

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 29 octobre 2009

Présidence de Mme THALMANN
Juges : Mmes Röthenbacher et Di Ferro Demierre
Greffière : Mme Trachsel

Cause pendante entre :

N._____, à Clarens, recourant, représenté par Me Jacques Micheli, à
Lausanne,

et

**OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITÉ POUR LE CANTON
DE VAUD** (ci-après : l'OAI), à Vevey, intimé.

Art. 8 et 16 LPGA et 28 LAI

E n f a i t :

A. N._____, marié, d'origine italienne, est né le 5 février 1946. Le 8 novembre 2005, il a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité (AI), indiquant souffrir d'un très fort mal de dos existant depuis 2004 et sollicitant l'octroi de mesures de rééducation dans la même profession.

Du 1^{er} juin 2003 au 31 décembre 2004, il a travaillé comme chauffeur, coursier et distributeur de courrier pour [...] SA, à Montreux. Il a été licencié par son employeur pour des questions de restructuration. Depuis le 1^{er} août 2000, il exerce également une activité de concierge. Il a toutefois diminué son taux d'activité à 50 % depuis le 15 octobre 2005, en raison de ses atteintes à la santé. Au service de [...] SA, ses revenus se sont élevés en 2006 à 39'000 francs.

Il résulte de l'extrait des comptes individuels de l'assuré, établis le 15 novembre 2006 que ses revenus se sont élevés à 58'863 fr. en 2000, 72'373 fr. en 2001, 78'159 fr. en 2002 et 103'291 fr. en 2003. La division administrative de l'OAI, dans son rapport initial et final du 19 mars 2007, a retenu un salaire de 79'085 fr. en 2004.

Dans un rapport médical du 7 décembre 2005, le Dr L._____, médecin traitant, a diagnostiqué des lombosciatalgies à bascule sur canal lombaire étroit en L4-L5, des discopathies L3-L4 et L4-L5 et un état anxio-dépressif réactionnel aux lombosciatalgies existant depuis 1990. Il a attesté une incapacité de travail de 50 % dès le 12 octobre 2005, tout en soulignant que l'état de santé s'aggrave et a estimé en outre que l'on ne pouvait exiger de l'assuré une autre activité.

Un rapport du SMR (Service médical régional de l'assurance-invalidité) établi le 8 septembre 2006 par le Dr D._____, médecine physique et rééducation FMH, met en évidence une capacité de travail exigible de 50 % dans l'activité habituelle et de 100 % dans une activité

adaptée. Ce médecin relève les limitations fonctionnelles suivantes : pas de port de charge supérieure à 7,5 kg de façon répétitive, pas de position en antéflexion ou en porte-à-faux du rachis, pas de position statique au-delà de trois quarts d'heure sans possibilité de varier la position assise et debout, et pas de position statique de plus de 15 min ; le périmètre de marche est diminué à trois quarts d'heure, sans montée ou descente d'escaliers et sans activité sur terrain instable. L'exposition à des machines provoquant des vibrations de 5 hertz est également exclue.

Le 7 novembre 2006, l'intéressé a déposé une nouvelle demande de prestations AI, sollicitant l'octroi de moyens auxiliaires, soit d'un appareil auditif, et d'une rente, ce en raison de ses problèmes auditifs existant depuis quelques années.

Dans son rapport initial et final du 19 mars 2007 précité, la division administrative de l'OAI observe que l'intéressé est d'accord avec l'exigibilité retenue dans l'activité habituelle mais qu'il estime qu'en aucun cas, il ne peut travailler à plus de 50 %. Il a fait tout son possible pour maintenir sa place de travail, il s'entend bien avec son employeur et n'envisage nullement de suivre des mesures professionnelles ou de quitter son employeur actuel. Pour calculer le salaire sans invalidité, le rapport prend en compte les revenus acquis par l'intéressé en 2004, savoir 79'085 fr. adapté en 2006, obtenant ainsi le montant de 80'998 francs.

