

GE_GERICHTE ATAS/784/2011 vom 29. August 2011

GE Cour de justice, 2011-08-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_784_2011

FR: GE_GERICHTE ATAS/784/2011 du 29 août 2011

IT: GE_GERICHTE ATAS/784/2011 del 29 agosto 2011

Erwägungen

E. 17

Par projet de décision le 28 octobre 2008, l'OAI rejetait la demande de la recourante, se fondant en grande partie sur le rapport d'enquête du 21 octobre 2008, considérant que la réorganisation de l'activité de la recourante était exigible.

E. 18

La recourante s'opposa à ce projet de décision le 27 novembre 2008. Elle considérait notamment que la séparation des soins de massage et de réflexologie était arbitraire et ne se basait sur aucune argumentation acceptable. Une activité de bureau n'était pas non plus envisageable à plein temps. Elle demandait ainsi que l'OAI précise en quoi consistait une activité adaptée, vu l'ensemble de ses limitations fonctionnelles. Compte tenu d'une incapacité de travail de 50% dans les activités de massage et de réflexologie, le taux d'invalidité était de 54,4%. Il convenait également d'appliquer une réduction supplémentaire compte tenu du cumul d'un nombre important de limitations fonctionnelles. Elle produisait différentes attestations selon lesquelles, d'une part, les troubles au niveau de la cheville se répercutaient au niveau du dos, et d'autre part, il était nécessaire d'avoir de meilleures capacités physiques que celles de la recourante pour exercer l'activité de réflexologie. Pour le surplus, la recourante n'avait pu

A/353/2009 - 6/20 - développer son activité en raison des multiples périodes d'incapacité de travail qu'elle avait connues.

E. 19

Le 27 novembre 2008 également, le Dr H_____ attesta de l'apparition de dorsalgies dès l'année 2006, suite à diverses opérations et à une surcharge du membre inférieur droit.

E. 20

Le 1er décembre 2008, le Dr I_____, spécialiste FMH en médecine interne et maladies rhumatismales, attesta avoir constaté des signes de dysfonctions intervertébrales à plusieurs niveaux, une limitation globale de la mobilité cervicales, et une raideur dorsale. Il avait noté des sténoses foraminales très probablement à l'origine de paresthésies des membres supérieurs. Ces troubles pouvaient avoir pour origine la prothèse de la cheville gauche qui entraînait une modification de l'équilibre du bassin.

E. 21

Selon courrier du Dr E_____ et du Prof. J_____ de l'Hôpital cantonal de Liestal, les douleurs de la recourante persistaient. La recourante indiquait ne pouvoir travailler qu'à 20%. Ces médecins qui se prononcent sous l'angle du traitement à envisager ne se sont toutefois pas prononcés de manière spécifique sur la capacité de travail ou les limitations fonctionnelles de la recourante.

E. 22

Par décision du 17 décembre 2008, l'OAI confirma que la demande de prestations de la recourante était rejetée. La motivation de cette décision était identique à celle du projet de décision du 28 octobre 2008. Il était toutefois mentionné de manière complémentaire que les éléments fournis dans la cadre de l'opposition avaient déjà été pris en compte par le SMR en n'étaient pas susceptibles de changer le droit aux prestations.

E. 23

La recourante contesta cette décision par acte de son conseil du 2 février 2009 et adressé au Tribunal cantonal des assurances sociales. Elle concluait de manière préalable à la traduction des pièces rédigées en allemand et à l'ouverture d'enquêtes pour entendre des témoins. A titre principal, elle concluait à l'annulation de la décision du 17 décembre 2008, à l'octroi d'indemnités journalières d'attente dès le 15 août 2005, à la mise sur pied d'une observation en atelier protégé et à l'octroi de mesures professionnelles. A titre subsidiaire, elle concluait à ce que le Tribunal détermine la capacité de travail résiduelle, fixe le taux d'invalidité et octroie une rente de l'assurance-invalidité. Elle indiquait ne pas pouvoir exercer le métier de masseuse-réflexologue à plein temps, car elle manquait de force physique et ne pouvait rester assise six ou sept heures par jour, en raison de ses problèmes dorsaux. Les métiers de secrétaire ou d'employée de bureau étaient exigibles, mais avec un rendement limité en raison des troubles au niveau des yeux et du dos. La méthode de calcul et le calcul du taux d'invalidité étaient contestés. L'activité adaptée n'avait pas été déterminée. Pour le surplus, la décision litigieuse était arbitraire, y compris dans son résultat. Enfin, la

A/353/2009 - 7/20 - demande étant tardive au sens de l'art. 48 LAI, les prestations devaient être allouées dès le 15 août 2006, soit un an avant le dépôt de la demande de prestations.

