

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 6 avril 2009

Présidence de Mme RÖTHENBACHER
Juges : M. Neu et M. Bidiville, assesseur
Greffière : Mme Trachsel

Cause pendante entre :

M._____, à Salavaux, recourant, représenté par Me Julien Guignard,
avocat, à Fribourg,

et

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

Art. 28 al. 1 LAI, 16 LPGA et 8 LPGA

E n f a i t :

A. Né le 31 août 1948, M._____ a déposé une première demande de prestations de l'assurance-invalidité (AI), le 29 juin 1990. Il a bénéficié de différentes prestations, notamment en suite d'une opération de la cataracte. Le 1^{er} juillet 2003, de manière spontanée et sans certificat médical, l'intéressé a cessé son activité de cuisinier dans un restaurant à Zinal. Le 28 septembre 2005, il a déposé une nouvelle demande de prestations, sollicitant l'octroi d'une rente et indiquant souffrir d'obésité, de diabète, d'apnée obstructive et d'hypertension.

Dans un rapport médical du 28 novembre 2005, le Dr V._____, généraliste et médecin traitant, a posé les diagnostics d'obésité morbide avec BMI 41kg/m² existant depuis 2000 et de syndrome des apnées du sommeil appareillé, existant depuis 2004. Selon ce médecin, l'état de santé est stationnaire et la capacité de travail ne peut pas être améliorée par des mesures médicales. Des mesures professionnelles ne sont pas indiquées et il existe une diminution de rendement de 100 %, dans l'activité habituelle. Il reconnaît des limitations fonctionnelles telles que la position à genoux, accroupie ou le travail en hauteur, sur une échelle mais considère que les positions assise et debout, de même que l'alternance des positions demeurent réalisables.

Dans un rapport du 2 décembre 2005, le Dr T._____, spécialiste FMH en endocrinologie et diabétologie et médecine interne, à l'Hôpital B._____, a mis en évidence un diabète de type 2, une obésité morbide de type abdominal et un syndrome des apnées du sommeil appareillé par C-PAP. Ce spécialiste relève en outre et sans répercussion sur la capacité de travail, un syndrome métabolique avec dyslipidémie, une haute tension artérielle, une obésité morbide de type abdominal et un diabète de type 2. Il constate les limitations fonctionnelles suivantes : l'alternance des positions (assis, debout, marche), la position accroupie, l'horaire de travail irrégulier, le travail en hauteur sur une échelle et les déplacements sur sol irrégulier ou en pente. La capacité de travail pourrait

être améliorée par une perte pondérale, non envisagée par l'intéressé, en raison des craintes qu'il nourrit à l'idée d'une chirurgie bariatrique. Il indique par ailleurs que l'activité de cuisinier n'est plus exigible depuis le 1^{er} juillet 2003 alors qu'une autre activité, comme celle de bureau, pourrait éventuellement être envisagée, même si cela lui paraît difficile dans la mesure où le patient n'a plus retravaillé depuis plus de deux ans et qu'il a déjà 57 ans.

La Dresse W. _____ du Service médical régional AI (ci-après : SMR) dans un avis médical du 12 septembre 2006 souligne que l'intéressé souffre d'un syndrome métabolique, d'une hypertension artérielle, d'un diabète sucré de type II, liés à une obésité morbide de type abdominal avec un BMI supérieur à 41 kg/m², diagnostics améliorables par un suivi médical approprié. En outre, l'entier de la symptomatologie est liée à l'obésité morbide pouvant s'améliorer par une intervention chirurgicale. Selon ce médecin, aucun de ces diagnostics n'était invalidant au sens de l'AI, étant plutôt du ressort de la caisse maladie.

Le 8 novembre 2006, l'OAI a rendu un projet de décision, refusant l'octroi de toutes prestations, l'intéressé ne présentant pas d'atteinte invalidante au sens de l'art. 4 LAI (loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité ; RS 831.20). Selon l'office intimé, un traitement médical approprié restaurerait sa capacité de travail et de gain.

Le 4 décembre 2006, le Dr T. _____ a déposé un complément de rapport AI, dans lequel il constate que depuis l'évaluation d'M. _____, le 2 décembre 2005, l'évolution a été marquée par l'apparition de douleurs rétro-sternales. L'intéressé a bénéficié d'une coronarographie le 12 avril 2006 qui n'a pas révélé de coronaropathie significative. Il a par contre développé une insuffisance rénale aiguë dont l'évolution est lentement favorable, ce qui a certainement affecté son état de santé. Le médecin fait également état d'une variabilité tensionnelle très importante. Sur le plan pondéral, le patient a fait des efforts, son poids étant passé de 137 à 121 kg. La chirurgie ne peut plus être proposée en raison des

altérations thymiques. Finalement, ce médecin estime que la reprise d'une activité professionnelle est invraisemblable.

