

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3693/2008

ATAS/411/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 7 avril 2009

En la cause

Madame K_____, domiciliée à Châtelaine, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître FAIVRE Jean-Marie

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, sis rue
de Lyon 97, Genève

intimé

**Siégeant : Isabelle DUBOIS, Présidente; Bertrand REICH et Christine BULLIARD
MANGILI, Juges assesseurs**

ATTENDU EN FAIT

Que Madame K_____ (ci-après la recourante), née en 1965, a été victime d'un accident de travail en 2005, alors qu'elle travaillait en qualité de sommelière dans un restaurant ;

Que ses médecins attestent d'une capacité de travail de 50 %, suite au traumatisme crânien cervical, à la commotion cérébrale, aux contusions et à l'entorse dont elle a souffert à cette occasion;

Que l'assureur-accidents a diligenté une expertise médicale, effectuée par le Dr L_____, une première fois en 2005, puis le 8 novembre 2006, dans laquelle l'expert retient une capacité de travail de 50 %, qui peut être augmentée à l'avenir, un certain nombre de limitations fonctionnelles, et la présence également d'affections sans lien de causalité avec l'accident;

Que la recourante a déposé une demande de prestations auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE (ci-après OCAI), en mars 2006, visant l'octroi d'une rente d'invalidité ;

Que le SERVICE MÉDICAL RÉGIONAL DE L'AI (ci-après SMR) a retenu, dans un avis du 28 février 2007, que le diagnostic de syndrome post-traumatique ne pouvait pas être retenu, au contraire des troubles psychiques, qui relèvent tant du trouble dépressif que du traumatisme crânien, qui devaient progressivement s'atténuer ; que par ailleurs en raison de l'atteinte lombaire, l'activité de serveuse n'était pas à poursuivre, même à 50 %, et qu'il fallait voir pour une autre activité plus légère qui lui permette également l'alternance de positions ; que l'on pouvait s'attendre à un taux de capacité de travail de 75 % au moins ;

Que, toutefois, l'OCAI a refusé toute prestation à la recourante par décision du 8 septembre 2008, au motif qu'elle s'est déclarée incapable de travailler à 50 % alors qu'elle travaille en réalité à temps plein ;

Que l'Office se fonde sur un rapport de surveillance, effectuée du 5 juin au 22 juin 2007, versé à la procédure, apparemment, par l'assureur-accidents, et qui retient en substance que la recourante travaillerait entre 35 et 36 heures par semaine, sans être limitée, sans avoir de rendez-vous de médecins, sans prendre de médicaments ;

Que dans son recours du 13 octobre 2008, la recourante conclut à l'annulation de la décision litigieuse, et au renvoi du dossier pour instruction complémentaire sur les mesures d'ordre professionnel, et nouvelle décision, avec suite de dépens ;

Qu'elle fait valoir, essentiellement, que le fait qu'elle ne dispose plus que d'une capacité restreinte de travail dans une activité de serveuse a été établi médicalement, son droit à des mesures professionnelles reconnues, et que le fait qu'elle ait pu, sur une période

limitée, effectuer plus d'un 50 %, n'est pas relevant au vu des constatations médicales ; qu'elle relève n'avoir pas eu connaissance des insinuations de l'assureur-accidents, le dossier de l'intimé ne comportant aucun élément y relatif ;

Que dans sa réponse du 12 janvier 2009, l'OCAI conclut au rejet du recours en se référant au rapport de surveillance, et au fait que la recourante a renoncé expressément à toutes prestations futures de l'assureur-accidents, le 28 février 2008 ;

Que dans sa réplique du 23 février 2009, la recourante explique avoir été contrainte pour des raisons financières, et contre l'avis de ses médecins, d'augmenter son taux d'activité durant le mois de juin 2007, l'assureur-accidents ayant supprimé toute prestation dès la fin du mois d'avril ; surtout, la situation médicale ayant été clarifiée et son droit à une réadaptation professionnelle constaté, celle-ci doit être mise en œuvre pour lui permettre précisément d'utiliser sa capacité résiduelle de travail dans une activité qui respecte les limitations fonctionnelles ;

Que le Tribunal a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 7 courant ;

Qu'à cette occasion les parties ont déclaré ce qui suit:

«Mme A_____ (OCAI) : Sur question j'indique qu'en effet notre Office ne s'est pas fondé sur des documents médicaux pour refuser toute prestation, mais uniquement sur le rapport de surveillance et les déclarations de la recourante à la Zürich Assurances.

Mme K_____ : A la question de savoir pourquoi j'ai augmenté mon taux d'activité au restaurant, j'explique tout d'abord que je n'ai jamais fait un 100 %. Au mois de mai 2007 j'ai été malade durant 2 semaines, j'avais donc des heures à récupérer. Au mois de juin, j'ai fait plus que mon 50 % lorsque je me sentais bien ou lorsqu'il fallait remplacer un collègue. Par ailleurs, je me rendais aussi au restaurant sans y travailler, pour y manger ou boire un café, pour sortir de chez moi. Je conteste le rapport de surveillance qui est faux en bonne partie. Tant avant qu'après le mois de juin j'ai travaillé à 50 %. Lorsque l'assureur de la Zürich est passé me voir en avril 2007, j'étais à 50 %.

Vous m'interrogez sur le procès-verbal d'entretien du 28 février 2008 à la Zürich, plus particulièrement sur les circonstances qui m'ont fait renoncer à toute prestation future. L'entretien s'est très mal passé. J'ai été conduite dans une petite salle surchauffée et deux messieurs sont venus avec un dossier très volumineux. Durant l'entretien, j'ai été traitée notamment de menteuse, de voleuse, de je ne sais quoi d'autre. Les pressions ont été très fortes. A la fin je n'avais qu'un souhait, partir.

