

# **GE\_GERICHTE ATAS/987/2009 vom 23. Juli 2009**

GE Cour de justice, 2009-07-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_987\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_987_2009)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/987/2009 du 23 juillet 2009

IT: GE\_GERICHTE ATAS/987/2009 del 23 luglio 2009

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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

### **E. 2**

L'objet du recours ressortit à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI). Partant, le Tribunal de céans est matériellement compétent pour statuer en l'espèce (art. 56 V al. 1 let. a ch. 2 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire ; art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 ; LPGA).

### **E. 3**

Le litige porte sur le point de savoir si la recourante est invalide dans une mesure suffisante pour ouvrir droit à une rente, respectivement à des mesures d'ordre professionnel.

A/3220/2008 - 10/20 -

### **E. 4**

Les modifications de la LAI du 6 octobre 2006 (5ème révision de la LAI), entrées en vigueur le 1er janvier 2008, n'ont pas à être prises en considération dans le présent litige, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment de la réalisation de l'état de fait dont les conséquences juridiques font l'objet de la décision (ATF 129 V 1 consid. 1.2 p. 4).

### **E. 5**

Est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle présumée permanente ou de longue durée, résultant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art. 8 al. 1 LPGA et 4 al. 1 LAI). Est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur le marché du travail équilibré qui entre en considération, si cette diminution résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (art. 7 LPGA). Pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assurée aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est compris 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 (art. 16 LPGA et art. 28 al. 2 LAI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007).

### **E. 5.1**

Depuis le 1er janvier 2004 (4ème révision AI), l'assuré a droit à un quart de rente s'il est invalide à 40% au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50% au moins, à trois quarts de rente s'il est invalide à 60% au moins et à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins. Le droit à la rente prend naissance au plus tôt à la date à partir de laquelle l'assuré présente une incapacité de gain durable de 40% au moins (art. 29 al. 1 lettre a LAI) ou à partir de laquelle il a présenté, en moyenne une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année sans interruption notable (art. 29 al. 1 lettre b LAI). L'existence d'une incapacité de gain durable doit être admise lorsque l'atteinte à la santé est largement stabilisée et essentiellement irréversible et qu'elle affectera, selon toute vraisemblance, durablement la capacité de gain de l'assuré dans une mesure suffisamment grave pour justifier l'octroi d'une rente (art. 29 du règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 – RAI, dans sa teneur en vigueur au 31 décembre 2007).

### **E. 5.2**

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 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; VSI 2001 p. 149 consid. 2a).

A/3220/2008 - 11/20 -

### **E. 6**

Pour qu'une invalidité soit reconnue, il est nécessaire, dans chaque cas, qu'un substrat médical pertinent, entravant la capacité de travail (et de gain) de manière importante, soit mis en évidence par le médecin spécialisé (ATF du 21 août 2007, I 797/06, consid. 4). La limitation concrète de la capacité de travail résultant de l'empêchement est déterminante pour fixer le degré de l'incapacité de travail; elle s'apprécie sur la base de constatations médicales (RAMA 1987 No U 27 p. 394, consid. 2b; ATA/262/2001). 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).

### **E. 7**

Le juge apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Il doit ainsi examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Si les rapports médicaux sont contradictoires, il ne peut liquider l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. L'élément déterminant pour la valeur probante d'un certificat médical n'est ni son origine ni sa désignation sous la forme d'un rapport ou d'une expertise, mais bel et bien son contenu. Il importe en particulier que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi

en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des interférences médicales soit claire et, enfin, que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 125 V 351 consid. 3a p. 352). En outre, 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. Il conviendra ainsi d'attacher plus de poids aux constatations faites par exemple par un spécialiste d'un centre d'observation de l'assurance-invalidité ou d'une clinique orthopédique universitaire, qu'à l'appréciation de l'incapacité de travail par le médecin de famille (cf. ATF 125 V 353 consid. 3b/cc). On précisera qu'en cas de divergence d'opinion entre experts et médecins traitants, il n'est pas, de manière générale, nécessaire de mettre en oeuvre une nouvelle expertise. La valeur probante des rapports médicaux des uns et des autres doit bien plutôt s'apprécier au regard des critères jurisprudentiels (ATF 125 V 351 consid. 3a p. 352) qui permettent de leur reconnaître pleine valeur probante. A cet égard, il convient de rappeler qu'au vu de la divergence consacrée par la jurisprudence entre un mandat thérapeutique et un mandat d'expertise (ATF 124 I 170 consid. 4 p. 175; SVR 2008 IV Nr. 15 p. 43 consid. 2.2.1 et les

