

# **GE\_GERICHTE ATAS/714/2011 vom 14. Juli 2011**

GE Cour de justice, 2011-07-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_714\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_714_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/714/2011 du 14 juillet 2011

IT: GE\_GERICHTE ATAS/714/2011 del 14 luglio 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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). Dès le 1er janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après : LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable en l'espèce. Quant à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.681), conclu le 21 juin 1999 et entré en vigueur le 1er juin 2002, il a été conclu en faveur des ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et de la Suisse. Or, bien que provenant de France, la recourante n'est pas ressortissante de cet Etat, ni d'aucun autre de la Communauté européenne. Ainsi, l'ALCP ne s'applique pas en l'espèce. Il n'existe par ailleurs aucune convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République tunisienne.

### **E. 3**

Le fardeau de la preuve de la notification d'un acte et de sa date incombe en principe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique (ATF 124 V 402 consid. 2a, 122 I 100 consid. 3b, 114 III 53 consid. 3c et 4, 103 V 65 consid. 2a). En ce qui concerne plus particulièrement la notification d'une décision ou d'une communication de l'administration adressée par courrier ordinaire, elle doit au moins être établie au degré de la vraisemblance prépondérante requis en matière d'assurance sociale (ATF 124 V 402 consid. 2b, 121 V 6 consid. 3b). L'autorité supporte donc les conséquences de l'absence de preuve (ou de vraisemblance prépondérante) en ce sens que si la notification ou sa date sont contestées et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi (ATF non publié du 5 mai 2008, 8C\_621/2007; consid. 4.2).

A/2527/2008 - 22/31 - En l'espèce, la recourante allègue, sans être contredite, avoir reçu la décision du mercredi 4 juin 2008, le lundi 9 juin 2008. Ainsi, le recours déposé au greffe du Tribunal cantonal des assurances sociales (alors compétent) le mercredi 9 juillet 2008 intervient en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA). Les autres conditions prévues par les art. 56

et ss LPGA étant réalisées, le recours est recevable.

#### **E. 4**

Le litige porte sur l'octroi de prestations, spécifiquement d'une rente, de l'assurance-invalidité. A cet égard les questions à résoudre portent sur la réalisation de la condition d'assurance et sur l'existence d'un degré d'invalidité donnant droit à l'octroi de prestations. L'OAI considère dans ses dernières écritures que le litige doit être circonscrit à la question de la réalisation de la condition d'assurance qui seule faisait l'objet de la décision litigieuse. Cette opinion est erronée à deux titres. D'une part, la décision entreprise se prononce bel et bien sur l'existence « des parésies du membre supérieur gauche, post poliomyélitiques, des lombalgies chroniques et un status après déchirure de la coiffe des rotateurs de l'épaule gauche », retenant que « ces pathologies ne sont pas reconnues comme maladies invalidantes au sens de l'A.I. » (décision du 4 juin 2008, p. 2, § 3). D'autre part, il ressort de la jurisprudence topique, d'ailleurs citée par l'OAI, que dans la procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. La jurisprudence a considéré qu'il en allait de même des rapports juridiques sur lesquels l'autorité administrative ne s'était, à tort (c'est-à-dire en violation de la maxime inquisitoire ou du principe de l'application du droit d'office), pas prononcée alors qu'elle aurait dû le faire (arrêt I 347/00 du 20 août 2002). En revanche, dans la mesure où aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet, et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF 125 V 413 consid. 1a p. 414). Or, s'il devait être avéré que la condition d'assurance (point qui sera examiné ci-après) est réalisée, ce serait à tort que l'OAI ne se serait pas prononcé sur l'existence ou non d'une invalidité suffisante à l'octroi de prestations. De ce fait, il n'y a pas lieu de limiter l'objet du litige comme le suggère l'OAI.