E. 24

L'OAI répondit au recours le 26 mars 2009, concluant à son rejet et à la confirmation de la décision attaquée. La méthode extraordinaire de comparaison des revenus avait été utilisée en raison de l'impossibilité d'évaluer les revenus à comparer de manière fiable. L'activité de réflexologue déjà pratiquée par la recourante était adaptée, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer un abattement dans le cadre de la comparaison des revenus. Il était possible de substituer à l'activité de massage l'activité de réflexologie qui était une méthode thérapeutique à part entière qui ne devait pas forcément être combinée à d'autres techniques. Pour le surplus, compte tenu de l'avis du Dr I_____ du 1er décembre 2008, il convenait de reprendre l'instruction médicale afin de déterminer si la nouvelle atteinte à la santé décrite entraînait de nouvelles limitations fonctionnelles, avant de pouvoir se prononcer quant à une éventuelle aggravation de l'état de santé de la recourante.

E. 25

La procédure a par la suite porté sur la recevabilité du recours, laquelle fut finalement admise par Arrêt du Tribunal fédéral du 1er février 2010, la cause étant renvoyée au Tribunal cantonal des assurances sociales, afin qu'il entre en matière sur le recours du 2 février 2009 et rende une décision sur le fond.

E. 26

La cause fut reprise le 1er avril 2010, date à laquelle le Tribunal informa les parties de ce qu'il entendait mettre sur pied une expertise rhumatologique qui serait confiée au Dr

K_____. Les parties se virent impartir un délai pour faire valoir un éventuel motif de récusation de l'expert et proposer des questions complémentaires à celles envisagées.

E. 27

Par courrier du 10 mai 2010, la recourante indiqua (preuve à disposition) que le Dr K_____ travaillait comme médecin-conseil pour des assureurs privés, de sorte qu'il avait nécessairement dû adopter l'esprit d'entreprise des assureurs, de sorte que son statut n'était pas compatible avec l'objectivité et la neutralité attendues d'un expert. Une liste de questions était par ailleurs proposée.

E. 28

Le même jour, l'OAI précisa n'avoir pas de motif de récusation à l'encontre de l'expert et indiqua que les questions figurant dans la mission d'expertise étaient complètes.

E. 29

Par courrier du 11 mai 2010, la recourante fut invitée à déposer au Tribunal les preuves mentionnées dans le courrier du 10 mai 2010.

A/353/2009 - 8/20 -

E. 30

Par pli du 17 mai 2010, un document caviardé, émanant du Dr K_____ et adressé au service juridique d'un assureur, sous le titre : « Avis du médecin-conseil sur dossier » fut transmis au Tribunal.

E. 31

Par ordonnance du 25 mai 2010, l'ancien Tribunal cantonal des assurances sociales confia une expertise au Dr K_____, relevant que rien ne permettait de douter que l'activité du Dr K_____ ne serait pas totalement impartiale et qu'il ne ressortait pas du dossier que ce dernier ne se serait pas prononcé en toute impartialité par le passé, le seul fait qu'à une reprise, l'expert se soit prononcé en qualité de médecin-conseil d'un assureur non partie à la procédure, n'étant pas déterminant. En revanche, le mandat d'expertise fut modifié pour tenir compte de la liste des questions posées par la recourante.

E. 32

L'expert déposa son rapport d'expertise au greffe de l'ancien Tribunal cantonal des assurances sociales le 2 novembre 2010. Il indiquait avoir examiné la recourante à deux reprises, soit les 6 et 15 juillet 2010. Le rapport d'expertise résume l'ensemble des pièces médicales à disposition, comprend une synthèse et une anamnèse et tient compte des plaintes de la recourante. L'expert pose les diagnostics avec répercussion sur la capacité de travail suivants : - Status après une fracture de la cheville gauche (1984), ostéosynthèse à deux reprises, ayant entraîné une arthrose sévère nécessitant la mise en place d'une prothèse (2001) et suite à un descellement, changement de prothèse et ostéotomie du calcanéum (2006), blocage articulaire complet de la cheville. - Amblyopie profonde de l'OD, strabisme convergeant de l'OD, et absence de vision binoculaire. Il a également posé les diagnostics suivants sans répercussion sur la capacité de travail : - Cervico-dorso-lombalgies sur des troubles posturaux (boiterie et amyotrophie du MIG) - Ostéoporose traitée. Se fondant sur des observations objectives et au terme d'une argumentation convaincante, l'expert retient une capacité de travail de 20% au maximum comme masseuse thérapeutique et réflexologue. Il précise que l'activité de réflexologue