Le 18 décembre 2006, le médecin généraliste du recourant a dressé un rapport dont il résulte que le recourant présente en outre un état anxieux important avec trouble de la concentration et de la mémoire en raison de sa polypathologie et de ses problèmes financiers. Sur le plan somatique, les constatations sont les mêmes que celles du Dr T. _____.

Par mandat du 21 février 2007 au Dr D. _____, l'OAI a fait procéder à une expertise médicale qui a fait l'objet d'un rapport du 23 avril 2007. Cet expert, qui se fonde sur tous les rapports figurant au dossier, relève que le syndrome métabolique a été identifié dès l'année 2000 avec mise en traitement d'une hypertension artérielle ainsi qu'un diabète de type II. S'agissant des plaintes et des données subjectives de l'assuré, on peut lire que celui-ci fait état d'une fatigabilité intermittente, fluctuante sans horaire avec difficulté à soutenir les efforts. Le recourant se plaint également de troubles de la concentration, de lombalgies basses en ceinture, d'une dyspnée d'effort et de malaises sous la forme de vertige avec flou visuel et impression de perdre connaissance imminente, survenant préférentiellement lorsqu'il travaille dans son jardin penché en avant plus de dix minutes. Comme diagnostics ayant une répercussion sur la capacité de travail, l'expert retient une polyneuropathie diabétique avec possible dysautonomie et des lombalgies chroniques. Il tient compte des limitations fonctionnelles suivantes : la nécessité de l'alternance de la position assis-debout, la position accroupie et le port de charges de plus de 20 kg. Il ne perçoit aucune limitation sur le plan psychique et mental ainsi que sur le plan social. Il précise qu'il existait probablement une diminution de rendement de 30 % telle que pratiquée en 2003, dans l'activité de cuisinier, celle-ci étant toutefois encore envisageable à raison de 70 %. Selon l'expert, la diminution de l'ordre de 30 % existe depuis la documentation de la neuropathie diabétique et de la possibilité en particulier d'un dysautonomie, soit depuis le 1^{er} décembre 2006. L'incapacité de travail est demeurée stationnaire à 30 % depuis lors. Des mesures de réadaptation professionnelle sont selon lui envisageables et la

capacité de travail au poste habituel peut être restaurée à plus de 80 % par réduction du poids, ce qui améliorerait par ailleurs l'état douloureux lombaire. Dans une activité semi sédentaire, sans longue position debout, sans travail en zone basse, la capacité de travail exigible est de 100 %.

Par avis médical du 21 mai 2007, le Dr J._____, médecin-chef adjoint au SMR, se fondant sur l'expertise réalisée par le Dr D._____, retient en particulier que dans une activité qui respecte les limitations fonctionnelles décrite par ledit expert, celle-ci est entière. L'état de santé ne s'est aggravé qu'à fin 2006, avec une diminution de la capacité de travail de 30 % dans l'activité habituelle.

Le 23 avril 2008, l'OAI a établi un projet de décision dans lequel il évalue le préjudice économique et estime que sans invalidité, l'intéressé aurait pu bénéficier d'un salaire annuel de 42'146 fr. (dans une activité de cuisinier non qualifié selon la convention collective 2007, l'intéressé n'ayant pas de certificat fédéral de capacité). Le revenu d'invalidité est fixé à 50'442 fr. après réduction de 15 % compte tenu des limitations fonctionnelles et de son âge. La capacité de gain n'étant pas entamée, l'office intimé a refusé le droit à toutes prestations.

Par courrier du 11 juin 2008 à l'OAI, l'intéressé a expliqué qu'il n'acceptait pas sa décision, son état de santé s'étant encore aggravé depuis le rapport d'expertise du Dr D._____.

Par décision du 3 juillet 2008, l'OAI, se référant à son projet de décision, a donc refusé l'octroi d'une rente d'invalidité.

B. C'est contre cette dernière décision qu'M._____, représenté par son avocat, a recouru le 15 septembre 2008, concluant principalement avec suite de frais et dépens à l'annulation de la décision du 3 juillet 2008, dont il dit n'en avoir eu connaissance que le 19 juillet suivant, et à l'octroi d'une rente entière à partir du 17 octobre 2005 et subsidiairement, au renvoi de l'affaire à l'intimé pour réexamen. Il allègue que le Dr T._____ bénéficie de connaissances supérieures à celles de l'expert D._____ et

que son avis est dès lors à considérer de manière prépondérante. Il estime ne plus pouvoir exercer aucune activité professionnelle.

