

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 16 juin 2009

Présidence de M. DIND
Juges : M. Jomini et Mme Di Ferro Demierre
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

B. _____, à Bex, recourant, représenté par Me Sandra Genier Müller,
avocate à Lausanne,

et

OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITE POUR LE CANTON DE VAUD (ci-
après : l'OAI ou l'office), à Vevey, intimé.

Art. 6 ss, 16 LPGA; 4 et 28 LAI

E n f a i t :

A. B._____, né en 1958, de nationalité portugaise, marié, père de deux enfants nés en 1985 et 1986, domicilié en Suisse depuis 1987, a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité (AI) le 2 juin 2003 sollicitant l'octroi d'une rente. Il fait état de douleurs au dos ainsi qu'au genou gauche existant depuis 1995. Il travaillait comme maçon au service de l'entreprise Y._____ à [...] du 3 juin 1996 jusqu'au 2 décembre 2002. D'un questionnaire pour l'employeur complété le 19 juin 2003, il ressort que l'intéressé a cessé le travail dès le 2 décembre 2002, son gain annuel étant de 65'110 fr. 10 en 2001 et de 62'359 fr. 50 en 2002.

En date du 4 août 2003, le Dr N._____, médecin traitant, a posé les diagnostics suivants ayant des répercussions sur la capacité de travail : gonarthrose tricompartmentale gauche existant depuis mars 1995, lombosciatalgies gauches déficitaires sur hernie discale L4-L5, obésité, syndrome d'apnée du sommeil. Sans répercussion sur la capacité de travail, il a retenu une hypertension artérielle labile ainsi qu'une discrète oesophagite de reflux. Il atteste une incapacité totale de travail depuis le 2 décembre 2002.

Mandatée par l'OAI le 19 août 2004, la Dresse H._____, rhumatologue FMH, a établi une expertise le 21 avril 2005, après avoir procédé à un examen clinique de l'assuré le 2 mars précédent et avoir eu à sa disposition le dossier transmis par l'OAI ainsi que des radiographies complémentaires de la nuque du 4 mars 2005 et le CT-scan lombaire de contrôle d'évolution effectué le 7 mars 2005. Les diagnostics retenus ayant une répercussion sur la capacité de travail sont les suivants :

- gonarthrose gauche avancée post-traumatique M 17.3,
- lombosciatalgies gauches résiduelles après hernie discale L4-L5 gauche foraminale M 47.2,
- cervicalgies avec discret syndrome cervical sur cervicarthrose étagée M 47.8.

Dans son appréciation du cas, l'expert observe ce qui suit :

"Cet assuré de 47 ans, d'origine portugaise, ayant travaillé dans la maçonnerie depuis sa sortie d'école primaire, a présenté dans l'enfance une lésion osseuse du fémur droit qui a nécessité un probable curetage et une immobilisation prolongée de plusieurs mois à l'hôpital. Il a présenté une fracture proximale du tibia gauche vers l'âge de 15 ans, traitée conservativement. Il a toujours bien fonctionné dans son activité de maçon, se déclarant en parfaite santé jusqu'à un accident de probable distorsion du genou gauche survenu sur un terrain de football en 1994. Le Dr J._____ a procédé à une arthroscopie avec exérèse méniscale partielle l'année suivante. (...). En 1998, sur un fond de lombalgies, il présente une sciatique intense sur hernie discale lombaire, rebelle, ayant nécessité une prise en charge hospitalière, une rééducation au Centre L._____ du Dr G._____ à [...]. Alors qu'une réadaptation était suggérée, M. B._____ a préféré reprendre son travail, ce qui s'est avéré possible jusqu'en décembre 2002. Depuis lors, il est à l'IT [incapacité de travail, réd.] totale, en attente d'une rente AI.

Actuellement, il annonce des douleurs intenses, avec sensations que cela chauffe dans sa région lombaire et l'impression de douleurs et de dysesthésies assez globales au membre inférieur gauche qui devient de plus en plus faible également en raison du genou qui se déforme. Plus récemment, sont apparues des céphalées irradiant vers l'occiput. Enfin, un syndrome d'apnées du sommeil nécessite la prise de CPAP qu'il tolère mal. Il mentionne qu'en raison des troubles du sommeil, aucune activité résiduelle ne lui serait possible. Il souffre de manque de concentration, de fatigue, de ses douleurs chroniques. A ses yeux, cela le rend totalement invalide. M. B._____ n'arrive pas à analyser ses aptitudes restantes qui lui permettent par exemple tout de même de se déplacer. Il reste parfaitement valide de ses membres supérieurs. Ses douleurs n'ont pas été responsables d'un isolement social progressif.