A/3220/2008 - 12/20 - références [arrêt I 514/06 du 25 mai 2007]), on ne saurait remettre en cause une expertise ordonnée par l'administration ou le juge et procéder à de nouvelles investigations du seul fait qu'un ou plusieurs médecins traitants ont une opinion contradictoire. Il n'en va différemment que si ces médecins traitants font état d'éléments objectivement vérifiables ayant été ignorés dans le cadre de l'expertise et qui sont suffisamment pertinents pour remettre en cause les conclusions de l'expert. Par ailleurs, le simple fait qu'un certificat médical est établi à la demande d'une partie et produit pendant la procédure ne justifie pas, en soi, des doutes quant à sa valeur probante. Même si elle n'a pas la même valeur que des expertises mises en oeuvre par un tribunal ou par un assureur social, une expertise présentée par une partie peut également valoir comme moyen de preuve. Le juge est donc tenu d'examiner si elle est propre à mettre en doute, sur les points litigieux importants, l'opinion et les conclusions de l'expert mandaté par le tribunal ou l'assureur social. Cette jurisprudence s'applique aussi lorsqu'un assuré entend remettre en cause, au moyen d'une expertise privée, les conclusions d'une expertise aménagée par un office AI (ATF 125 V 354 consid. 3c).

## **E. 8**

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4e éd., Berne 1984, p. 136; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

## **E. 9**

Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves; KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, p. 212, n° 450; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., p. 39, n° 111 et p. 117, n° 320; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., p. 274; cf. aussi ATF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. 3c et

A/3220/2008 - 13/20 - la référence). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n° 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 a Cst. étant toujours valable (ATF 124 V 94 consid. 4b).

## **E. 10**

A l'appui de la décision litigieuse, l'OCAI s'est fondé en particulier sur le rapport d'expertise du Dr D\_\_\_\_\_, spécialisé en chirurgie orthopédique auprès du SMR, du 11 mai 2007, rapport confirmé par l'avis médical du SMR du 30 mai suivant, estimant en particulier que l'assurée disposait, depuis le 1er septembre 2005, d'une capacité de travail résiduelle de 30% dans sa dernière activité professionnelle et de 100% dans une activité adaptée.

### **E. 10.1**

Dans le cas particulier, on doit constater que l'expertise du SMR du 11 mai 2007 (complétée par son avis complémentaire du 4 mai 2009), répond entièrement aux critères jurisprudentiels propres à lui conférer pleine valeur probante (cf. supra, § 7). De son côté, la recourante n'apporte aucun élément médical pertinent susceptible de remettre en cause les conclusions du SMR. En particulier, l'expertise du Dr H\_\_\_\_\_ ne contient aucun élément décisif permettant de s'écarter des conclusions du Dr D\_\_\_\_\_. En effet, les diagnostics posés et les limitations fonctionnelles décrites (hormis celles-concernant la possibilité de porter des charges supérieures à 1 kg) sont largement superposables et l'examen clinique effectué par l'expert privé est dans les limites de la norme (hormis une inégalité discrète de longueur des membres inférieurs, un discret déséquilibre de la colonne, une scoliose structurelle avec 2 cm de défaut à droite et une gibbosité de 1 cm.). De plus, il ressort des explications complémentaires et convaincantes du SMR du 9 mai 2009 – explications qui n'ont pas été remises en cause par un avis médical produit par la recourante - que si le Dr D\_\_\_\_\_ avait exclu une « clinique » du canal lombaire étroit en l'espèce, après avoir analysé l'IRM du 30 août 2005 illustrant un canal lombaire rétréci (cf. rapport d'expertise du Dr D\_\_\_\_\_ du 11 mai 2007, p. 3), c'est parce qu'il n'y avait aucune évidence radiologique quant à une compression nerveuse. Les Drs G\_\_\_\_\_ et Laure I\_\_\_\_\_ ont également confirmé l'absence de signes d'irritation radiculaire et en tout cas l'absence de dermatome précis définissable (cf. ci-dessus, § 21).