A/353/2009 - 9/20 - nécessite un changement fréquent de position des jambes et des appuis répétés sur les chevilles, soit un travail très physique même effectué assis. En revanche, dans l'activité d'employée de bureau, la capacité de travail est de 50%, ceci depuis le 15 novembre 2001, soit 6 mois après l'intervention chirurgicale de la recourante. Cette capacité de travail tient compte des problèmes oculaires de la recourante dont le travail à l'ordinateur n'est pas possible pendant plus de 4 heures.

E. 33

Par courrier du 22 novembre 2010, l'OAI sollicite de l'ancien Tribunal cantonal des assurances sociales qu'il questionne l'expert, relevant que l'expertise contenait des indices d'aggravation par rapport aux constats de l'examen SMR orthopédique du 9 juin 2008.

E. 34

La recourante déposa des observations le 24 novembre 2010. Elle fit valoir que, compte tenu de ses limitations fonctionnelles, l'activité adaptée d'employée de bureau retenue par l'expert était en réalité une activité assise de dactylographe ou d'opératrice de saisie, soit une activité simple ne permettant pas de réaliser des gains très élevés. S'agissant du calcul d'invalidité, il fallait retenir son revenu de 1999 comme employée de banque, soit 76'012 fr. après réévaluation à l'année 2005. Ce revenu devait être comparé avec le revenu ressortant des statistiques ESS 2004, tableau TA1, niveau 4 pour une femme, soit 20'845 fr. après réévaluation à l'année 2005, prise en compte d'une incapacité de gain de 50% et d'un abattement de 15% sur le salaire statistique, en raison des limitations fonctionnelles multiples, d'un taux d'occupation limité, de son âge, de son manque de formation et des difficultés de déplacement. Il en résultait un taux d'invalidité de 72.57 % donnant droit à une rente entière d'invalidité.

E. 35

Il fut donné suite à la demande de l'OAI par la convocation de l'expert, laquelle eu lieu le 10 février 2011. Le Dr K_____ confirma le contenu de son rapport d'expertise. Il précisa que dans une activité de réflexologie uniquement, la capacité de travail de la recourante varierait entre 20 et 50%, dès lors qu'il s'agit d'une activité très physique. Il releva que son appréciation se fondait notamment sur une perte de musculature du membre inférieur gauche et sur une boiterie observée depuis son cabinet dans la rue, de même que sur des douleurs, un œdème et un mauvais état de la peau. Il y avait une corrélation entre les dires de la recourante et les constatations objectives, puisqu'il n'était pas possible de simuler une perte de muscle, d'ailleurs déjà constatée par le Dr F_____. Depuis 2006, la cheville de la recourante n'est plus mobile.

A/353/2009 - 10/20 - Dans le cadre d'une activité assise, il était nécessaire de pouvoir régulièrement surélever la jambe plus haut que le cœur pendant 1 heure, soit en position couchée, raison pour laquelle l'activité assise n'est pas possible selon l'expert, à plus de 50%, en raison de motif d'ordre circulatoire. Il fallait encore ajouter les problèmes ophtalmologiques dont il n'avait pas été tenu compte dans le cadre de l'appréciation au sujet de la capacité de travail. La recourante ne pouvait travailler 8 heures d'affilée, de sorte que l'incapacité de travail de 50% n'était pas une diminution de rendement, raison pour laquelle l'expert avait considéré que la capacité de travail était réduite depuis 2001 déjà.