Il présente certains soucis et des ruminations en raison des risques de voir baisser les revenus de la famille après l'apprentissage des enfants. Il ne se dit pas clairement déprimé toutefois.

En raison de certains éléments discordants et de phénomènes d'amplification au status, il a été demandé un cliché de la nuque à la recherche d'une cervicarthrose, et un CT scan lombaire pour juger de l'évolution de la hernie, pour déterminer les limitations fonctionnelles."

S'agissant des limitations fonctionnelles, la Dresse H._____ estime que, pour le genou, il convient d'éviter les longs déplacements, les terrains instables, le fait de monter sur une échelle, d'actionner une pédale, un engin vibrant, de devoir s'agenouiller ou s'accroupir ou tenir dans une position peu sûre en appui monopodal. En ce qui concerne le dos, l'expert retient qu'il faut envisager une activité légère avec évitement des charges de plus de 10 kg, avec alternance des positions permises, évitement des porte-à-faux, tandis que pour la nuque, il faut éviter une

position statique prolongée de la tête. L'expert souligne par ailleurs que "ces pathologies de localisation différente (genou, rachis) donnent des limitations fonctionnelles qui peuvent être contraires. En effet, si pour la gonarthrose, il serait favorable que le travail soit fait principalement assis, une activité purement sédentaire sera aggravante pour les lombalgies et les cervicalgies de cet assuré".

En ce qui concerne la capacité de travail, la Dresse H. _____ est d'avis que l'assuré est totalement et définitivement incapable de travailler comme maçon, une activité légère semi-sédentaire étant cependant exigible à un taux de 80 % sur le plan somatique. Elle estime que le degré d'incapacité de travail est nul (recte : total) en tant que maçon depuis le mois de décembre 2002. Elle note encore que l'assuré n'a aucune motivation pour des mesures de réadaptation professionnelle, probablement en raison de son faible niveau scolaire. Elle ajoute qu'il a été coopérant, tout en mettant en avant ses impossibilités et ses revendications, et qu'il a effectué les épreuves, même s'il a refusé d'effectuer certains mouvements demandés.

Du 27 mars au 21 avril 2006, l'intéressé a accompli un stage d'observation professionnelle au Centre d'observation professionnelle de l'AI (ci-après : le COPAI) à Yverdon-les-Bains. En date du 18 mai 2006, F. _____, directrice, et W. _____, maître socioprofessionnel, constatent que l'assuré est certes capable de travailler la journée entière mais qu'un inconfort positionnel lui fait diminuer ses rendements de l'ordre de 30 %. "Il peut exécuter divers travaux à l'établi comme du conditionnement léger, mais au vu de son air abattu et résigné, les rendements qu'il atteindra ne seront pas plus hauts que ceux observés au COPAI, soit de 27 à 35 %". Ils privilégient dès lors une réinsertion dans des activités de conduite de machines automatiques, la machine imposant un certain rythme de travail que l'assuré devrait suivre. A cet égard, ils ont constaté un rendement de 52 à 54 % pour des travaux sur machine.

Pour sa part, la Dresse C. _____, médecin-conseil auprès du COPAI, relève ce qui suit le 1^{er} mai 2006 :

"Seules des activités légères, permettant l'alternance des positions, et ne sollicitant pas le maintien de la tête fléchie sur le plan de travail peuvent être proposées. Dans de telles activités, nous n'avons pas observé de limitation physique majeure. (...). Les baisses de rendement observées durant les quatre semaines d'évaluation sont essentiellement à mettre en relation avec une motivation moindre, une lenteur d'exécution par manque d'investissement dans les activités auxquelles M. B. _____ ne trouve pas grand intérêt, surtout dans les activités nouvelles. Il se montre plus performant face à une machine outils, en raison du rythme fourni par la machine, que M. B. _____ doit suivre. Nous concluons à la possibilité d'un travail allégé à l'établi, ou de conditionnement/expédition de pièces légères et de pas trop grosse taille, ou la conduite d'une machine automatisée, avec sur la journée une baisse de rendement de l'ordre de 20 à 30 % sur le long terme, imputable à l'inconfort positionnel rachidien".

