actifs, le degré d'invalidité doit être évalué sur la base d'une comparaison des revenus. Pour cela, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré. La comparaison des revenus s'effectue, en règle ordinaire, en chiffrant aussi exactement que possible les montants de ces deux revenus et en les confrontant l'un avec l'autre, la différence permettant de calculer le taux d'invalidité (méthode générale de comparaison des revenus; ATF 130 V 348 consid. 3.4, 128 V 30 consid. 1, 104 V 136 consid. 2a et 2b; jusqu'au 31 décembre 2002: art. 28 al. 2 LAI; du 1er janvier au 31 décembre 2003: art. 1 al. 1 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA; depuis le 1er janvier 2004: art. 28 al. 2 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA). Pour procéder à la comparaison des revenus, il convient de se placer au moment de la naissance du droit à la rente; les revenus avec et sans invalidité doivent être déterminés par rapport à un même moment et les modifications de ces revenus susceptibles d'influencer le droit à la rente, survenues jusqu'au moment où la décision est rendue, doivent être prises en compte (ATF 129 V 223 consid. 4.1, 128 V 174).

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

compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative (cf. ATF 126 V 78 consid. 5).

Le revenu de la personne valide se détermine en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce qu'elle aurait effectivement pu réaliser au moment déterminant si elle était en bonne santé (ATF 129 V 224 consid. 4.3.1 et la référence). Il doit être évalué de manière aussi concrète que possible si bien qu'il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé.

9. La plupart des éventualités assurées (par exemple la maladie, l'accident, l'incapacité de travail, l'invalidité, l'atteinte à l'intégrité physique ou mentale) supposent l'instruction de faits d'ordre médical. Or, pour pouvoir établir le droit de l'assuré à des prestations, l'administration ou le juge a besoin de documents que le médecin doit lui fournir. L'appréciation des données médicales revêt ainsi une importance d'autant plus grande dans ce contexte. La jurisprudence a donc précisé les tâches du médecin, par exemple lors de l'évaluation de l'invalidité ou de l'atteinte à l'intégrité, ou lors de l'examen du lien de causalité naturelle entre l'événement accidentel et la survenance du dommage (ATF 122 V 158 consid. 1b et les références; SPIRA, La preuve en droit des assurances sociales, in : Mélanges en l'honneur de Henri-Robert SCHÜPBACH - Bâle, 2000, p. 268).

   Dans l'assurance-invalidité, l'instruction des faits d'ordre médical se fonde sur le rapport du médecin traitant destiné à l'Office de l'assurance-invalidité, les expertises de médecins indépendants de l'institution d'assurance, les examens pratiqués par les Centres d'observation médicale de l'AI (ATF 123 V 175), les expertises produites par une partie ainsi que les expertises médicales ordonnées par le juge de première ou de dernière instance (VSI 1997, p. 318 consid. 3b; BLANC, La procédure administrative en assurance-invalidité, thèse Fribourg 1999, p. 142). Lors de l'évaluation de l'invalidité, 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).

   En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et enfin que les conclusions de l'expert soient dûment motivées. Au demeurant, l'élément déterminant pour la valeur probante n'est ni l'origine du moyen de preuve ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 125 V 352 consid. 3a, 122 V 160 consid. 1c et les références).

S'agissant de la valeur probante des rapports établis par les médecins traitants, le juge peut et doit tenir compte du fait que, selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier. Ainsi, la jurisprudence accorde plus de poids aux constatations faites par un spécialiste qu'à l'appréciation de l'incapacité de travail par le médecin de famille (ATF 125 V 353 consid. 3b/cc et les références, RJJ 1995, p. 44 ; RCC 1988 p. 504 consid. 2)

10. En l'espèce, les rapports du Dr A_____ des 28 février 2005, 7 avril 2005 et 28 novembre 2006 attestent que la recourante ne peut plus exercer ni le métier de serveuse, ni aucun travail dans la restauration et l'hôtellerie (service) pas plus qu'un métier avec port de charge de plus de 5 kilos, station debout prolongée et flexion du rachis ou travail de nuit.

    A contrario et comme le relève l'intimé, la recourante peut exercer à plein temps tout travail qui respecte les limitations susmentionnées, soit en particulier une activité administrative telle que celle qu'elle a déjà exercée entre 1985 et 1987, selon le curriculum vitae qu'elle produit. Au vu des considérations qui suivent il n'est pas nécessaire de déterminer si l'activité de gérante d'un restaurant est encore exigible.

11. Il convient ainsi de calculer le degré d'invalidité.

    La recourante n'ayant pas exercé une activité de gérante de restaurant en Suisse depuis 1990, il convient de se fonder, pour fixer le salaire sans invalidité, sur le salaire résultant de l'enquête Suisse sur la structure des salaires (ESS) 2004, date de référence pour le calcul du degré d'invalidité, le Dr A_____ ayant attesté une incapacité de travail dès septembre 2003. Si l'on considère, de façon large, que le diplôme obtenu en une année à l'école hôtelière de Genève donne droit au niveau de qualification 2 soit correspondant à un "travail indépendant et très qualifié", le revenu selon le tableau TA1 ESS 2004 pour une activité dans l'hôtellerie et la restauration, pour une femme (de niveau de qualification 2) est de 4'321 fr. par mois. S'agissant du revenu d'invalide, il convient de l'arrêter à 3'893 fr. soit le revenu statistique pour une femme exerçant une activité simple et répétitive en 2004 (niveau de qualification 4). Le degré d'invalidité résultant de la comparaison de ces deux revenus est de 9 %. Même si l'on procède à un abattement de 10 % sur le revenu d'invalide, montant maximum admissible en l'espèce compte tenu du jeune âge de la recourante, de sa nationalité suisse et de ses qualifications professionnelles, le revenu d'invalide serait de 3'503 fr. 70, lequel, comparé au revenu sans invalidité de 4'321 fr. aboutit à un degré d'invalidité de 18,9 %, insuffisant pour ouvrir le droit à une mesure d'ordre professionnel.

12. Au vu de ce qui précède, le recours ne peut qu'être rejeté.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.

3. L'émolument, fixé à 200 fr., est mis à la charge de la recourante.

4. 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
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

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