Le 30 octobre 2008, le recourant a produit un courrier du Dr T._____ du 9 octobre précédent, dans lequel il écrit au médecin traitant avoir constaté une prise de poids du patient et que de manière générale, une altération de l'état de santé existe depuis le printemps 2007 avec de prime abord une dysthymie évidente et la persistance des malaises dysautonomiques.

Dans ses déterminations du 13 février 2009, l'OAI a fait valoir l'irrecevabilité du recours, relevant que la décision est datée du 3 juillet 2008 et qu'il est ainsi étonnant que le recourant ne l'ait reçue que le 19 juillet suivant. L'office intimé allègue en substance s'en remettre à l'expertise du Dr D._____ et que les rapports complémentaires du Dr T._____ du 9 octobre 2008 ne sauraient remettre en question les conclusions de l'expertise puisque du point de vue somatique, aucun élément n'est nouveau par rapport à ce qui a été pris en compte par ledit expert.

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 dans 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 litt. a LPA-VD).

b) L'intimé conteste en premier lieu la recevabilité du recours en raison de sa tardiveté. Il écrit qu'il est hautement vraisemblable que la décision attaquée ait été reçue par le recourant le 10 juillet 2008 au plus tard. Selon la jurisprudence, le fardeau de la preuve de la notification d'un acte et de sa date incombe en principe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique. En ce qui concerne plus particulièrement la

notification d'une décision ou d'une communication de l'administration, elle doit au moins être établie au degré de la vraisemblance prépondérante requis en matière d'assurance sociale. L'autorité supporte donc les conséquences de l'absence de preuves (ou de vraisemblance prépondérante) en ce sens que si la notification ou sa date sont contestées et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi. L'envoi sous pli simple ne permet en général pas d'établir que la communication est parvenue au destinataire (TF 8C_621/2007 du 5 mai 2008 ; TF 9C_411/2008 du 17 septembre 2008 ; 9C_411/2008 ; ATF 129 I 8 ; Kieser, *das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung*, Zurich 1999, p. 166 n° 364).

En l'espèce, la décision est datée du 3 juillet 2008 et elle a été envoyée en courrier B. On ne peut donc exclure qu'elle ait été reçue le 19 juillet 2008, comme le prétend l'intéressé. Ainsi, la vraisemblance prépondérante n'étant pas établie, on doit considérer que la décision a été notifiée pendant les fêtes (art. 38 al. 4 let. b LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1]) et que le recours a été déposé en temps utile. Il est en outre recevable en la forme (art. 60 al. 1 LPGA).

2. La question litigieuse en l'espèce est celle de savoir si c'est à juste titre que l'OAI a refusé à l'assuré l'octroi de toute prestation, faute d'atteinte invalidante au sens de l'AI.

a) A l'appui de son recours, M._____, se fondant sur le rapport du Dr T._____, prétend qu'il ne peut plus exercer d'activité professionnelle et que partant, il a droit à une rente entière.

De son côté, l'OAI, se référant aux conclusions de l'expert D._____, estime que l'assuré ne présente pas d'atteinte invalidante au sens de l'AI. Il soutient en outre que l'expert explique clairement les raisons pour lesquelles il ne retient pas d'incapacité de travail et considère

que les conclusions du Dr T. _____ ne sauraient remettre en question les conclusions de l'expert.

b) 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 al. 1^{er} 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, dans sa version en vigueur dès le 1^{er} janvier 2004, 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.

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 (art. 16 LPGA).

c) 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 p. 352, 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 convient cependant de 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, consid. 5.2).

D'après une jurisprudence constante, l'administration est tenue, au stade de la procédure administrative, de confier une expertise à un médecin indépendant si une telle mesure se révèle nécessaire. Lorsque de telles expertises sont établies par des spécialistes reconnus, sur la base d'observations approfondies et d'investigations complètes, ainsi qu'en pleine connaissance du dossier, et que les experts aboutissent à des résultats convaincants, le juge ne saurait les écarter aussi longtemps qu'aucun indice concret ne permet de douter de leur bien-fondé (TFA I 129/02 du 29 janvier 2003 ; ATF 125 V 351 consid. 3b/bb).

d) L'expertise du Dr D._____ met en évidence les points litigieux importants ayant fait l'objet d'une étude circonstanciée, sur la base d'exams approfondis. L'anamnèse est particulièrement complète et les indications de l'assuré ont été dûment prises en considération. La description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale sont claires. Les conclusions de l'expert sont bien motivées tant en ce qui

concerne les diagnostics retenus que s'agissant de l'influence des troubles sur la capacité de travail exigible dans l'activité professionnelle exercée jusqu'en juillet 2003, ce compte tenu des limitations qualitatives et quantitatives en relation avec lesdits troubles.