A/2527/2008 - 23/31 -

#### **E. 5**

Il convient d'examiner en premier lieu si la condition d'assurance est réalisée, puisqu'en cas de réponse négative, le litige s'en trouverait résolu. a) Selon l'art. 6 al. 2 LAI, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996, les étrangers et les apatrides n'avaient droit aux prestations (sous réserve de l'art. 9 al. 3 LAI) qu'aussi longtemps qu'ils conservaient leur domicile civil en Suisse et que si, lors de la survenance de l'invalidité, ils comptaient au moins dix années entières de cotisations ou quinze années ininterrompues de domicile en Suisse. Cette disposition - qui apparaissait contestable sous l'angle du droit à l'égalité de traitement (ATF 121 V 247 consid. 1b) - a été modifiée avec l'entrée en vigueur de la dixième révision de l'AVS, le 1er janvier 1997. En effet, aux termes du nouvel art. 6 al. 2 LAI, les étrangers ont droit aux prestations, sous réserve de l'art. 9 al. 3 LAI, aussi longtemps qu'ils conservent leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse, mais seulement s'ils comptent, lors de la survenance de l'invalidité, au moins une année entière de cotisation (cf. art. 36 al. 1 LAI) ou dix années de résidence ininterrompue en Suisse. (ATF 126 V 5 consid. 1a) Demeurent toutefois réservées les dispositions dérogatoires des conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la Suisse avec un certain nombre d'Etats pour leurs ressortissants respectifs. En l'occurrence, la Suisse n'a toutefois pas conclu de convention de sécurité sociale avec le pays d'origine de la recourante. Selon l'art. 36 al. 2 LAI, les dispositions de

la LAVS sont (sous réserve de l'art. 36 al. 3 LAI) applicables par analogie au calcul des rentes ordinaires (voir à ce propos ATF 124 V 159); le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions complémentaires. Selon l'art. 32 al. 1 RAI en corrélation avec les art. 50 RAVS et 29ter al. 2 LAVS, une année de cotisations est entière lorsqu'une personne a été assurée au sens des art. 1er ou 2 LAVS pendant plus de onze mois au total et que, pendant ce temps-là, soit elle a versé la cotisation minimale (variante I), soit son conjoint au sens de l'art. 3 al. 3 LAVS a versé au moins le double de la cotisation minimale (variante II) ou, enfin, elle peut se prévaloir de bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance (variante III). A la différence de la situation qui existait avant l'entrée en vigueur de la dixième révision de l'AVS (cf. ATF 111 V 106 consid. 1b, ATF 110 V 280 consid. 1a), un assuré peut donc, selon le nouveau droit, satisfaire à l'exigence de la période minimale de cotisations d'une année ouvrant droit à une rente ordinaire de l'AVS/AI, sans avoir payé personnellement des cotisations (ATF 125 V 253, 126 V 5 consid. 1b). b) Selon l'art. 4 al. 2 LAI, l'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération. Ce moment doit être déterminé objectivement, d'après l'état de santé; des facteurs externes fortuits n'ont pas d'importance. Il ne dépend en particulier ni de la date à laquelle une demande a été présentée, ni de celle à partir de laquelle une prestation a été requise, et ne coïncide pas non plus nécessairement avec le moment où

A/2527/2008 - 24/31 - l'assuré apprend, pour la première fois, que l'atteinte à sa santé peut ouvrir droit à des prestations d'assurance (ATF 118 V 82 consid. 3a et les références, 126 V 5 consid. 2b). S'agissant du droit à une rente, la survenance de l'invalidité se situe au moment où celui-ci prend naissance, conformément à l'art. 29 al. 1 LAI (dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007), soit dès que l'assuré présente une incapacité de gain durable de 40 pour cent au moins (variante I) ou dès qu'il a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40 pour cent au moins pendant une année sans interruption notable (variante II), mais au plus tôt le 1er jour du mois qui suit le dix-huitième anniversaire de l'assuré (art. 29 al. 2 LAI; RCC 1984 p. 464 sv. et ATF 126 V 5, consid. 2b). Pour admettre la survenance d'un nouveau cas d'assurance, il est nécessaire de pouvoir observer une interruption notable de l'incapacité de gain (ATF 126 V 5, consid. 2c) c) Aux termes de l'art. 8 al. 1 et 3 LPGGA, est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée. Les assurés majeurs qui n'exerçaient pas d'activité lucrative avant d'être atteints dans leur santé physique ou mentale et dont il ne peut être exigé qu'ils en exercent une sont réputés invalides si l'atteinte les empêche d'accomplir leurs travaux habituels. Selon l'art. 4 LAI, l'invalidité peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident. 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 être raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte de sa santé physique ou mentale. 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 LPGGA). 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 sa santé physique ou mentale et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (art. 7 LPGGA). 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). 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, 105 V 158 consid. 1; ATFA non publié du 19 avril 2002, I 554/01).