Dans un projet de décision du 3 novembre 2006, faisant suite à un rapport final du 14 juin précédent, l'OAI a refusé le droit à une rente. De la comparaison entre un revenu annuel sans invalidité de 65'190 fr. et d'un revenu d'invalidité de 43'932 fr. issu de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ci-après : ESS) résulte un taux d'invalidité de 32 % insuffisant pour ouvrir le droit à une rente d'invalidité. L'intéressé a déposé des observations le 4 décembre 2006.

Le dossier a été complété, sur avis daté du 20 mars 2007 du Service médical régional de l'AI (ci-après : le SMR, Dr K. _____, rhumatologue FMH), par des renseignements médicaux complémentaires.

En date du 6 juin 2007, le Dr Z. _____, chef de clinique au service d'hématologie de l'Hôpital X. _____, indique sous la rubrique pronostic : "nihil d'un point de vue hématologique". Pour sa part, le 10 juillet 2007, le Dr P. _____, médecin adjoint à l'Hôpital S. _____, retient un état de santé stationnaire. L'assuré a bénéficié au mois de novembre 2006 d'une ostéotomie de valgisation flexion pour des séquelles d'une fracture de l'enfance avec importante déformation du tibia proximal. Il présente par ailleurs une gonarthrose interne importante. L'évolution post-opératoire est extrêmement lente et, parallèlement à l'obésité tronculaire impressionnante, il a beaucoup de difficultés à se mettre en charge totale sans se protéger de cannes. La physiothérapie apporte un certain

soulagement, mais les progrès restent extrêmement lents. Une réorientation professionnelle dans une activité adaptée serait imaginable, mais le Dr P._____ doute que la capacité de travail de l'assuré dépasse 50 %. Par ailleurs, la capacité de travail est selon lui nulle dans la profession de maçon depuis le 15 novembre 2006.

Le SMR (Dr D._____) observe dans un avis du 12 septembre 2007 que l'hémochromatose est sans conséquence sur la capacité de travail de l'assuré. Il note aussi que le Dr P._____ confirme le rapport d'examen du SMR du mois de juin 2005, en ce sens que la capacité de travail est nulle dans la profession de maçon, l'état de santé étant de surcroît stationnaire. D'autre part, l'intervention d'ostéotomie du tibia ne s'étant pas compliquée, elle ne saurait être source d'aucun empêchement durable dans une activité adaptée. Au reste, l'auteur de l'avis souligne que la différence dans les estimations de la capacité de travail dans une activité adaptée s'explique par l'appréciation différente d'une situation médicale identique. Il retient dès lors que dans une activité adaptée, la capacité de travail est de 100 % avec un rendement de 80 %.

Par décision du 12 septembre 2007, l'OAI a confirmé son projet du 3 novembre 2006, refusant l'octroi d'une rente d'invalidité et considérant dans sa lettre d'accompagnement du même jour que les documents médicaux recueillis n'apportaient aucun élément susceptible de modifier sa position.

B. Agissant par l'intermédiaire de l'avocate Regina Andrade Ortuno, B._____ a recouru contre la décision précitée par acte mis à la poste le 19 octobre 2007. Il conclut, sous suite de frais et dépens, à son annulation en ce sens qu'il est mis au bénéfice d'une rente complète de l'assurance-invalidité dès le 2 décembre 2003. A titre de mesures d'instruction, il requiert la "mise sur pied immédiate d'une expertise complémentaire à celle du Dr H._____ qui devra être confiée à un spécialiste en orthopédie ainsi qu'une expertise psychiatrique visant à combler les lacunes de l'instruction dirigée par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud". Il soutient pour l'essentiel qu'il ne peut

être retenu un taux de rendement supérieur à 30 % après l'intervention chirurgicale subie au mois de novembre 2006, un complément d'expertise étant à cet égard requis afin d'en apprécier la répercussion sur sa capacité de travail. Si le recourant ne conteste pas le salaire avec invalidité de 57'806 fr. 18, il estime cependant que le taux d'abattement doit être supérieur à celui de 5 % retenu par l'OAI. En revanche, il considère que son revenu annuel de valide devrait être de 72'552 fr. 30 et non de 65'190 fr., de sorte que le taux d'invalidité s'établisse à 82 % ouvrant ainsi le droit à une rente entière.