Par décision du 26 mars 2007, l'OAI a octroyé deux appareils acoustiques à l'intéressé.

Par projet de décision du 26 mars 2007, l'OAI a refusé l'octroi d'une rente d'invalidité, considérant que depuis le 12 octobre 2005, la capacité de travail est restreinte ; elle est de 50 % dans l'activité habituelle de concierge professionnel et de 100 % dans une activité adaptée. L'office intimé évalue le revenu d'invalidité à 58'652 fr. (se référant, pour cela, aux données de l'Office fédéral de la statistique), montant sur lequel il opère un abattement de 15 % en raison des limitations fonctionnelles et de l'âge de l'assuré pour obtenir, en définitive,

un revenu de 49'854 fr. 22. Comparé au revenu sans invalidité de 80'998 fr. auquel l'assuré aurait pu prétendre, il en résulte une perte de gain de 31'144 fr. Il retient finalement un degré d'invalidité de 38 %, taux n'ouvrant pas le droit à une rente.

Par courrier du 16 avril 2007, l'intéressé s'est opposé à ce projet de décision, indiquant vouloir trouver un emploi adapté à son état de santé actuel et sollicitant un nouvel entretien avec l'OAI.

Par courrier du 29 mai 2007, le conseil de l'intéressé a confirmé cette opposition et a remis à l'OAI un rapport médical établi par le Dr L._____, le 23 mai précédent. Ce dernier rend compte de troubles de la santé liés à des lombosciatalgies à bascules chroniques générant des douleurs dans les deux jambes et les deux pieds et le handicapant aussi bien dans la vie privée que dans sa vie professionnelle depuis plusieurs années. Il précise que cette symptomatologie liée très probablement à un canal lombaire étroit en L4-L5 et L5-S1 se péjore lentement mais sûrement et surtout ne répond pas au traitement conservateur usuellement mis en route lors de problème de dos. Suite aux médiocres résultats thérapeutiques, l'intéressé souffre en plus d'un état dépressif réactionnel traité depuis peu par antidépresseur. Ce médecin pense qu'au vu de ces éléments, son patient n'est pas apte à travailler à plus de 40 %.

Dans un avis médical du 22 juin 2007, le Dr D._____ relève qu'aucun nouveau diagnostic n'est mis en évidence dans le dernier rapport du médecin traitant, hormis la notion d'un état dépressif réactionnel. Il admet que l'intéressé présente une dysthymie réactionnelle à sa situation socio-économique et à la maladie qu'il présente sans qu'une telle atteinte ne puisse avoir de valeur invalidante et explique qu'un état dépressif réactionnel sans spécification sur l'intensité et sans prise en charge par un spécialiste mais uniquement traité par antidépresseur par le médecin généraliste, ne peut être considéré comme une atteinte à la santé à caractère invalidant.

Dans un rapport final du 19 juillet 2007, la division administrative de l'OAI a précisé que le rapport du Dr L. _____ du 23 mai 2007 n'établissait aucune aggravation de l'état de santé et que par conséquent, le projet de décision entrerait bel et bien en force.

Par courrier du 6 novembre 2007 au conseil de l'intéressé, l'OAI, se fondant sur l'avis médical SMR du 22 juin 2007, a maintenu les conclusions de son projet de décision du 26 mars 2007, ce dans la mesure où aucun nouveau diagnostic n'avait été établi. Etait jointe à ce courrier une décision datée du 6 novembre 2007, identique audit projet.