A/2527/2008 - 25/31 - 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). Selon l'art. 28 al. 1 LAI, 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. d) En l'espèce, il ressort des différents avis concordants du Dr P \_\_\_\_\_, médecin traitant de la recourante de 1984 au 10 juin 2003, soit avant son arrivée en Suisse, que la capacité de travail n'était pas altérée (attestation du 18 octobre 2006 et réponses au courrier du Tribunal du 11 octobre 2010). Certes, le Dr P \_\_\_\_\_ était le médecin traitant de la recourante, de sorte que 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

A/2527/2008 - 26/31 - la relation de confiance qui l'unit à ce dernier (ATF 125 V 353, consid. 3b/cc et les références). Toutefois, la portée de cette règle doit être relativisée en l'espèce, puisque le Dr P \_\_\_\_\_ n'était plus le médecin traitant de la recourante depuis plus de 7 ans au moment où il a répondu aux questions posées par le Tribunal. La relation de confiance entre le médecin et la recourante n'est ainsi plus actuelle. De surcroît, l'avis du Dr P \_\_\_\_\_ est confirmé par l'audition de la sœur de la recourante (entendue à titre de

renseignement) et par l'avis du SMR du 17 janvier 2008. La sœur de la recourante a en effet expliqué au Tribunal qu'à tout le moins jusqu'au 31 décembre 2000, la recourante travaillait à raison d'un horaire de 40 heures par semaine, soit 5 jours par semaine pendant 8 heures entrecoupées d'une pause d'une heure. Elle effectuait les achats, les ventes et la mise en place dans une boutique. Elle pouvait monter et descendre des escaliers, parfois avec des cartons. Certes, la sœur de la recourante a été entendue à titre de renseignement, mais son audition confirme les renseignements fournis par le Dr P \_\_\_\_\_, de sorte que ladite audition n'est pas le seul élément sur lequel la présente décision est fondée. Quant au rapport du SMR du 17 janvier 2008, il sera rappelé que l'appréciation du Dr O \_\_\_\_\_ était la suivante : « Concernant la capacité de travail exigible, avant son arrivée en Suisse, l'assurée avait une capacité de travail à 100% dans un travail adapté, elle a d'ailleurs travaillé en France à 100% jusqu'à son licenciement économique en 2001 ». Il n'a ainsi aucun élément permettant de retenir que la capacité de travail de la recourante ait été entamée avant son arrivée en Suisse. Il apparaît au contraire, pour le moins au degré de la vraisemblance prépondérante régissant les assurances sociales, que la capacité de travail de la recourante était entière dans son activité de responsable d'une boutique de vêtements, ceci malgré les séquelles de la poliomyélite. Au contraire, il ressort de l'ensemble des avis médicaux que la recourante a présenté un tableau clinique complexe qui s'est aggravé progressivement depuis l'accident survenu le 4 novembre 2003 et la rupture de la coiffe des rotateurs (notamment : avis du Dr A \_\_\_\_\_ du 10 novembre 2004, avis du Dr Q \_\_\_\_\_ du 14 octobre 2008 confirmé lors de son audition du 28 janvier 2010 et avis du Prof. E \_\_\_\_\_ du 9 novembre 2004 confirmé lors de son audition du 28 mai 2010). e) Comme l'invalidité n'est réputée survenue que dès que l'assuré a présenté une incapacité de travail de 40% au mois durant une année sans interruption notable,

A/2527/2008 - 27/31 - l'invalidité n'a en tous les cas pas pu survenir avant le mois de novembre 2004 au plus tôt. Or, la recourante est mariée depuis le mois d'août 2003 à un assuré qui a cotisé plus du double de la cotisation minimale à tout le moins durant les années 2003 à 2005. Il s'en suit que la condition d'assurance prévue par l'art. 6 al. 2 LAI est réalisée.

## **E. 6**

Reste à déterminer si, à quel taux et depuis quand une invalidité propre à entraîner le versement de prestations est intervenue. a) Il ressort du dossier de l'OAI et de l'instruction menée par le Tribunal que les avis de différents médecins sont largement divergents, sans qu'il ne se dégage un avis suffisamment majoritaire, qu'il soit possible de les réconcilier ou de décider avec suffisamment de sécurité sur lequel il y a lieu de se fonder. Le Dr A \_\_\_\_\_, ancien médecin traitant, considère que la capacité de travail était nulle (avis du 10 novembre 2004). La Dresse J \_\_\_\_\_, nouveau médecin traitant, considère que la capacité de travail est de 4 heures dans une activité adaptée (avis du 11 janvier 2007) et a indiqué au Tribunal une capacité de travail de 50% dans une activité de vendeuse en cumulant plusieurs périodes d'une demi-heure et de 50 à 60% dans une activité assise (audition du 1er juillet 2010). Le Dr O \_\_\_\_\_ s'est prononcé en faveur d'une pleine capacité de travail dans toute activité (avis du 10 décembre 2007), avant d'indiquer au Tribunal avoir été trop sévère et de se prononcer en faveur d'une capacité de 75% (audition du 28 janvier 2010). Le Dr Q \_\_\_\_\_ s'est prononcé en faveur d'une capacité de travail de 50% dans une activité adaptée, mais sans parvenir à imaginer de métier correspondant aux limitations fonctionnelles (avis du 14 décembre 2008 et audition du 28 janvier 2010).