Le 29 novembre 2007, l'OAI a fait savoir qu'il ne souhaitait pas se déterminer.

A l'appui de ses explications du 31 janvier 2008, le recourant a produit un certificat du Dr P. _____ du 17 janvier 2008, faisant suite à une consultation du 15 janvier précédent. Il écrit que l'assuré a été réévalué au début de l'année 2008. Il ajoute que s'il y a certes une indication opératoire pour une arthroplastie totale du genou gauche, la situation globale de l'intéressé avec une hémochromatose associée à une obésité, des cervico-lombalgies et un état dépressif, rend l'évaluation difficile. Il indique que s'il a reconnu une capacité de travail théorique de 50 % dans une activité adaptée, il estime cependant que sa capacité théorique dans le contexte actuel, dégénératif ainsi que médical du fait de l'hémochromatose et des cervico-lombalgies, est nulle. Il relève en outre que l'intéressé est sans activité depuis 2002, qu'il a une formation professionnelle dans un domaine plutôt lourd et qu'il parle difficilement le français. Le recourant confirme dès lors les conclusions prises dans son mémoire de recours du 19 octobre 2007 et réitère sa réquisition tendant à la mise en œuvre d'une expertise pluridisciplinaire.

Dans sa duplique du 29 février 2008, l'OAI a conclu au rejet du recours, les éléments avancés par le Dr P. _____ pour justifier une incapacité de travail ne constituant pas des facteurs dont il doit être tenu compte pour la fixation du taux d'invalidité. Il renvoie pour le surplus à sa décision du 12 septembre 2007 qu'il confirme.

C. Par jugement incident du 30 juin 2008 (cause n° AI 150/08 inc. - 240/2008), entré en force, le Tribunal des assurances du canton de Vaud a rejeté la réquisition du recourant tendant à la mise en œuvre d'une expertise pluridisciplinaire, considérant que les données médicales figurant au dossier sont suffisamment complètes pour permettre au tribunal chargé de trancher l'affaire au fond de se prononcer en toute connaissance de cause, en confrontant notamment les différents avis médicaux.

D. Le 2 mars 2009, l'OAI a produit une correspondance du Dr N. _____ datée du 2 février précédent dans laquelle celui-ci relève qu'en raison de l'hémochromatose, des cervicalgies et lombalgies dont est atteint l'assuré, celui-ci ne peut exercer son activité antérieure de maçon. Etaient joint à cette lettre un rapport d'examen IRM du 9 avril 2008 d'où il ressort que l'intéressé souffre d'une discarthrose C4-C5, C5-C6, C6-C7 et dans une moindre mesure C7-D1 entraînant une diminution du diamètre des trous de conjugaison des deux côtés à ces quatre niveaux mais à des degrés divers. Il était ajouté que ces lésions dégénératives entraînent un canal cervical étroit mais sans signe en faveur d'une myélopathie cervicarthrosique, aucune hernie discale n'étant au surplus constatée. Sans se prononcer sur la capacité de travail, le Dr N. _____ indique que la Dresse H. _____ a certainement dû procéder à une évaluation médico-théorique et avoue au surplus ignorer si les éléments qu'il a présentés peuvent modifier les décisions prises.

Répondant à l'écriture du juge instructeur du 24 mars précédent, l'OAI a indiqué le 17 avril 2009 que, s'agissant du revenu sans invalidité, l'extrait du compte individuel (CI) mentionne des revenus correspondant à ceux figurant dans le questionnaire pour l'employeur du 19 juin 2003. Pour ce qui est des heures supplémentaires, l'OAI relève que rien n'indique qu'il s'agit d'une pratique courante au sein de l'entreprise qui employait l'assuré, les annexes fournies par l'employeur au questionnaire sus-mentionné semblant plutôt indiquer une pratique relativement stricte s'agissant des horaires de travail. Il constate enfin

qu'au vu de l'évolution des salaires ainsi que du caractère non durable et aléatoire des éventuelles heures supplémentaires, un revenu sans invalidité de 72'552 fr. est nettement surévalué, d'autant que l'indexation proposée par le recourant n'est pas fondée, dans la mesure où le salaire horaire de 27 fr. 25 mentionné dans le questionnaire pour l'employeur constitue le salaire qu'il aurait touché en 2003, année déterminante pour calculer le degré d'invalidité. L'OAI ne peut dès lors que confirmer le revenu sans invalidité tel que déterminé dans la décision attaquée.