B. N. _____ a recouru contre cette dernière décision le 7 décembre 2007, concluant à l'admission de son recours et à la réforme de la décision attaquée en ce sens qu'il est mis au bénéfice d'une rente entière, subsidiairement de trois quarts de rente, encore plus subsidiairement d'une demi-rente à partir du mois d'octobre 2006. Il conteste en premier lieu le revenu sans invalidité retenu par l'OAI, faisant valoir qu'il aurait été en mesure de réaliser en 2003 un revenu de 103'291 fr. et que ce montant doit encore être actualisé. En second lieu, il conteste également le revenu d'invalidité de 49'854 fr. en tant qu'il résulte d'un calcul statistique diminué de 15 %. Il fait valoir en outre avoir été en mesure de conserver son emploi de concierge professionnel en l'exerçant concrètement à un taux réduit de 50 % et que de ce fait, c'est à tort que l'OAI a pris en compte un gain purement théorique.

Dans ses déterminations du 19 décembre 2007, l'OAI n'a pas souhaité se déterminer dans cette affaire.

Le conseil de l'intéressé a produit des nouvelles pièces médicales, soit :

- un rapport du 14 février 2008 du Dr A. _____, chirurgien orthopédique et traumatologique FMH, dont il ressort qu'un examen clinique et l'IRM et CT-SCAN effectués sur l'épaule droite et l'articulation sterno-claviculaire droite montrent une arthrose sévère sterno-claviculaire,

une arthrose de l'épaule, une situation de conflit de l'épaule et une déchirure partielle de la coiffe. Il note aussi que ce patient est connu pour une polyarthrose qui touche sa colonne cervicale et lombaire avec actuellement une diminution des forces des deux mains et douleurs nécessitant la prise quotidienne d'antalgique et d'anti-inflammatoire. L'effort de la physiothérapie et la médication améliore relativement la plainte du patient. Ce spécialiste serait toutefois étonné que ce genre de traitement puisse lui offrir le confort nécessaire pour entamer un travail quelconque ;

- un rapport du 21 février 2008 du Dr H._____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, qui indique qu'en parallèle à ses douleurs physiques, le patient a présenté des troubles de la concentration, des troubles du sommeil, des ruminations, des inquiétudes face à l'avenir, une humeur dépressive et un sentiment de révolte et d'injustice par rapport au refus de sa demande auprès de l'AI. Le patient est très inquiet pour son avenir financier en particulier, étant réduit à une quasi-inactivité en raison de ses douleurs. L'ensemble de ce tableau paraît réaliser les conditions d'un épisode dépressif moyen (F32.1) et entraîner une incapacité de travail de 50 % ;

- un rapport du 22 février 2008 du Dr L._____, qui reprend les termes de son précédent rapport du 23 mai 2007 et qui atteste en revanche une capacité de travail de 60 % au maximum.

L'OAI s'est déterminé sur ces rapports le 18 avril 2008, en produisant un avis médical du SMR établi le 31 mars 2008 par les Drs Z._____, rhumatologue FMH et D._____, dont il ressort qu'il y a bien aggravation de l'état de santé et qu'un complément d'instruction médicale est nécessaire sous la forme d'une expertise pluridisciplinaire. L'office intimé s'est donc rangé à cet avis.

Une expertise bidisciplinaire rhumatologique et psychiatrique a dès lors été confiée à la Dresse V._____, rhumatologue FMH, et au Dr P._____, psychiatre FMH, médecins au BREM (Bureau romand d'expertises médicales), qui ont établi leur rapport le 8 décembre 2008. Ils

posent les diagnostics ayant une répercussion sur la capacité de travail suivants :

- spondylodiscarthrose sans myélopathie avec discrète radiculopathie séquellaire S1 droite M 47.2.
- syndrome de la coiffe des rotateurs M 75.0 compliqué de capsulite M 75.1 et d'arthroses sterno- et acromio-claviculaires M19.8 et d'omarthrose débutante droite M 19.8.
- épanchements des genoux de caractère mécanique sur gonarthrose interne débutante M 17.0.
- synovite de la cheville droite d'origine post-traumatique possible M 65.9.
- synovites MCP 2-3 à droite dans le cadre d'une arthrose débutante M 19.8.