E. 36

Entendue le même jour en comparution personnelle, la recourante indiqua avoir travaillé à plein temps dans une activité de bureau jusqu'en 1994. Elle avait alors changé de travail pour pouvoir réduire son temps de travail à 90% afin de lui permettre de se consacrer à l'obtention d'un CFC. Elle avait déjà des problèmes ophtalmologiques, qu'elle connaissait depuis la naissance, et qui n'avaient donc pas engendré la réduction de son temps de travail. Elle avait envisagé la pose d'une première prothèse de la cheville en 1996 mais y avait renoncé car son médecin lui avait indiqué que la prothèse ne donnait pas de bons résultats. Une prothèse expérimentale avait finalement été posée en 2001, le Professeur J_____ à Bâle, lui ayant garanti la prothèse à vie et lui ayant également garanti qu'elle pourrait exercer un travail debout à temps complet. Avant la pose de la prothèse en 2001, les douleurs étaient telles qu'elle ne pouvait dormir ou marcher. La pose de la prothèse avait ainsi été indispensable.

E. 37

A l'issue de l'audience, des délais de procédure furent fixés.

E. 38

Dans un avis du 11 février 2011, le SMR, sous la plume du Dr L_____, considéra que l'expertise ne permettait pas de remettre en cause les conclusions du rapport du SMR du 3 juillet 2008 mais faisait état d'une aggravation postérieure au 1er décembre 2008.

E. 39

Le 25 février 2011, la recourante déposa des clichés de radiographies effectuées entre le 17 août 2006 et le 10 décembre 2007, précisant que ces radiographies avaient été remises au SMR.

E. 40

Dans sa détermination du 25 mars 2011, l'OAI conclut à ce que soit octroyée à la recourante une demi-rente d'invalidité 3 mois après décembre 2008, compte tenu de l'aggravation dont il était fait état dans l'avis du SMR du 11 février 2011 et d'un calcul du revenu d'invalidé aux termes duquel la recourante avait un degré d'invalidité de 58,3%.

A/353/2009 - 11/20 - Ce taux a été calculé sur la base d'un revenu avec invalidité de 32'423 fr. issu des données statistiques selon l'ESS 2008, tableau TA1, dans une activité simple et répétitive, en tenant compte d'une réévaluation à l'indice suisse nominal des salaires ainsi que d'une capacité de travail exigible de 50%, mais sans prendre en compte de diminution de rendement ou d'abattement supplémentaire. Toutefois, dans l'explication annexée au tableau de calcul de l'OAI, il est fait mention du tableau TA7, ligne 23 de l'ESS 2008, dans une activité simple et répétitive. En définitive, la consultation des tableaux de l'ESS 2008, laisse apparaître que les chiffres pris en compte, relèvent du tableau TA7, selon la ligne 23, soit « autres activités commerciales et administratives ». Quant au revenu sans invalidité, il y a été fixé à 77'714 fr., soit le salaire retenu pour l'année 2006, après réactualisation. Il ressort toutefois de l'explication annexée au tableau de l'OAI que le salaire retenu n'est pas celui de la recourante, mais celui d'une autre personne.

E. 41

Dans ses observations du 28 mars 2011, la recourante critique les avis du Professeur A_____ du 13 avril 2006 ainsi que du SMR du 9 juin 2008, pour parvenir à la conclusion qu'il n'existe aucun argument permettant de mettre en doute les constatations de

l'expert, dont le rapport répond aux critères retenus par la jurisprudence pour lui accorder une pleine valeur probante. Elle relève toutefois que ni le Dr K_____, ni les médecins du SMR n'ont tenu compte des troubles oculaires, dont elle allègue qu'ils se sont aggravés ces dernières années, renvoyant au rapport du Dr B_____ du 2 mai 2006. Pour le surplus, elle se réfère à ses précédentes écritures et notamment à la comparaison de gains révélant un taux d'invalidité de 72%.

E. 42

La cause fut gardée à juger le 31 mars 2011.

E. 43

Par écriture spontanée du 15 avril, la recourante releva que l'OAI était tombé dans l'arbitraire en ne retenant aucune réduction supplémentaire sur le salaire statistique, malgré une invalidité perceptible, les douleurs, ses problèmes de vue et de dos, ainsi que son âge.

A/353/2009 - 12/20 - EN DROIT 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). Depuis le 1er janvier 2011, cette compétence est revenue 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 26 septembre 2010). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 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. 3. La recevabilité du recours a été admise par arrêt du Tribunal fédéral du 1er février 2010. Il n'y a donc pas lieu d'y revenir. 4. Le litige porte sur le droit de la recourante à des prestations sous forme de rente, singulièrement sur la détermination du degré d'invalidité, sur la date de survenance de l'invalidité, et sur son évolution. 5. Aux termes de l'art. 8 al. 1 et 3 LPGA, 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. L'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération. 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 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 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

A/353/2009 - 13/20 - à sa santé physique ou mentale et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (art. 7 LPGA). 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; ATF non publié du 19 avril 2002, I 554/01). 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 LPG; depuis le 1er janvier 2004: art. 28 al. 2 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPG). 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'invalidité 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).

A/353/2009 - 14/20 - 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. 6. En vertu du principe de la libre appréciation des preuves, le juge apprécie librement les preuves médicales qu'il a recueillies, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Le juge doit examiner objectivement tous les documents à disposition, quelle que soit la provenance, puis décider s'ils permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. 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). Sans remettre en cause le principe de la libre appréciation des preuves, le Tribunal fédéral a posé des lignes directrices en ce qui concerne la manière d'apprécier certains types d'expertises ou de rapports médicaux. Ainsi, le juge ne s'écarte en principe 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 sur-expertise 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). 7. En l'espèce, il a été procédé à une expertise judiciaire, afin d'éclairer la Cour de céans au sujet de l'état de santé et de la capacité de travail de la recourante. L'expert judiciaire, le Dr K_____, rhumatologue FMH, s'est déterminé en faveur d'une capacité de travail de 20% au maximum dans l'activité de masseuse

A/353/2009 - 15/20 - thérapeutique et réflexologue, et de 50% dans une activité adaptée d'employée de bureau. L'expert indique qu'une incapacité de travail durable est intervenue à partir de l'intervention chirurgicale de pose d'une prothèse de cheville en date du 11 mai 2001, suite à une péjoration de la situation clinique à partir des années 2000/2001. Selon l'avis du Dr L_____ du SMR, le rapport d'expertise révèle une aggravation. Ce point de vue ne saurait toutefois être suivi. En effet, l'expert judiciaire ne fait pas état d'une aggravation postérieure à l'année 2008, mais se prononce en faveur d'une incapacité de travail consécutive à une péjoration de l'état de santé durant les années 2000/2001. L'expert a par ailleurs été spécifiquement interrogé lors de l'audience du 10 février 2011 à ce sujet et a expliqué sur quels éléments il fondait son appréciation correspondante, ceci de manière convaincante, expliquant notamment qu'il y avait une corrélation entre les dires de la recourante et les constatations objectives, et relevant également que le Dr F_____ avait déjà constaté en 2008 une perte musculaire. La Cour retiendra par ailleurs que les avis concordants du Dr C_____ et du Dr E_____ du mois d'avril 2008 correspondent mutatis mutandis à l'avis de l'expert s'agissant de la capacité de travail dans l'activité habituelle. Le Dr E_____ mentionnait par ailleurs une capacité de travail de 50% dans une activité de secrétariat ou dans une autre activité administrative. Compte tenu de la concordance de l'avis de l'expert avec les avis des Dr C_____ et Dr E_____, il convient de retenir, conformément d'ailleurs au contenu convaincant de l'expertise, que la capacité de travail attestée par le Dr K_____ remonte aux années 2000/2001 et ne correspond pas à une aggravation postérieure à l'année 2008. Ainsi, s'agissant de la capacité de travail, il sera retenu une capacité de 20 % dans l'activité de masseuse-réflexologue et de 50% dans une activité adaptée d'employée de bureau, ceci dès le mois de mai 2001. Il sera précisé à cet égard, qu'il n'y a pas lieu de revoir ces capacités sous l'angle ophtalmologique, puisque la recourante a indiqué lors de l'audience du 10 février 2011 que les problèmes d'ordre ophtalmologique étaient présents depuis sa naissance et n'avaient pas motivé la réduction de son temps de travail, qui jusqu'en 1999 était une activité d'employée de banque nécessitant ainsi l'usage de l'ordinateur.