E n d r o i t :

1. Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) s'appliquent à l'AI (art. 1 LAI [loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité, RS 831.20]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte – ce qui est le cas des décisions en matière d'assurance-invalidité (cf. art. 57a LAI) – sont sujettes à recours devant le tribunal des assurances compétent (art. 58 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). En l'espèce, le recours, interjeté en temps utile devant le tribunal compétent, est donc recevable.

La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, RSV 173.36), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et qui s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD), est immédiatement applicable dans la présente cause (voir la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA-VD). La cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). La cause doit être tranchée par la cour en corps et non par un juge unique (cf. art. 94 al. 1 let. a LPA-VD), vu la valeur litigieuse, vraisemblablement supérieure à 30'000 fr. s'agissant d'un refus de rente (cf. Exposé des motifs du projet de LPA-VD, pp. 46-47).

2. a) Dans le cadre d'un contentieux objectif (sur cette notion, cf. Moor, Droit administratif, volume II, 2^e éd., Berne 2002, pp. 530 ss), l'objet du litige est doublement circonscrit, à savoir par la décision attaquée, d'une part, et par les griefs formulés par le recourant, d'autre part. En effet, le juge ne peut en principe entrer en matière - et le recourant présenter ses griefs - que sur les points tranchés par cette décision; de surcroît, conformément au principe dit du grief ("Rügeprinzip"), le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception est faite à cette règle lorsque les points non critiqués par le recourant ont des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 125 V 413; 110 V 48, RCC 1985 p. 53).

b) En l'espèce, est litigieuse la question de savoir si le recourant souffre d'une atteinte à la santé invalidante au sens de la loi et, le cas échéant, si celle-ci ouvre le droit à une rente, éventuellement entière, de l'AI.

3. a) Le droit matériel applicable est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, étant précisé que le juge n'a pas à prendre en considération les modifications de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 132 III 523 consid. 4.3). Par conséquent, le droit éventuel à une rente de l'assurance-invalidité, laquelle prendrait naissance au plus tôt le 2 décembre 2003, doit être examiné au regard des normes de la LPGA et des modifications consécutives à la 4^e révision de la LAI, pour la période postérieure au 1^{er} janvier 2003, respectivement au 1^{er} janvier 2004 (ATF 130 V 445 et les références, voir également ATF 130 V 329). En tout état de cause, les principes développés jusqu'à ce jour par la jurisprudence en matière d'évaluation de l'invalidité conservent leur validité, que ce soit sous l'empire de la LPGA ou de la 4^e révision de la LAI (ATF 130 V 343 consid. 3.4.1).

Les modifications de la LAI du 6 octobre 2006 (5^e révision de la LAI), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 5147), 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).

b) Est réputée incapacité de travail, en vertu de l'art. 6 LPGA, 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 d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique. 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.

Selon l'art. 7 al. 1 LPGA, toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité constitue une incapacité de gain, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles.

Aux termes de l'art. 8 al. 1 LPGA, est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée.

Selon l'art. 4 al. 1 LAI, l'invalidité (art. 8 LPGA) 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 (al. 2).

L'art. 16 LPGA s'applique à l'évaluation de l'invalidité des assurés exerçant une activité lucrative (art. 28a al. 1, 1^{re} phrase, LAI). Cette disposition consacre la méthode générale de la comparaison des revenus. Elle prévoit que, pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que

l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré.

c) Le droit de l'assurance-invalidité a connu une réforme spécifique, en ce sens que l'échelonnement des rentes a été modifié avec effet au 1^{er} janvier 2004 (4^e révision de la LAI, loi fédérale du 21 mars 2003, RO 2003 3837). Cela étant, comme on le verra ci-après, la modification de l'art. 28 al. 1 LAI n'a pas modifié les conditions d'octroi du quart de rente, qui présuppose une invalidité de 40 % au moins.

Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003, l'art. 28 al. 1 LAI disposait que 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 et à une rente entière s'il est invalide à 66 2/3 % au moins.

En vertu de l'art. 28 al. 1 LAI, dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2004 jusqu'au 31 décembre 2007, 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, aux trois-quarts d'une rente s'il est invalide à 60 % au moins et à une rente entière s'il est invalide à 70 % au moins. Dès le 1^{er} janvier 2008, l'art. 28 al. 2 LAI reprend le même échelonnement.

4. a) Selon la jurisprudence, le juge apprécie librement les preuves médicales qu'il a recueillies, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse de celles-ci. 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 expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 125 V 351 consid. 3a; TF 9C_773/2007 du 23 juin 2008, consid. 2.1).

Les constatations émanant de médecins consultés par l'assuré doivent être admises avec réserve; il faut en effet tenir compte du fait que, de par la position de confidents privilégiés que leur confère leur mandat, les médecins traitants ont généralement tendance à se prononcer en faveur de leurs patients; ainsi, il convient en principe d'attacher plus de poids aux constatations d'un expert qu'à celles du médecin traitant (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc et les réf.; VSI 2001 p. 106, consid. 3b/bb et cc). Il faut toutefois relever qu'un rapport médical ne saurait être écarté pour la simple et unique raison qu'il émane du médecin traitant ou qu'il a été établi par un médecin se trouvant dans un rapport de subordination vis-à-vis d'un assureur (TF 9C_773/2007, précité, consid. 5.2).

b) Les informations des organes d'observation professionnelle ont pour fonction de compléter les données médicales en examinant concrètement dans quelle mesure l'assuré est à même de mettre en valeur une capacité de travail et de gain sur le marché du travail. Dans le cas où ces appréciations divergent sensiblement, il incombe à l'administration, respectivement au juge, de confronter les deux appréciations, au besoin de requérir un complément d'instruction. Reste que ces informations recueillies au cours d'un stage, pour utiles qu'elles soient, ne sauraient, en principe, supplanter l'avis dûment motivé d'un médecin, à qui il appartient, au premier chef, de porter un jugement sur l'état de santé de l'assuré et d'indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités celui-ci est capable de travailler, le cas échéant quels travaux on peut encore raisonnablement exiger de lui (TF I 531/04 du 11 juillet 2005, consid. 4.2).

5. a) Dans son recours, l'intéressé fait pour l'essentiel valoir qu'il faut tenir compte des différents facteurs de réduction indiqués par le

COPAI, soit 30 % pour inconfort positionnel rachidien et de 35 à 43 % en raison "de son air abattu et résigné".

Dans ses déterminations du 29 février 2008, l'office a estimé que les arguments avancés par le Dr P._____, à savoir la longue période d'inactivité, le manque de qualifications et de connaissances linguistiques, ne devaient pas être pris en compte. Après le refus d'expertise par le juge instructeur, confirmé par jugement incident du Tribunal des assurances, l'office relève, le 25 avril 2008, que les observations du stage au COPAI ne sont pas confirmées par la Dresse C._____ et que tous les intervenants sont unanimes quant aux capacités d'adaptation du recourant dans une nouvelle profession.

b) Le litige porte d'abord sur la question de la capacité de travail, donc sur une question essentiellement d'ordre médical. La Dresse H._____ estime qu'une activité légère semi-sédentaire est exigible à un taux de 80 %, l'assuré étant totalement et définitivement incapable de travailler comme maçon. Le médecin du COPAI conclut à la possibilité d'un travail, dans des activités légères, sans limitation physique majeure, avec une diminution de rendement de 20 à 30 % sur le long terme. Quant au Dr P._____, il indique en juillet 2007 qu'une intervention a eu lieu en novembre 2006, que l'état est stationnaire, et doute que la capacité de travail dépasse le 50 %.