Sur le plan psychique, les experts indiquent que l'expertisé présente un syndrome anxio-dépressif, ce trouble comportant des manifestations dépressives subjectives (anhédonie, adynamie, tristesse) et quelques manifestations objectives légères (discret ralentissement). Cet état correspond à un épisode dépressif moyen. Selon les experts, les symptômes du syndrome somatique de la dépression selon la CIM- 10 ne paraissent pas atteindre le nombre requis par la CIM-10 pour que ce syndrome puisse être considéré comme présent. Quant aux éléments anxieux, ils sont au second plan et ne sont pas suffisamment intenses et structurés pour justifier un diagnostic séparé de trouble anxieux. On peut les intégrer dans le cadre du trouble dépressif. Le trouble dépressif étant d'intensité moyenne, versant léger (pas de syndrome somatique), les limitations fonctionnelles qui lui sont imputables (diminution de l'énergie disponible, troubles de mémoire) restent modérées et ne paraissent pas justifier aux experts une diminution significative et durable de la capacité de travail. Sur le plan somatique, les experts relèvent que l'intéressé souffre du dos depuis de nombreuses années dans le contexte d'un canal lombaire étroit relatif avec discopathies étagées et que l'examen réalisé au SMR par le Dr D._____, il y a un peu plus de deux ans, a fait retenir une incapacité de travail de 50% dans son activité habituelle et de 100% dans une activité adaptée. Ils expliquent que depuis lors l'expertisé présente un handicap douloureux des épaules, des mains, des genoux, de la cheville droite. Les douleurs d'épaules ont justifié des investigations

radiologiques et un examen orthopédique en novembre 2007. Pour les douleurs des mains, des genoux et de la cheville droite, le recourant relate qu'elles sont présentes depuis plusieurs années, et qu'elles sont aggravées au cours de deux dernières années. Les experts rappellent que c'est depuis février 2008 que le Dr L._____ atteste d'une incapacité de travail de 60% et que le SMR admet dès lors la possibilité d'une aggravation (Dr Z._____, Dr D._____). Ils observent que l'examen actuel confirme des atteintes dégénératives en regard de ces articulations qui justifient d'étendre les limitations fonctionnelles et leur font admettre l'incapacité de travail actuelle du médecin traitant dans l'activité habituelle de 60% à partir du mois de février 2008, confirmant par là une aggravation depuis la demande de prestations AI déposée en novembre 2005. Ils retiennent en revanche une capacité de travail entière dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles qui sont les suivantes :

- exemption du port de charges supérieures à 7 kg de manière répétitive et de 15 kg de manière occasionnelle,
- évitement de positions prolongées en antéflexion du tronc ou en porte-à-faux,
- évitement des positions assise ou debout de manière prolongée,
- évitement de déplacements et de marche de plus de $\frac{3}{4}$ d'heure,
- évitement de terrains instables, de sols mouillés, d'escaliers ou escabeaux,
- évitement d'utilisation d'engins émettant des vibrations de faible fréquence,
- limitation des activités des bras en-dessus de l'horizontale et port de charge supérieur à 5 kg en abduction pour chaque bras,
- limitation de la position à genoux prolongée, de l'accroupissement, de travail sur terrain irrégulier, sur des échelles, échafaudages.

Dans ses déterminations du 7 janvier 2009, l'OAI, se référant à ce rapport d'expertise, se rallie à ses conclusions et propose le rejet du recours et le maintien de sa décision.

Dans ses déterminations du 19 janvier 2009, le recourant, se fondant sur ladite expertise et sur les revenus retenus dans son recours, conclut à l'octroi de trois quarts de rente, son taux d'invalidité dépassant

60 %. Il constate que l'OAI, dans la mesure où il se réfère aux conclusions de l'expertise bidisciplinaire, devrait admettre le recours et non le rejeter.