D'autre part, dans leurs rapports respectifs des 2 et 27 octobre 2008, le Dr I\_\_\_\_\_ et la Dresse I\_\_\_\_\_ ne se sont pas prononcés sur un taux de capacité de travail exigible (dans l'activité habituelle ou une activité adaptée). A cet égard, cette praticienne s'est limitée à affirmer que la durée de l'arrêt de travail, depuis août 2003, rendait difficile le pronostic d'une reprise professionnelle et qu'il était « peu probable » que l'assurée puisse

reprendre une activité sollicitant le rachis lombaire, « mais devrait pouvoir se reconverter dans une activité professionnelle plus sédentaire ». Au demeurant, cette dernière formulation donne à penser que l'assurée pourrait travailler à 100% dans une activité adaptée. Il en va d'ailleurs de même du courrier du professeur

A/3220/2008 - 14/20 - F\_\_\_\_\_ (lequel a soigné la patiente), du 20 juin 2007, dans lequel celui-ci trouvait « parfaitement justifié » l'avis du SMR se prononçant « plutôt en faveur d'une réadaptation professionnelle et non pas d'une rente ».

On notera par ailleurs qu'en matière d'assurance-invalidité, la longue période d'inactivité, l'âge ou l'absence de motivation ne constituent pas des atteintes à la santé à prendre en considération pour évaluer l'incapacité de travail ou de gain d'un assuré (ATF du 24 mai 2006, I 846/05, consid. 6).

Quant à l'appréciation du Dr H\_\_\_\_\_, selon laquelle « la situation d'échec d'un traitement conservateur depuis 7 ans, juste et bien suivi par la patiente, justifiait une reconversion professionnelle aux frais de l'AI (...), ainsi qu'une rente d'au moins 50% », elle n'est pas, dans le domaine de l'assurance-invalidité, du ressort du médecin et ne lie donc pas l'office AI, car c'est à cette administration qu'il incombe de trancher cette question de droit (cf. art. 28 al. 2 LAI) (ATF du 4 juin 2003, I 748/02, consid. 4.2).

Enfin, on ne saurait davantage suivre sans autre les estimations du Dr A\_\_\_\_\_ relatives à la capacité de travail de la recourante dans son ancienne activité (0%) et dans une activité de remplacement (50%) (rapport du 6 mars 2006), - estimations au demeurant non motivées - dès lors 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 (cf. ATF précité 125 V 353 consid. 3b/cc). Au reste, ces estimations apparaissent relatives, dans la mesure où le Dr A\_\_\_\_\_ a également indiqué, dans ledit rapport, qu'un examen médical complémentaire de sa patiente était nécessaire.

A cela s'ajoute que l'évaluation du Dr A\_\_\_\_\_ - tout comme celle du Dr H\_\_\_\_\_ - se fonde en grande partie sur les indications subjectives (non vérifiées) de l'assurée, qui ne se sent pas en mesure d'accepter un travail à 100%, si bien que, pour ce motif également, elle ne saurait emporter la conviction (cf. VSI 2002/2, p. 67). A cet égard, il convient de rappeler que compte tenu des difficultés, en matière de preuve, à établir l'existence de douleurs, les simples plaintes subjectives de l'assuré ne suffisent pas pour justifier une invalidité (entière ou partielle) (ATF 130 V 353 consid. 2.2.2 ; ATFA du 15 septembre 2004, I 515/03, consid. 3.3.1). Pour le surplus, on relèvera que, dans son expertise du 11 mai 2007, le Dr D\_\_\_\_\_ avait estimé que l'antalgie chez la patiente était « largement susceptible d'être améliorée », ce que le professeur F\_\_\_\_\_ a d'ailleurs confirmé en préconisant de la physiothérapie active avec renforcement lombaire (courrier du 20 juin 2007). Dans le même sens, la Dresse I\_\_\_\_\_ a recommandé un traitement de physiothérapie active visant une proprioception du rachis et un renforcement de la musculature (certificat du 2 octobre 2008). Or, il n'apparaît pas que l'assurée ce soit effectivement soumise à ce type de traitement à ce jour.