Le projet de décision du 3 novembre 2006, ainsi que la décision du 12 septembre 2007, retiennent une capacité de travail entière dans une activité légère de substitution, mais avec un rendement estimé à 80 %. Dans sa motivation à l'appui de sa décision du 12 septembre 2007 (p. 2), l'office constate que les renseignements demandés aux Drs Z._____ et P._____ en 2007 ne modifient pas cette appréciation. En effet, l'intervention d'ostéotomie du tibia ne s'étant pas compliquée, elle ne saurait être source d'aucun empêchement durable dans une activité adaptée. En outre, l'hémochromatose est sans conséquence sur la capacité de travail de l'intéressé. Le certificat du 17 janvier 2008 du Dr P._____, concluant à une capacité de travail nulle dans le contexte

actuel, n'est pas vraiment étayé d'autant que, hormis l'hémochromatose, les diagnostics retenus par ce praticien lui étaient déjà connus en 2007 (cf. avis médical du 8 janvier 2007). Il s'agit dès lors plutôt d'une réévaluation que d'une aggravation objectivement constatée de l'état de santé de l'assuré, la lettre du médecin traitant du 2 février 2009 n'étant pas non plus de nature à mettre en doute les conclusions de la Dresse H._____. De surcroît, les éléments avancés par le Dr P._____ pour justifier une incapacité de travail, à savoir la longue période d'inactivité, le manque de qualifications et le défaut de connaissances linguistiques du recourant, ne constituent pas des facteurs dont il doit être tenu compte pour la fixation du taux d'invalidité (ATF 107 V 17, RCC 1982 p. 34).

Au vu de ce qui précède, il y a dès lors lieu de reconnaître à l'assuré une capacité de travail exigible de 100 % dans une activité légère de substitution, la diminution de rendement étant toutefois estimée à 20 %, conformément à l'évaluation de l'expert, la Dresse H._____, dont les conclusions ne sont pas remises en cause par les éléments subséquents du dossier et dont le rapport satisfait en outre aux réquisits jurisprudentiels (cf. supra consid. 4a) pour avoir pleine valeur probante.

La capacité médicale ayant été fixée, il convient de passer à l'examen du volet économique.

6. a) Pour ce qui est du gain d'invalidé, celui-ci est constitué par le salaire moyen auquel peuvent prétendre des hommes effectuant des activités simples et répétitives dans le secteur privé (production et services) (Enquête suisse sur la structure des salaires, tableau TA1, niveau de qualification 4, p. 43). L'année de référence est 2002, donc 4'557 fr. par mois, pour 40 heures hebdomadaires, soit 4'750 fr. 67 pour 41,7 heures, durée hebdomadaire de l'époque (cf. La Vie économique, 5/2009, tableau B 9.2, p. 94). Le revenu annuel s'élève ainsi à 57'008 fr. 04. Le taux de l'indexation jusqu'à l'index 2003, par le facteur 1,4 % est correct, car conforme aux variations des salaires nominaux selon les statistiques fédérales durant les années considérées (2002 à 2003). L'année déterminante retenue pour la comparaison est 2003, réputée être celle de

la naissance possible du droit à la rente (cf. TFA I 97/05 du 13 avril 2006, consid. 4.1), d'où un gain sans invalidité de 57'806 fr. 15. Dès lors que l'on peut raisonnablement attendre du recourant qu'il exerce une activité légère de substitution à 80 %, le salaire hypothétique annuel s'élève à 46'244 fr. 90.

Le salaire annuel de 57'806 fr. 15 retenu par l'OAI pour calculer le salaire avec invalidité n'est pas contesté (cf. mémoire de recours, p. 7).

Cela étant, le recourant fait valoir que le taux de réduction jurisprudentiel doit être porté à 25 %, en raison de ses limitations fonctionnelles, de sa connaissance partielle du français et de ses capacités intellectuelles limitées. Or, en application des critères usuels (voir ATF 129 V 472 consid. 4.2.3 avec référence à l'arrêt publié aux ATF 126 V 75), un taux d'abattement de 10 % au maximum sur le revenu d'invalidé apparaît adéquat, compte tenu notamment de la diminution du taux d'activité de l'assuré et de son faible niveau de qualification. Comme on le verra plus bas, que le taux d'abattement soit de 10 % ou qu'il soit inférieur (5 %, selon la décision attaquée) n'est pas déterminant. En définitive, l'OAI n'a pas, sur ce point précis, fait un mauvais usage de son pouvoir d'appréciation.