E n d r o i t :

1. a) 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, est immédiatement applicable à la présente cause (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).

b) Interjeté le 7 décembre 2007, dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision attaquée du 6 novembre précédent, le recours est déposé en temps utile (art. 60 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale des assurances sociales ; RS 830.1]). Il est en outre recevable en la forme.

c) Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (cf. ATF 127 V 466 consid. 1; 126 V 134 consid. 4b et les références). Par faits juridiquement déterminants, on entend l'état de fait fixé par une décision, en règle générale, une décision administrative (cf. Kieser, ATSG - Kommentar, Zurich, 2^{ème} éd. 2009, ad art. 82 LPGA, p. 1017). En outre, le Tribunal fédéral des assurances apprécie la légalité des décisions attaquées d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (cf. ATF 121 V 362 consid. 1b).

En l'espèce, les dispositions de droit matériel de la nouvelle du 6 octobre 2006 (5^{ème} révision de l'AI) ne sont pas applicables au présent litige *ratione temporis*, la décision litigieuse ayant été rendue avant son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008.

2. La question à examiner est celle du droit à la rente du recourant.

3. a) 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. Cette invalidité peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art. 4 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 dans son domaine d'activité, 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 (art. 7 LPGA).

D'après l'art. 28 al. 1 LAI (loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité ; RS 831.20), dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007 - applicable *ratione temporis*, la décision attaquée ayant été rendue en novembre 2007 (ATF 127 V 466, 126 V 134, 129 V 115) - , 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.

b) En principe, le juge ne s'écarte 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 surexpertise 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 352 consid. 3b/aa et les références). En ce qui concerne, par ailleurs, 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)

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 peuvent avoir tendance à se prononcer en faveur de leurs patients; il convient en principe d'attacher plus de poids aux constatations d'un expert qu'à celles d'un médecin traitant (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc et les références ; VSI 2001, p. 106 consid. 3b/bb et cc ; Frésard/Moser-Szeless, L'assurance-accidents obligatoire, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2^{ème} éd., n. 688c, p. 1025). Il faut cependant 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 du 23 juin 2008 consid. 5.2).

4. Il y a lieu d'examiner quelle est la capacité de travail du recourant.

a) S'agissant des troubles dont est atteint le recourant sur le plan psychique, le Dr H._____ retient un épisode dépressif moyen, lequel entraîne une incapacité de travail de 50 %. Les experts retiennent également un épisode dépressif moyen. Ils expliquent toutefois que les

limitations fonctionnelles qui lui sont imputables (diminution de l'énergie disponible, troubles de mémoire) restent modérées et ne paraissent pas justifier une diminution significative et durable de la capacité de travail.

L'avis des experts qui procèdent d'une étude détaillée et complète du cas du recourant sont motivées et convaincantes. Elles doivent être préférées à celles du Dr H._____ lesquelles sont peu étayées.

b) Sur le plan somatique, les diagnostics retenus par les experts ne sont contredits par aucun autre rapport médical. Ils estiment que dans l'activité de concierge exercée par le recourant, sa capacité de travail est de 50 % jusqu'en février 2008, puis de 40 %, ceci en accord avec les conclusions des médecins du SMR et du médecin traitant du recourant, le Dr L._____. Ils estiment en outre que la capacité de travail de ce dernier est entière dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles, ceci en accord avec les conclusions des médecins du SMR. En revanche, le Dr L._____ estime qu'il ne peut pas travailler dans une activité adaptée, sans toutefois motiver cette appréciation. Quant au Dr A._____, il semble estimer que la capacité de travail du recourant est nulle sans toutefois donner d'arguments étayant sa conclusion ou de nature à mettre en doute l'avis des experts.

c) En conclusion, l'expertise judiciaire comporte une anamnèse, fait état des plaintes du recourant et procède d'une étude approfondie du cas de celui-ci fondée tant sur la connaissance de l'entier de son dossier que sur des examens cliniques. Ses conclusions sont claires et circonstanciées. Elle est exempte de contradictions et n'est pas mise en doute par les avis d'autres spécialistes. Elle correspond en tout point aux critères posés par la jurisprudence et a ainsi valeur probante.