A/3220/2008 - 15/20 -

### **E. 10.2**

Au vu des considérations qui précèdent, force est d'admettre que c'est à juste titre que l'office intimé a retenu que l'assurée disposait d'une capacité résiduelle de travail de 30%

dans son activité de serveuse, respectivement de 100% dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles.

## **E. 11**

Par ailleurs, se prévalant en particulier de l'expertise du Dr H\_\_\_\_\_ du 25 octobre 2008, la recourante conteste les conclusions de l'enquête économique sur le ménage relatives à la répartition des champs d'activité entre activité lucrative et accomplissement des travaux habituels (ce dernier champs devant être plus important, selon elle), ainsi qu'à l'évaluation des empêchements dans la part consacrée aux travaux habituels (invalidité de 17%).

### **E. 11.1**

Ici également, il faut rappeler qu'il n'appartient pas au médecin de se prononcer sur le bien-fondé d'une enquête ménagère. D'ailleurs, l'emploi du temps retenu par l'OCAI concernant les travaux habituels (20%) se concilie non seulement avec les propres souhaits de l'assurée (cf. questionnaire du 31 juillet 2006), mais également avec la tenue d'un ménage monoparental et la prise en charge d'un enfant scolarisé. Il n'y a dès lors pas lieu de revenir sur la répartition des champs d'activité retenue par l'office intimé.

Par surabondance, on rappellera que l'on ne peut pas tenir compte de la durée effective du travail ménager et professionnel (RCC 1992 p. 134, 1980 p. 564). En effet, la part, sur l'ensemble des tâches, de l'activité lucrative s'obtient en comparant la durée de travail que la personne handicapée accomplirait sans invalidité avec la durée de travail totale usuelle dans la profession concernée. La différence constitue la part du travail ménager (cf. Circulaire de l'OFAS concernant l'invalidité et l'impotence de l'assurance-invalidité, édition 2008, n° 3100) (CIIAI).

Enfin, et en tout état, on peine à saisir en quoi cet argument serait utile à la recourante. En effet, contrairement à ce que celle-ci semble croire, dans le cadre de la méthode mixte d'évaluation, le taux d'invalidité global est d'autant plus important que la part consacrée au ménage est réduite par rapport à celle dévolue à l'activité professionnelle (cf. formule de calcul applicable à la méthode mixte d'évaluation, mentionnée dans la CIIAI, n°3101).

### **E. 11.2**

Il convient aussi d'écarter le grief, soulevé par le Dr H\_\_\_\_\_, concernant la prétendue discordance opérée par l'OCAI entre le taux d'invalidité retenu dans l'activité professionnelle (4% de 80%) et celui retenu pour la part dans les travaux habituels (17% de 20%), « soit quasi 100% », alors l'activité professionnelle « ne saurait être plus importante, en termes d'effort, que l'activité habituelle ». En effet, ce calcul semble provenir d'une confusion entre perte économique (résultant de la comparaison des revenus avec et sans invalidité) et empêchement médical à accomplir les activités ménagères. Par surabondance, on