Je précise que je prends mes médicaments le matin et le soir. J'ai également eu des patches de morphine ou à base de morphine, qui durent 3 jours. Je les utilise encore actuellement, occasionnellement.

Me FAIVRE : Cet entretien est d'autant plus incompréhensible que la Zürich avait mis fin à toute prestation à la fin du mois d'avril 2007. Je produis la décision de fin de prestation, que nous n'avons pas contestée. J'observe que la Zürich a rendu sa décision le 11 juin 2008. Elle avait toutefois mis fin aux prestations en avril mais l'année d'avant sur la base du rapport du Dr L_____, de novembre 2006. Des éléments sans lien de causalité avec l'accident existaient en effet. J'ignore à ce jour qui et à quel motif a ordonné la surveillance de ma cliente ».

Qu'à l'issue de l'audience, le Tribunal de céans a délibéré sur le siège ;

Qu'il a annulé la décision litigieuse, ordonné le renvoi du dossier à l'OCAI pour instruction et nouvelle décision (investigations médicales et comparaison des gains), fixé l'émolument dû par l'OCAI à 750 F, et les dépens dus à la recourante à 3250 F ;

Que la représentante de l'OCAI ayant refusé la possibilité qui lui a été donnée de procéder elle-même, à moindre frais, à la mise en œuvre de cette décision, la décision rendue Tribunal est formalisée par le présent arrêt, et motivée comme suit;

CONSIDÉRANT EN DROIT

Que le Tribunal de céans est compétent en raison de la matière (art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire -LOJ), la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) applicable au cas d'espèce, et le recours recevable à la forme (art. 56 à 60 LPGA) ;

Qu'on rappellera qu'aux termes de l'art. 4 LAI, l'invalidité (art. 8 LPGA) peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (al. 1^{er}). L'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération (al. 2). 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); il y a lieu en général 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);

Que conformément à l'art. 8 al. 1^{er} LAI, dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007, les assurés invalides ou menacés d'une invalidité imminente ont droit aux mesures de réadaptation qui sont nécessaires et de nature à rétablir leur capacité de gain, à l'améliorer, à la sauvegarder ou à en favoriser l'usage, ce droit étant déterminé en fonction de toute la durée d'activité probable;

Que l'art. 8 al. 3 aLAI dispose que les mesures de réadaptation comprennent des mesures médicales (let. a), des mesures d'ordre professionnel (orientation professionnelle, formation professionnelle initiale, reclassement professionnel, service

de placement) (let. b), des mesures de formation scolaire spéciale (let. c), l'octroi de moyens auxiliaires (let. d) et l'octroi d'indemnités journalières (let. e);

Que, plus particulièrement, le droit au reclassement suppose que l'assuré soit invalide ou menacé d'une invalidité imminente (art. 8 al. 1^{er} LAI). Or, est réputé invalide au sens de l'art. 17 LAI celui qui n'est pas suffisamment réadapté, lorsque l'activité lucrative exercée jusque là n'est plus raisonnablement exigible ou ne l'est plus que partiellement en raison de la forme et de la gravité de l'atteinte à la santé;

Que contrairement au droit à une rente (art. 28 al. 1^{er} LAI), la loi ne dit pas à partir de quel degré d'invalidité l'assuré peut prétendre des mesures de réadaptation; le seuil minimum fixé par la jurisprudence pour ouvrir droit à une mesure de reclassement est toutefois une diminution de la capacité de gain de l'ordre de 20% (ATF 124 V 108 consid. 2b et les références);

Enfin, on rappellera également que pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu un recours) a besoin de documents qu'un médecin, éventuellement d'autres spécialistes, doivent lui fournir. 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, à ce motif, 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 256 consid. 4 et les références);

Qu'au vu des principes et règles légales rappelés ci-dessus, il apparaît que la décision de l'OCAI n'a pas été prise conformément à la loi ;

Plus particulièrement, il apparaît totalement exclu qu'un seul rapport de surveillance serve de base à un refus de prestations, étant précisé à ce sujet que l'OFAS, dans le cadre de la 5e révision de la LAI qui prévoit à certaines conditions la possibilité de diligenter des enquêtes, a expressément indiqué qu'un tel moyen de preuve doit rester l'ultima ratio ;

Que si l'on peut comprendre que ce rapport de surveillance a éveillé des doutes sur la réelle capacité de travail de la recourante, son droit d'être entendu, notamment, exigeait qu'elle soit questionnée sur ses constatations et puisse se déterminer sur le rapport de surveillance, ce qui à l'évidence n'a pas été le cas ;

Que les doutes de l'OCAI devaient conduire l'Office à investiguer plus avant la capacité de travail de la recourante, par le biais, si nécessaire, d'une expertise médicale, ou par le biais d'un examen du SMR, ou sa capacité résiduelle de travail par le biais d'une observation professionnelle ;

Qu'ainsi, de deux choses l'une : soit l'OCAI considère aujourd'hui encore que le rapport d'enquête remet en cause la capacité résiduelle de travail établie médicalement, et doit

investiguer à nouveau cette question ; soit l'OCAI devra faire droit à la demande de réadaptation professionnelle, préconisée d'ailleurs par le SMR, sans délai.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet, et annule la décision du 8 septembre 2008.
3. Renvoie le dossier à l'OCAI pour instruction et nouvelle décision au sens des considérants.
4. Condamne l'OCAI au versement d'une indemnité en faveur de la recourante de 3250 F.
5. Met un émolument de 750 fr. à la charge de l'OCAI.
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Brigitte BABEL

Isabelle DUBOIS

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