Il y a dès lors lieu d'admettre que la capacité de travail du recourant dans son activité habituelle de concierge est de 50 % dès le 12 octobre 2005. Les experts ne précisent pas cette date dans l'expertise. Toutefois, tant le médecin traitant que les médecins du SMR la retiennent.

Elle correspond d'ailleurs à la diminution de l'activité professionnelle du recourant de 100 % à 50 %. Cette capacité de travail est en outre réduite à 40 % dès le mois de février 2008. Il ne saurait toutefois en être tenu compte dans le présent arrêt dès lors que l'aggravation de l'état de santé du recourant est intervenue après que la décision attaquée a été rendue. Enfin, il convient de retenir une capacité de travail entière dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles du recourant.

5. Pour évaluer le taux d'invalidité d'un assuré actif, respectivement le taux d'invalidité dans sa part active (ATF 9C_97/2008 du 28 août 2008, consid. 5.1), le revenu qu'il 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 utiles, sur un marché du travail équilibré (art. 16 LPGA). La comparaison s'effectue, en règle générale, en chiffrant aussi exactement que possible le montant de ces deux revenus et en les confrontant l'un avec l'autre, la différence, exprimée en pour-cent, permettant de calculer le degré d'invalidité. Il y a dès lors lieu de procéder à la comparaison des revenus avec et sans invalidité que le recourant était susceptible de réaliser en 2006, année hypothétique de la naissance du droit à la rente (ATF 129 V 222), afin de déterminer son taux d'invalidité.

a) Le revenu sans invalidité doit en principe être déterminé en fonction du gain que l'assuré réaliserait vraisemblablement s'il était en bonne santé. Il correspond au dernier salaire obtenu avant la survenance de l'invalidité (RAMA 1993, no U 168, p. 97, consid. 3b et les références), raison pour laquelle l'OAI a retenu les revenus du recourant pendant l'année 2004, savoir le montant de 79'085 fr. qu'il a ensuite indexé en 2006, pour obtenir celui de 80'998 francs. On ne saurait dès lors suivre le recourant, lorsqu'il soutient que devraient être pris en compte ses revenus de l'année 2003 qui se sont élevés à 103'291 francs.

Il y a en outre lieu de relever qu'à la lecture des comptes individuels du recourant, l'année 2003 est la seule année pendant laquelle

le recourant a gagné un tel montant. Si l'on effectue la moyenne des revenus du recourant pendant les cinq ans précédant l'atteinte à la santé de 2000 à 2004, on obtient le montant de 78'354 fr. ($[58'863 \text{ fr.} + 72'373 \text{ fr.} + 78'159 \text{ fr.} + 103'291 \text{ fr.} + 79'085 \text{ fr.}] / 5$), ce qui serait moins favorable au recourant.

C'est donc le montant de 80'998 fr. qui doit être retenu comme salaire sans invalidité.

b) S'agissant du salaire avec invalidité, l'OAI s'est fondé sur l'Enquête suisse sur la structure des salaires pour le déterminer alors que le recourant soutient que c'est son gain effectif qui doit être pris en compte.

Lorsqu'il s'agit d'examiner dans quelle mesure un assuré peut encore exploiter économiquement sa capacité de gain résiduelle sur le marché du travail entrant en considération pour lui (art. 16 LPGA), on ne saurait subordonner la concrétisation des possibilités de travail et des perspectives de gain à des exigences excessives; l'examen des faits doit être mené de manière à garantir dans un cas particulier que le degré d'invalidité est établi avec certitude. Il s'ensuit que pour évaluer l'invalidité, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si un invalide peut être placé eu égard aux conditions concrètes du marché du travail, mais uniquement de se demander s'il pourrait encore exploiter économiquement sa capacité résiduelle de travail lorsque les places de travail disponibles correspondent à l'offre de la main d'oeuvre (VSI 1998 p. 293 consid. 3b et les références). S'il est vrai que des facteurs tels que l'âge, le manque de formation ou les difficultés linguistiques jouent un rôle non négligeable pour déterminer dans un cas concret les activités que l'on peut encore raisonnablement exiger d'un assuré, ils ne constituent pas des circonstances supplémentaires qui, à part le caractère raisonnablement exigible d'une activité, sont susceptibles d'influencer l'étendue de l'invalidité, même s'ils rendent parfois difficile, voire impossible la recherche d'une place et, partant, l'utilisation de la capacité de travail résiduelle (VSI 1999 p. 246 consid. 1 et les références).

Toutefois, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'invalidité d'un assuré qui se trouve proche de l'âge donnant droit à la rente de vieillesse, il faut procéder à une analyse globale de la situation et se demander si, de manière réaliste, cet assuré est (ou était) en mesure de retrouver un emploi sur un marché équilibré du travail. Indépendamment de l'examen de la condition de l'obligation de réduire le dommage (ATF 123 V 233 consid. 3c et les références), cela revient à déterminer, dans le cas concret qui est soumis à l'administration ou au juge, si un employeur potentiel consentirait objectivement à engager l'assuré, compte tenu notamment des activités qui restent exigibles de sa part en raison d'affections physiques ou psychiques, de l'adaptation éventuelle de son poste de travail à son handicap, de son expérience professionnelle et de sa situation sociale, de ses capacités d'adaptation à un nouvel emploi, du salaire et des contributions patronales à la prévoyance professionnelle obligatoire, ainsi que de la durée prévisible des rapports de travail (arrêt I 1034/06 du 6 décembre 2007).

Né le 5 février 1946, le recourant était âgé de près de 62 ans au moment où la décision litigieuse a été rendue (6 novembre 2007). Il continue à travailler à temps partiel dans son activité habituelle. On ne saurait raisonnablement exiger de lui qu'il renonce à cette activité pour se lancer dans une recherche - hasardeuse - d'un emploi correspondant à sa capacité résiduelle de travail. On peine en effet à imaginer qu'un employeur eût consenti à engager le recourant, eu égard à l'âge de celui-ci, à ses affections physiques et au temps nécessaire qu'il aurait fallu consacrer pour dispenser un minimum de formation pour un emploi d'emblée limité dans le temps.

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, force est de constater que le recourant a mis tout en œuvre pour limiter son dommage et que le salaire avec invalidité qui doit être retenu est celui qui a été le sien dans son activité de concierge en 2006, savoir 39'000 francs.

c) Le taux d'invalidité s'élève en conséquence à 51,85 % ($\{[80'998 \text{ fr.} - 39'000 \text{ fr.}] \times 100\} / 80'998 \text{ fr.}$).

Le recourant a ainsi droit à une demi-rente AI depuis le 1^{er} octobre 2006.

6. a) Le recours doit dès lors être admis et la décision attaquée réformée en ce sens.

b) Obtenant gain de cause avec le concours d'un mandataire professionnel, le recourant a droit à des dépens dont le montant – qui doit être déterminé au regard de l'importance et de la complexité du litige (art. 55 LPA-VD ; art. 61 let. g LPGA) – peut être arrêté, en équité, à 2'000 francs.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 45 LPA-VD ; art. 61 let. a LPGA).

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

- I.** Le recours est admis.
- II.** La décision attaquée du 6 novembre 2007 est réformée en ce sens qu'une demi-rente d'invalidité est octroyée au recourant depuis le 1^{er} octobre 2006.
- III.** L'OAI versera au recourant la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.
- IV.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Jacques Micheli, avocat, (pour N. _____) ;
- Office cantonal 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).

La greffière :