Le salaire annuel d'invalidé s'élève donc à 41'620 fr. (montant arrondi).

b) En ce qui concerne la question du revenu sans invalidité, l'intéressé fait valoir dans son recours qu'en 2001 et 2002, il a effectué des heures supplémentaires qui doivent être prises en compte dans le calcul du revenu sans invalidité, et que son revenu brut serait de 72'552 fr. 30 au lieu de 65'190 fr. Appelé à se prononcer sur ce point, l'office a déposé une écriture le 17 avril 2009, dans laquelle il confirme le revenu sans invalidité retenu dans la décision attaquée. Le recourant ne s'est pas déterminé dans le délai fixé au 14 mai 2009.

Si l'on prend les montants inscrits au compte individuel (CI), lesquels ressortent de l'écriture de l'OAI précitée, on obtient une moyenne de 63'066 fr. pour les années 2000, 2001 et 2002, ce qui est inférieur au chiffre résultant du questionnaire pour l'employeur du 19 juin 2003 dont il ressort, selon le calcul figurant sur l'annexe 1 au rapport final du 14 juin 2006 et effectué sur la base des données fournies par l'employeur, un salaire annuel brut de 65'190 fr. en 2003 (27 h. 25 x 42 h. 50/semaine x 4.33 x 13 mensualités). L'année de référence pour fixer le droit à la rente est bien l'année 2003, l'incapacité de travail ayant débuté à fin 2002 (cf. supra consid. 6a).

Suivant un arrêt I 450/04 rendu par le Tribunal fédéral des assurances le 6 octobre 2005, lorsque le revenu sans invalidité retenu par les instances précédentes est basé sur un salaire-horaire minimum ne correspondant pas à la situation du recourant, il convient d'arrêter le revenu sans invalidité à la lumière des statistiques salariales ressortant de l'ESS (consid. 5.1).

Appliqué dans le cas d'espèce, ce principe conduit à retenir que, selon le tableau TA1 relatif à l'année 2002, le gain déterminant dans des activités simples et répétitives (niveau 4) exercées dans le domaine de la construction, s'élève à 4'765 fr., treizième salaire compris (p. 43). Comme ce salaire se fonde sur une durée hebdomadaire de 40 heures, inférieure à la moyenne usuelle dans les entreprises, il y a lieu de l'ajuster à 41,7 heures par semaine (La Vie économique 5/2009, tableau B 9.2, p. 94), ce qui aboutit à un salaire mensuel de 4'967 fr., soit à un revenu annuel de 59'604 fr. Adapté à l'indice des salaires pour l'année 2003 (+ 1,4 %), le revenu annuel hypothétique du recourant pour 2003 s'élèverait à 60'438 fr. (chiffre arrondi), montant inférieur à celui retenu par l'office intimé.

Le taux d'invalidité s'établit dès lors comme suit :

(60'438 fr. - 41'620 fr. [$\times 100 : 60'438$]), soit 31,1 %.

Aussi, ces éléments ne sauraient remettre en question le degré d'invalidité retenu par l'OAI, qui n'atteint pas le minimum requis par la loi pour l'octroi d'une rente.

En définitive, au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, la décision entreprise est bien fondée, de sorte que le recours ne peut qu'être rejeté.

7. En dérogation à l'art. 61 let. a LPGA, la procédure de recours en matière de contestations portant sur le refus ou l'octroi de prestations de l'assurance-invalidité devant le tribunal cantonal des assurances est soumise à des frais de justice. Le montant des frais est fixé en fonction de la charge liée à la procédure, indépendamment de la valeur litigieuse, et doit se situer entre 200 et 1'000 fr. (art. 69 al. 1bis LAI et art. 2 al. 1 TFJAS [Tarif du 2 décembre 2008 des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales, RSV 173.36.5.2]). En l'espèce, compte tenu de l'ampleur de la procédure, les frais de justice doivent être arrêtés à 600 fr. et mis à la charge du recourant (art. 49 al. 1 LPA-VD).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision attaquée est confirmée.
- III.** Les frais de justice, par 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge du recourant.

Le président :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Sandra Genier Müller (pour B. _____)
- Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud
- Office fédéral des assurances sociales

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :