

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/772/2010

ATAS/

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 2**

**du 20 avril 2010**

En la cause

Madame P \_\_\_\_\_, domiciliée à GENEVE

recourante

contre

OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITE DU CANTON DE  
GENEVE, sis rue de Lyon 97, GENEVE

intimé

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente; Anne REISER et Eugen MAGYARI, Juges  
assesseurs**

---

## EN FAIT

1. Madame P\_\_\_\_\_ (ci-après l'assurée ou la recourante), née en 1956, mariée et mère de trois enfants, dont deux sont majeurs et le troisième est né en 1995, a déposé une demande de prestations d'invalidité le 27 mai 2007 auprès de l'OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITE DU CANTON DE GENEVE (OAI).
2. Elle a un certificat de couturière et un diplôme de cuisine. Elle a travaillé comme sommelière, cuisinière, dame de buffet et gérante dans des restaurants ou chez des particuliers en Suisse de 1980 à 1992, puis au Portugal de 1992 à 2004. Elle est revenue en Suisse et a recommencé à y travailler en mars 2004. Elle est en arrêt de travail à 100% depuis le 6 décembre 2004 en raison d'une otite chronique et les conséquences de celle-ci du point de vue des vertiges et des déséquilibres provoqués.

Les extraits de compte individuel de l'AVS montrent qu'elle a cotisé sur la base de salaires de l'ordre de 20'000 à 30'000 fr. par an en 1983, 1984, 1988, 1989 et 2004, les autres années indiquent un salaire faible ou inexistant, alors qu'elle a travaillé comme salariée, selon toute vraisemblance à plein temps, chez X\_\_\_\_\_, Y\_\_\_\_\_, et chez deux particuliers de 1980 à 1990. Elle a ensuite été gérante de son propre restaurant de 1990 à 1992.

3. Selon le rapport médical du 12 juillet 2007 du Dr A\_\_\_\_\_, médecin traitant, l'assurée souffre d'une otite chronique avec cholestéatome et fistule du canal semi circulaire latéral, suivie par la Dresse B\_\_\_\_\_. Suite à une opération de l'oreille en 2005, il y a une légère amélioration des vertiges. Elle souffre aussi d'un syndrome anxio-dépressif réactionnel, traité par Xanax et Zoloft et n'est pas encore suivie par un psychiatre. Elle est à l'arrêt de travail à 100% depuis le 6 décembre 2004.
4. Par 4 courriers successifs entre le 31 mai 2007 et le 30 octobre 2007, l'OAI a réclamé à l'assurée les bilans de son activité indépendante de gérante de restaurant pour les années 2004 à 2006. Par pli du 15 février 2008, l'Hospice général indique que les époux P\_\_\_\_\_ ont été engagés au sein du restaurant de Monsieur Q\_\_\_\_\_ dès le 1<sup>er</sup> mars 2004, et ont ainsi obtenu leur permis L. L'assurée a été en incapacité de travail dès septembre 2004. Ils sont en conflit avec Monsieur Q\_\_\_\_\_ et ne parviennent pas à obtenir les documents demandés. Il en va de même suite à la gérance libre assumée par Monsieur P\_\_\_\_\_ de 2005 à 2007, qui s'est soldée par un échec. Les époux ne détiennent donc pas les bilans des années 2005 et 2006. Ils maîtrisent très peu le français, sont totalement incapables de gérer toute question administrative.
5. Selon le rapport médical du 26 mars 2008 de la Dresse B\_\_\_\_\_, spécialiste en oto-rhino-laryngologie auprès de l'Hôpital cantonal (HUG), l'assurée souffre de

vertiges et de déséquilibres depuis 2003, elle peut travailler à mi-temps, assise, sans trop de mouvements, en raison du risque de chute. Le bruit est à éviter. Le rendement est diminué en raison des difficultés de concentration et de fixation de la vue. Le diagnostic est une aréflexie vestibulaire droite non compensée, toute tentative de traitement mettrait en danger l'audition de ce côté.

6. Le service médical régional de l'assurance invalidité (SMR) a estimé le 28 avril 2008, que l'état anxio-dépressif n'empêchait pas l'assurée de travailler à 50%, car il était réactionnel, non traité par un psychiatre et n'était pas attesté comme étant invalidant par le Dr B\_\_\_\_\_ . L'assurée était totalement incapable d'exercer son métier de cuisinière, debout, avec des récipients chauds et des objets pointus, en raison du danger que cela représentait. Son rendement dans une autre activité, assise et sans trop de mouvements, était réduit en raison d'une fatigabilité accrue et de vertiges.
7. Selon le rapport de réadaptation professionnelle du 9 septembre 2008, des mesures professionnelles ne diminueraient pas le dommage calculé, de sorte qu'il est proposé de la faire bénéficier d'une demi-rente d'invalidité. Selon l'entretien avec l'assurée, celle-ci s'occupe de son petit fils, l'amène et va le chercher à l'école. Elle le garde parfois le mercredi. Elle prépare les repas de midi pour elle, son mari et sa fille de 12 ans. Sinon, elle lit, regarde la télévision, se promène un peu. Elle indique avoir toujours travaillé en cuisine et ne pas être capable de reprendre son activité de couturière à cause des yeux. Le rapport mentionne qu'il faut prendre comme dernier salaire celui des ESS 2004, TA 3 no 37 niveau 4. Le calcul du taux d'invalidité est fondé sur la comparaison des revenus avec et sans invalidité selon ESS 2005 tableau TA 1 niveau 4, pour un horaire de 41,6 heures, sans invalidité, soit 49'121 fr. Le revenu avec invalidité est retenu à 50% et réduit de 10% soit 22'105 fr., le degré d'invalidité étant de 51,8%.
8. Par pli du 16 septembre 2008, l'OAI a adressé à l'assurée un projet d'acceptation de rente, octroyant une demi rente sur la base d'un taux d'invalidité de 52%. Le droit à la rente aurait pu naître le 1<sup>er</sup> décembre 2005, soit un an après le début de l'atteinte durable, mais en raison du dépôt tardif de la demande en mai 2005, le droit aux prestations ne pouvait naître que le 1<sup>er</sup> mai 2006.
9. Après avoir relancé plusieurs fois la Caisse cantonale de compensation pour le calcul du montant de la rente, l'OAI a notifié à l'assurée, le 9 février 2010, une décision d'octroi d'une demi rente dès le 1<sup>er</sup> mai 2006. le montant de celle-ci oscille entre 221 fr. en 2006 et 234 fr. en 2009, sans compter la rente pour enfant allant de 89 fr. à 94 fr.
10. Par acte du 4 mars 2010, l'assurée forme recours contre la décision et fait valoir qu'elle est atteinte d'une maladie grave au niveau de la tête, qui lui fait perdre 70% de son audition. Elle ne trouve pas de travail comme cuisinière, métier qu'il lui est

impossible d'exercer pour des raisons de sécurité. Sa famille, composée d'un mari de 60 ans et d'une fille encore petite, vit dans une situation financière précaire. Elle conclut à ce qu'un taux d'invalidité de 70% lui soit reconnu.

11. Par pli du 29 mars 2010, l'OAI conclut au rejet du recours, l'ensemble des avis médicaux ayant été pris en compte, étant précisé que sur cette base le SMR a retenu une incapacité de travail dans une activité adaptée de 50%.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la Loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), 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 ; RS 830.1) qui sont 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. La LPGA est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 229 consid. 1.1 et les références). Les règles de procédure s'appliquent quant à elles sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 71 consid. 6b).

Par conséquent, d'un point de vue matériel, le droit éventuel à une rente d'invalidité dès le 1<sup>er</sup> mai 2006 doit être examiné au regard des nouvelles normes de la LPGA et des modifications de la LAI consécutives à la 4<sup>ème</sup> révision de cette loi, entrées en vigueur en date du 1<sup>er</sup> janvier 2004, dans la mesure de leur pertinence (ATF 130 V 445 et les références, voir également ATF 130 V 329).

En revanche, les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2006 (RO 2007 5129 ; 5<sup>ème</sup> révision AI) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008 ne sont pas applicables en vertu du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références).

3. Déposé en temps utile et selon la forme légale, le recours est recevable.
4. Le litige porte sur la capacité de travail résiduelle de l'assurée et le taux d'invalidité retenu par l'OAI.

5. a) 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 al. 1<sup>er</sup> LPGA).

Aux termes de l'art. 8 al. 1<sup>er</sup> LPGA, est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée. Selon l'art. 4 al. 1<sup>er</sup> LAI, l'invalidité peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident.

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). Lorsqu'en raison de l'inactivité de l'assuré, les données économiques font défaut, il y a lieu de se fonder sur les données d'ordre médical, dans la mesure où elles permettent d'évaluer la capacité de travail de l'intéressé dans des activités raisonnablement exigibles (ATF 115 V 133 consid. 2 ; ATFA non publié du 19 avril 2002, I 554/01).

- b) Selon l'art. 28 al. 1<sup>er</sup> LAI dans sa teneur en vigueur du 1<sup>er</sup> janvier 2004 au 31 décembre 2007, l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins, à 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.

L'article 29 al 1 LAI prévoit que la droit à la rente prend naissance au plus tôt à la date dès laquelle l'assuré a présenté une incapacité de travail de 40% durant un an au moins. Selon l'article 48 al. 2 LAI, si l'assuré dépose sa demande plus de douze mois après la naissance du droit, les prestations ne sont allouées que pour les douze mois précédant la demande, en dérogation à l'article 24 al. 1 LPGA.

- c) En vertu de l'art. 28 al. 2 LAI dans sa teneur du 1<sup>er</sup> janvier 2004 au 31 décembre 2007, l'art. 16 LPGA s'applique à l'évaluation de l'invalidité des assurés exerçant une activité lucrative. Cette dernière disposition prévoit que, 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.

Pour procéder à la comparaison des revenus, il convient en principe de se placer au moment de la naissance du droit à la rente (ATF 130 V 343 consid. 4). 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 (c'est-à-dire entre le projet de décision

et la décision elle-même), doivent être prises en compte (cf. ATF 129 V 222 consid. 4.1, 128 V 174).

Le revenu d'invalidé doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé, il y a lieu de se référer aux données statistiques, telles qu'elles résultent des enquêtes sur la structure des salaires de l'Office fédéral de la statistique (ATF 126 V 75 consid. 3b). 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 ou catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation) et résulte d'une évaluation dans les limites du pouvoir d'appréciation. Un abattement global 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 75 consid. 5).

Le revenu sans invalidité se détermine pour sa part en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce que l'intéressé aurait effectivement pu réaliser au moment déterminant s'il était en bonne santé (ATF 129 V 222 consid. 4.3.1 et la référence). 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 sa santé, en tenant compte de l'évolution des salaires (ATF non publié du 25 mai 2007, I 428/06 et I 429/06).

Enfin, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser, dans un arrêt du 19 décembre 2003 (ATF 130 V 121), que le résultat exact du calcul du degré d'invalidité doit être arrondi au chiffre en pour cent supérieur ou inférieur selon les règles applicables en mathématiques.

d) Le Tribunal fédéral admet la référence au groupe des tableaux « A » de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), correspondant aux salaires bruts standardisés, pour déterminer le revenu qu'on peut raisonnablement exiger d'un invalide en dépit de son atteinte à la santé lorsqu'aucun revenu effectif n'est réalisé (cf. ATF 124 V 321). Il convient en outre de toujours se rapporter à la valeur médiane.

L'ESS a pour objectif de fournir des informations ayant valeur représentative pour toute la Suisse (large éventail d'activités variées et compatibles avec des limitations fonctionnelles peu contraignantes ; cf. ATF 129 V 472 consid. 4.2) ; elle englobe des données salariales provenant d'entreprises de toute taille dans les branches extérieures au secteur agricole, quel que soit le taux d'occupation, la position hiérarchique, l'exigence du poste ou le niveau de formation.

On rappellera en outre qu'il est tenu compte des empêchements propres à la personne de l'invalidé dans le cadre d'une évaluation globale, pouvant aboutir à un

---

abattement maximum de 25%, destinée à déterminer un revenu qui représente au mieux la mise en valeur économique exigible des activités compatibles avec la capacité de travail résiduelle de l'assuré (ATF 126 V 75 consid. 5).

6. Dans le cas d'espèce, en premier lieu, la Dresse B \_\_\_\_\_, spécialiste en oto-rhino-laryngologie, qui suit la patiente depuis 2005 et est indépendante de l'OAI, a procédé à un examen complet en février 2008 et indique clairement que l'assurée est capable de travailler à mi-temps, dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles, à savoir assise, sans trop de mouvements et en limitant le mouvement des yeux. Le SMR est du même avis et les deux rapports médicaux mentionnent que le rendement est limité en raison des vertiges, des difficultés de concentration et de la fatigue consécutives aux effets du trouble retenu. Il faut donc admettre, à défaut d'avis médical divergent, que la capacité de travail de l'assurée est de 50%. D'ailleurs, l'activité quotidienne décrite par l'assurée, qui peut s'occuper d'un petit enfant, préparer les repas et se promener, corrobore l'existence d'une capacité résiduelle de travail.

En second lieu, il est établi que l'assurée a un permis B depuis 2004 seulement, ayant toutefois travaillé en Suisse de 1980 à 1992 dans les conditions notoirement dures de la restauration et du service chez des particuliers. Elle maîtrise à peine la langue française et est incapable d'assumer des tâches administratives. Elle n'a aucune expérience autre que celle de la restauration et ne peut plus travailler comme couturière à cause de ses yeux, en lien avec les vertiges. Les vertiges, la fatigue, la difficulté de concentration limitent considérablement son rendement. Elle est âgée de 50 ans en 2006. Ainsi, l'ensemble de ces circonstances implique qu'il faut retenir une réduction maximale de 25% sur le revenu d'invalidé, la réduction de 10% admise par l'OAI étant insuffisante.

En troisième lieu, il n'est pas possible de déterminer précisément le revenu réalisé en 2004 et 2005 par l'assurée, qui a eu des périodes de travail en tant que gérante indépendante, sans pouvoir produire une comptabilité probante et ne parvient pas à obtenir une partie de ses certificats de salaire. C'est ainsi à juste titre que l'OAI a tenu compte des salaires statistiques 2006 ESS, table A1, femmes, niveau 4.

Ainsi, le degré d'invalidité s'établit comme suit:

- salaire mensuel sans invalidité:  $3'936 \text{ fr.} \times 41,6 \text{ heures} = 4'093 \text{ fr.} \times 12 = 49'121 \text{ fr.}$
- salaire mensuel avec invalidité:  $(4'093 \text{ fr} \times 50\%) - [25\% \times (4'093 \text{ fr} \times 50\%)] = 1'534 \text{ fr. } 90, \text{ arrondi à } 1'535 \text{ fr.} \times 12 = 18'420 \text{ fr.}$
- différence = 30'701 fr.
- taux d'invalidité en pourcentage = 62,50%

Conformément à l'article 28 LAI dans sa teneur au moment déterminant, soit en mai 2006, un taux d'invalidité de plus de 60% donne droit à  $\frac{3}{4}$  de rente.

L'incapacité de travail de plus de 40% a débuté le 1<sup>er</sup> décembre 2004, mais la demande n'ayant été formée qu'en mai 2007, la rente est allouée dès le 1<sup>er</sup> mai 2006.

7. Ainsi, le recours est admis, la décision du 9 février 2010 est annulée et la cause est renvoyée à l'OAI pour nouvelle décision au sens des considérants.

A cet égard, le montant de la rente n'est pas formellement contesté par l'assurée, mais il a très certainement motivé en partie le dépôt du recours, de sorte qu'il conviendrait que l'OAI vérifie les bases de calcul retenues par la Caisse cantonale de compensation, voire avec la caisse GASTROSUISSE, compte tenu des périodes de travail salariées et indépendantes de l'assurée qui n'apparaissent pas dans les CI.

PAR CES MOTIFS,  
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet, annule la décision du 9 février 2010 et dit que l'assurée a droit à  $\frac{3}{4}$  de rente dès le 1<sup>er</sup> mai 2006.
3. Renvoie la cause à l'OAI pour nouvelle décision au sens des considérants.
4. Met un émolument de 200 fr. à la charge de l'OAI .
5. 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

Florence SCHMUTZ

Sabina MASCOTTO

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