A/3220/2008 - 16/20 - relèvera que l'incapacité de travail et l'incapacité d'accomplir ses travaux habituels sont deux notions qui, même si elles se recoupent en partie, doivent être différenciées, ce d'autant qu'en l'espèce l'assurée exerçait la profession de serveuse avant son empêchement de travailler, soit une activité qui ne saurait être assimilée à celle de ménagère. Au demeurant, aux termes de l'art. 6 LPGA, l'incapacité de travail se définit comme toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir, dans sa profession ou dans 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 revanche, l'incapacité d'accomplir les travaux habituels (art. 28 al. 2bis LAI en corrélation avec les art. 27 RAI et 8 al. 3 LPGA) s'évalue différemment. Elle se fonde non seulement sur l'inaptitude de l'assuré à effectuer les tâches qui se recoupent avec son activité habituelle, mais également sur l'empêchement à réaliser tous les autres travaux usuels et nécessaires à la tenue d'un ménage, tels que, notamment, la préparation des repas, les emplettes, l'entretien du linge ou les soins aux enfants (cf. CIIAI, p. 65, no 3084 ss).

Par conséquent, à défaut de griefs précis et étayés propres à faire naître un doute sur le bien-fondé des conclusions du rapport d'enquête économique sur le ménage du 13 mars 2008, il n'y a pas lieu de s'écarter du degré d'incapacité retenu dans le cadre dudit rapport, dont le contenu est par ailleurs plausible, motivé et rédigé de façon suffisamment détaillée en ce qui concerne les diverses limitations et correspond aux indications relevées sur place (cf. ATF 128 V 93).

## **E. 12**

Pour déterminer le degré d'invalidité, l'office intimé a estimé en l'espèce que la recourante subissait une invalidité globale de 6%, soit un degré d'invalidité de 3% pour la part professionnelle de 80% (perte économique de 4%) et de 3% pour la part des travaux habituels de 20% (empêchement de 17%). (cf. ci-dessus, p. 4, § 13).

### **E. 12.1**

Lorsqu'il y a lieu d'appliquer la méthode mixte d'évaluation, l'invalidité des assurés pour la part qu'ils consacrent à leur activité lucrative doit être évaluée selon la méthode ordinaire de comparaison des revenus (art. 28 al. 2ter LAI en corrélation avec les art. 27bis RAI et 16 LPGA). Concrètement, lorsque l'assuré ne peut plus exercer (ou plus dans une mesure suffisante) l'activité qu'il effectuait à temps partiel avant la survenance de l'atteinte à la santé, le revenu qu'il aurait pu obtenir effectivement dans cette activité (revenu sans invalidité) est comparé au revenu qu'il pourrait raisonnablement obtenir en dépit de son atteinte à la santé (revenu avec invalidité). Autrement dit, le dernier salaire que l'assuré aurait pu obtenir compte tenu de l'évolution vraisemblable de la situation jusqu'au prononcé de la décision litigieuse - et non celui qu'il aurait pu réaliser s'il avait pleinement utilisé ses possibilités de gain (ATF 125 V 146 consid. 5c/bb p. 157) - est comparé au gain hypothétique qu'il pourrait obtenir sur un marché équilibré du

A/3220/2008 - 17/20 - travail en mettant pleinement à profit sa capacité résiduelle dans un emploi adapté à son handicap (ATF 125 V 146 consid. 5a p. 154).

### **E. 12.2**

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).

### **E. 12.3**

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 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).

#### **E. 12.4**

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).

#### **E. 13.1**

En l'occurrence, la recourante s'en prend à la comparaison des revenus effectuée par l'OCAI en application de l'art. 16 LPGA, singulièrement au revenu d'invalidé fixé en fonction des données statistiques de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), actualisé en 2006 (49'758 fr.). En substance, elle soutient que ce montant est "curieux", dès lors qu'il était plus élevé que le revenu sans invalidité (46'486 fr.).

Ce grief est infondé. En effet, le fait que dans l'une ou l'autre situation le salaire d'invalidé déterminé au moyen des données ESS est plus élevé que le revenu statistique obtenu par l'assuré avant l'invalidité ne suffit pas à démontrer que ce salaire ne serait pas représentatif du revenu que l'assurée pourrait théoriquement

A/3220/2008 - 18/20 - réaliser dans une activité adaptée (comp. ATF du 6 février 2009, 9C\_704/2008, consid. 3.1.2). Cette éventualité est en effet inhérente à la comparaison des revenus, s'agissant de revenus hypothétiques déterminés tous les deux sur la base de statistiques fédérales (ATF du 28 décembre 2005, I 334/05, consid. 4.2).