A/353/2009 - 16/20 - D'ailleurs, la recourante ne conteste pas (cf. en particulier son écriture du 24 novembre 2010, p. 2), qu'une activité de dactylographe ou opératrice de saisie soit adaptée. 8. Reste à déterminer le taux d'invalidité de la recourante. a) Il convient en l'espèce de faire application de la méthode générale de comparaison des revenus, dont il y a lieu de faire application chaque fois que cela est possible (Michel VALTERIO, Droit de l'assurance vieillesse survivants (AVS) et l'assurance invalidité (AI), 2011, n° 2183). En effet, la méthode extraordinaire d'évaluation de l'invalidité, souvent applicable aux indépendants, ne saurait entrer en ligne de compte ici, puisque le début de l'incapacité de travail remonte à la période du début de cette activité indépendante et que d'autre part, seul l'un des revenus à comparer, à savoir le revenu sans invalidité dans l'activité indépendante, ne pourrait être déterminé de manière fiable (VALTERIO, op. cit., n° 2184). b) 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 devant être déterminés par rapport à un même moment (ATF 129 V 222). Conformément à l'art. 28 LAI, ce moment est intervenu le 12 mai 2002, soit une année après l'intervention chirurgicale du 11 mai 2001, date que l'expert retient comme étant celle de la survenance de l'incapacité de travail durable. c) S'agissant du revenu sans invalidité, il convient de se fonder sur le revenu que l'assurée aurait été en mesure de gagner au moment de la naissance du droit à la rente, si elle était restée en bonne santé, ceci en application du critère de la vraisemblance prépondérante (VALTERIO, op.cit., n° 2079). Dans ce cadre, il ne saurait être tenu compte du revenu de l'activité indépendante de la recourante, puisque ce dernier revenu correspond au lancement d'une nouvelle activité, à une période où la recourante connaissait déjà des difficultés de santé, puisque l'expert retient une péjoration dès les années 2000/2001, étant par ailleurs rappelé que durant l'année 2001, elle a subi une intervention chirurgicale lourde. Il convient ainsi de se référer à son revenu d'employée jusqu'à l'année 1999. A cet égard, la Cour se fondera sur les inscriptions figurant dans le compte individuel AVS (CI), dès lors que ces dernières ne sont pas contestées (VALTERIO, op.cit., n° 2067). Toutefois, dès lors que le revenu de l'année 1999 apparaît nettement plus élevé que les revenus des années précédentes, il convient de tenir compte de la moyenne des trois dernières années, soit les années 1997 à 1999, faute de quoi, l'on ne prendrait

A/353/2009 - 17/20 - pas en compte le revenu qui serait très vraisemblablement réalisé, sans l'atteinte à la santé, mais un revenu qui apparaît extraordinaire (Michel VALTERIO, op. cit. n° 2082). En définitive, le revenu sans invalidité sera fixé à 65'474 fr. (57'486 fr. [CI 1997] + 56'110 fr. [CI 1998] + 69'651 fr. [CI 1999] / 3 ans / 2'142 [indice des salaires nominaux pour une femme en 1998 ; date moyenne] x 2'296 [indice des salaires nominaux pour une femme en 2002]). d) Selon la jurisprudence, le revenu d'invalidé doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'assuré. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé, la jurisprudence considère que le revenu d'invalidé peut être évalué sur la base des statistiques salariales (ATF 129 V 472 consid. 4.2.1 p. 475; 126 V 75 consid. 3b/aa p. 76 et les références). Dans ce cas, il convient de se fonder, en règle générale, sur les salaires mensuels indiqués dans la table ESS TA1, à la ligne «total secteur privé» (ATF 124 V 321 consid. 3b/aa p. 323). Lorsque les circonstances du cas concret le justifient, on peut s'écarter de la table TA1 (secteur privé) pour se référer à la table TA7 (secteur privé et secteur public [Confédération] ensemble), si cela permet de fixer plus précisément le revenu d'invalidé et que le secteur en question est adapté et exigible (arrêt 9C_237/2007 du 24 août 2007 consid. 5.1, non publié aux ATF 133 V 545, et les références citées). La jurisprudence a notamment appliqué le tableau TA7 dans un cas où l'assuré gardait une capacité de travail