Quant au Prof. E \_\_\_\_\_, il s'est prononcé pour une capacité presque nulle (audition du 20 mai 2010). A cela s'ajoute que la recourante fait état d'un état dépressif et de troubles ophtalmologiques au sujet desquels aucune instruction n'a eu lieu et qui ne font pas l'objet de la décision entreprise. Dans ces conditions, la Chambre des assurances sociales n'est pas en mesure de se prononcer en l'état du dossier. Il convient en effet de procéder à une expertise médicale pluridisciplinaire prenant également en compte les aspects psychiques et ophtalmologiques qui n'ont pas été instruits. Cela fait, il s'impose d'examiner si une activité adaptée entre concrètement en considération (compte tenu des doutes émis notamment par le Dr Q \_\_\_\_\_), avant d'effectuer, cas échéant, un calcul du degré d'invalidité.

A/2527/2008 - 28/31 - b) Selon la jurisprudence (DTA 2001 p. 169), le juge cantonal qui estime que les faits ne sont pas suffisamment élucidés a en principe le choix entre deux solutions : soit renvoyer la cause à l'administration pour complément d'instruction, soit procéder lui-même à une telle instruction complémentaire. Un renvoi à l'administration, lorsqu'il a pour but d'établir l'état de fait, ne viole ni le principe de simplicité et de rapidité de la procédure, ni la maxime inquisitoire. Il en va cependant autrement quand un renvoi constitue en soi un déni de justice (par exemple, lorsque, en raison des circonstances, seule une expertise judiciaire ou une autre mesure probatoire judiciaire serait propre à établir l'état de fait), ou si un renvoi apparaît disproportionné dans le cas particulier (RAMA 1993 n° U 170 p. 136). À l'inverse, le renvoi à l'administration apparaît en général justifié si celle-ci a constaté les faits de façon sommaire, dans l'idée que le tribunal les éclaircirait comme il convient en cas de recours (voir RAMA 1986 n° K 665 p. 87). c) En l'espèce, comme on l'a vu plus haut (consid. 4), il n'y a pas lieu de limiter l'objet du litige et de renvoyer le dossier de manière automatique en cas d'admission de la condition d'assurance. Cependant, comme indiqué plus haut, une expertise médicale seule est insuffisante, puisqu'il s'avèrera par la suite nécessaire, cas échéant, d'examiner si une activité adaptée entre concrètement en considération et de procéder à un calcul du degré d'invalidité. De surcroît, l'instruction médicale doit porter sur de nombreux domaines, dont deux aspects qui n'ont encore pas été pris en compte (état dépressif et troubles ophtalmologiques). Ainsi, bien que les faits n'aient pas été constatés de manière sommaire dans l'idée que le tribunal les éclaircirait, le dossier est par trop incomplet. Il s'en suit que malgré que la demande de prestations remonte à plusieurs années, il se justifie de renvoyer le dossier à l'OAI, étant précisé que l'OAI est mieux outillé pour mener à bien ladite instruction, en particulier s'agissant des mesures d'instruction d'ordre professionnel, de sorte qu'il ne devrait pas découler de ce renvoi un retard particulier. Une telle solution, compte tenu de l'importance de l'instruction complémentaire, s'impose également afin de ne pas priver la recourante d'un degré de juridiction.

## **E. 7**

Il s'en suit que le recours sera admis. La décision du 4 juin 2008 annulée, et le dossier renvoyé à l'OAI, afin que, sans délai, il mette en œuvre une expertise médicale pluridisciplinaire indépendante, y compris sous l'angle psychique et ophtalmologique, qu'il détermine si une activité adaptée est cas échéant susceptible d'entrer concrètement en considération et qu'il procède à un calcul du degré d'invalidité, avant de rendre une nouvelle décision.

A/2527/2008 - 29/31 -

**E. 8**

La recourante obtenant gain de cause, une indemnité de 3'500 fr. lui est octroyée, à titre de dépens.

**E. 9**

Un émolument de 500 fr. sera mis à la charge de l'intimé qui succombe.

A/2527/2008 - 30/31 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES  
SOCIALES : Statuant A la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.