#### **E. 13.2**

En l'espèce, l'OCAI a retenu (à juste titre) que le dossier ne contenait pas de données salariales fiables permettant de calculer le revenu sans invalidité, si bien qu'il s'est fondé sur le salaire ESS 2004, actualisé 2006, (applicable dans la restauration, pour une femme, dans une activité de niveau 4), soit 46'486 fr. Néanmoins, dans la mesure où le contrat de travail était soumis à la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés, il y aurait eu lieu d'appliquer le salaire conventionnel, respectivement le salaire prévu par l'avenant cantonal genevois (J 1 50.19), en vigueur en 2006, soit au moment de la naissance du droit à la rente [le terme du délai d'attente au sens de l'art. 29 al. 1 let. b LAI (dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007) devant être fixé au 1er septembre 2006, compte tenu de l'incapacité de travail de 100% attestée médicalement depuis le 1er septembre 2005 (rapport du Dr A \_\_\_\_\_ du 6 mars 2006)]. Ledit salaire s'élève ainsi à 47'060 fr. par an (13 x 3'620 fr. pour un collaborateur sans apprentissage, avec formation équivalente, et une expérience professionnelle inférieure à 7 ans).

Quant au salaire statistique d'invalide correspondant, il s'élevait, cette année-là, à 4'019 fr. par mois ou 48'228 fr. par année (Enquête suisse sur la structure des salaires 2006, TA1, niveau de qualification 4, part au treizième salaire comprise). Adapté à l'horaire usuel de travail dans les entreprises en 2006 (41,7) (La Vie économique, 7-8/2007, p. 90, B9.2), se salaire s'établi à 50'277 fr.

C'est le lieu de préciser que, s'agissant de la durée normale hebdomadaire prise en compte par l'OCAI, c'est en vain que la recourante prétend que cet office s'est écarté sans raison de la « constante statistique » de 40 heures par semaine pour retenir un temps de travail hebdomadaire de 41,6 heures. Au contraire, pareil mode de calcul s'impose dans la mesure où les salaires bruts standardisés se basent sur une durée de travail inférieure à celle prévalant dans les entreprises (ATF 129 V 410 consid. 3.1.2 ; voir aussi ATF du 23 mars 2009, 8C\_662/2008, consid. 3).

Compte tenu d'un abattement du salaire avec invalidité de 10% retenu par l'administration (45'250 fr.), on aboutit à un taux d'invalidité de 3.8 % [= (47'060 fr. moins 45'250 fr.) x 100 : 47'060 fr.], soit un taux qui est insuffisant pour ouvrir le droit à une rente ou à des mesures de réadaptation d'ordre professionnel (diminution de la capacité de gain de 20% environ : ATF 124 V 108, consid. 2b).

A/3220/2008 - 19/20 -

Certes, la recourante soutient que l'abattement de 10% ne tiendrait pas compte d'une « très importante diminution de rendement », compte tenu de ses limitations fonctionnelles et de son niveau de qualification très limité (« connaissance moyenne du français, pas de qualification d'école secondaire ou professionnelle »).

Pareille affirmation – insuffisamment étayée – ne saurait être suivie, puisqu'elle prend en compte des éléments non médicaux, dont l'assurance invalidité n'a pas à répondre (ATFA du 12 juillet 2004, I 535/03, consid. 5.1 ; ATF 127 V 299 consid. 5a; VSI 2000 p. 149 consid. 3).

Au demeurant, le taux de 10% apparaît approprié en l'espèce, au vu de la situation personnelle et professionnelle de la recourante, qui ne présente aucune limitation liée à l'âge, aux années de service, ou à la catégorie d'autorisation de séjour (cf. ATF 126 V 75).

A titre superfétatoire, on remarquera que même une réduction maximale de 25% n'entraînerait aucune modification de la décision litigieuse, le taux d'invalidité restant en deçà des taux ouvrant le droit à la rente ou à l'octroi de mesures d'ordre professionnel.

A/3220/2008 - 20/20 -

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