dans l'activité habituelle (Arrêt du TF du 20.11.2009, n° 9C_142/2009). En l'espèce, l'activité adaptée a été suffisamment déterminée dans le cadre de l'expertise pour pouvoir appliquer le tableau TA7. La ligne 23 correspondant aux « autres activités commerciales et administratives » est plus appropriée que la ligne 22 correspondant aux « secrétariat, travaux de chancellerie ». La recourante relève en effet, à juste titre, que les activités qu'elle est encore en mesure d'effectuer sont des activités de saisie ou de dactylographie. Or, un travail de secrétariat ou de chancellerie n'implique pas nécessairement une position assise continue et peut supposer le déplacement de dossiers. Le revenu statistique avec invalidité à prendre en compte s'élève ainsi à 29'759 fr. (4'769 fr. [ESS 2002 ; TA7 ; ligne 23 ; niveau 4 ; pour une femme] / 40 heures x 41,6 heures x 12 mois x 50% [capacité de travail]). La recourante propose de réduire ce montant de 15% pour tenir compte des multiples limitations fonctionnelles, d'un taux d'occupation limité, de son âge, de son manque de formation, et de ses difficultés à se déplacer. Pour sa part, l'OAI ne prend en compte aucune réduction.

A/353/2009 - 18/20 - Il est notoire que les personnes atteintes dans leur santé, qui présentent des limitations même pour accomplir des activités légères, sont désavantagées sur le plan de la rémunération par rapport aux travailleurs jouissant d'une pleine capacité de travail et pouvant être engagés comme tels; ces personnes doivent généralement compter sur des salaires inférieurs à la moyenne (ATF 124 V 321 consid. 3b/bb p. 323). 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). Une déduction globale maximale de 25 % sur le salaire statistique permet de tenir compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative (ATF 126 V 75 consid. 5b/aa-cc p. 79). Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence au sujet du contrôle de la décision administrative par le Tribunal cantonal des assurances. Il a jugé que la juridiction cantonale, lorsqu'elle examine l'usage qu'a fait l'administration de son pouvoir d'appréciation pour fixer l'étendue de l'abattement sur le revenu d'invalidité, doit porter son attention sur les différentes solutions qui s'offraient à l'organe de l'exécution de l'assurance-invalidité et voir si un abattement plus ou moins élevé (mais limité à 25 % [ATF 126 V 75]) serait mieux approprié et s'imposerait pour un motif pertinent, sans toutefois substituer sa propre appréciation à celle de l'administration (ATF 137 V 71). En l'espèce, il se justifie de s'écarter de l'avis de l'OAI, très sommairement motivé sur ce point. En effet, conformément à la jurisprudence précitée, et au vu de l'importance des limitations fonctionnelles de la recourante, celle-ci ne pourra prétendre au même salaire qu'un travailleur jouissant d'une pleine capacité de travail. La Cour considère qu'une réduction de 12% se justifie. Une quotité de réduction de 10% a été octroyée à un assuré qui pouvait effectuer des travaux auxiliaires légers à mi-temps, sans autre handicap (VALTERIO, op. cit., No 2135 et les références citées). Cette situation correspond mutatis mutandis à celle de la recourante, à cette différence près qui justifie un supplément de 2% que la recourante présente des problèmes ophtalmologiques qui viennent s'ajouter à la problématique rhumatologique. En revanche, eu égard à l'âge de la recourante (soit seulement 42 ans au moment de la décision litigieuse) et du fait que l'activité adaptée est déjà légère, une réduction de 15% ne saurait se justifier. Il en découle un revenu d'invalidité qui doit finalement être fixé à 26'188 fr. (29'759 fr. moins 12%).

A/353/2009 - 19/20 - Dès lors, la perte de revenu s'élève à 39'286 fr. (65'474 fr. moins 26'188 fr.), soit un taux d'invalidité de 60% donnant droit à un trois quarts de rente. 9. Comme on l'a vu, l'invalidité remonte au mois de mai 2002. Toutefois, la demande de prestations, déposée le 14 avril 2006 est tardive, de sorte qu'en vertu de l'article 48 LAI (dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2007 ; dès lors que tant la demande de prestations que la survenance de l'invalidité sont antérieures à cette date) le droit aux prestations rétroagit 12 mois avant le dépôt de la demande. Le droit de la recourante au versement d'un trois quarts de rente remonte ainsi au 1er mai 2005. 10. Le recours sera ainsi admis, en ce sens que la recourante a droit à un trois quarts de rente dès le 1er mai 2005. 11. La recourante obtenant gain de cause, une indemnité de 3'000 fr. lui est octroyée à titre de dépens. 12. Un émolument de 500 fr. est mis à charge l'OAI qui succombe (art. 69 al.1 bis LAI).

A/353/2009 - 20/20 - 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.