A ce propos, les limitations fonctionnelles constatées pas le Dr T._____ dans son rapport du 2 décembre 2005, telles que l'alternance des positions (assis, debout, marche, accroupie), l'horaire de travail irrégulier, le travail en hauteur sur une échelle et les déplacements sur sol irrégulier ou en pente, n'apparaissent pas être éloignées de celles dégagées par l'expert D._____, qui retient lui-même les limitations suivantes : la nécessité de l'alternance de la position assis-debout, la position accroupie et le port de charges de plus de 20 kg. De même, les deux médecins considèrent qu'une reprise du travail est envisageable, même si cette possibilité paraît invraisemblable au Dr T._____, compte tenu de l'âge et du fait que le recourant n'a plus travaillé depuis 2003. Ainsi, les conclusions de deux experts, outre l'appréciation de la capacité de travail, ne divergent pas. Le rapport du 9 octobre 2008 du Dr T._____ évoquant une prise de poids du recourant et mettant en évidence, de manière générale, une altération de son état de santé depuis le printemps 2007, ne modifie en rien ces dernières appréciations.

Au vu de ces éléments, il convient d'accorder pleine valeur probante à l'expertise du Dr D._____ qui est solidement étayée et exempte de contradictions ; elle est suffisante pour permettre à l'autorité de céans de statuer (art. 61 let. c LPGA). C'est ainsi à juste titre que l'OAI, se fondant sur ladite expertise, a retenu une capacité de travail à 70 % dans l'activité de cuisinier et à 100 % dans une activité tenant compte des limitations fonctionnelles. Elle a donc calculé le préjudice économique sur la base du taux de capacité de travail à 70 %.

3. a) Le recourant ne conteste pas le montant du revenu annuel retenu par l'OAI en l'absence d'invalidité. Ainsi, il n'y a pas lieu de remettre en question ce gain fixé à 42'146 francs.

b) L'OAI a dès lors évalué le préjudice économique en procédant à une approche théorique de la capacité de gain.

Selon la jurisprudence, lorsque l'assuré n'a pas repris d'activité professionnelle, on peut se référer aux données statistiques, telles qu'elles résultent des enquêtes sur la structure des salaires de l'Office fédéral de la statistique (OFS) pour estimer le revenu d'invalidité (ATF 126 V 76 consid. 3b/aa et bb). Le moment déterminant pour l'évaluation de l'invalidité est celui de début du droit éventuel à la rente, donc dans la plupart des cas l'échéance du délai d'attente d'une année. Dans la mesure où, in casu, l'incapacité de travail et de gain a été reconnue depuis le mois de décembre 2006, il convient d'arrêter l'année de référence à 2007 (ATF 128 V 174 consid. 4a).

Le salaire de référence est celui auquel peuvent prétendre les hommes effectuant des activités simples et répétitives dans le secteur privé (production et services), soit en 2004, 4'588 fr. par mois, part au 13^{ème} salaire comprise (Enquête suisse sur la structure des salaires 2004, TA1; niveau de qualification 4).

Comme les salaires bruts standardisés tiennent compte d'un horaire de travail de quarante heures, soit une durée hebdomadaire inférieure à la moyenne usuelle dans les entreprises en 2004 (41,6 heures ; La Vie économique, 10/2006, p. 90, tableau B 9.2), ce montant doit être porté à 4'771 fr. 52 ($4'588 \text{ fr.} \times 41,6 : 40$), ce qui donne un salaire annuel de 57'258 fr. 24. Vérifiés d'office, les chiffres retenus par l'office intimé s'avèrent exacts. Après adaptation de ce chiffre à l'évolution des salaires nominaux de 2004 à 2007 (+ 3.60 % ; La Vie économique, 10-2006, p. 91, tableau B 10.2), le salaire annuel doit être porté à 59'344 fr. 14.

Le montant ainsi obtenu doit, le cas échéant, encore être réduit en fonction des empêchements propres à la personne de l'assuré, par exemple certaines limitations liées au handicap, à l'âge, à la nationalité, à la catégorie de permis de séjour ou au taux d'occupation. Il n'y a toutefois pas lieu d'opérer des déductions distinctes pour chacun des

facteurs entrant en considération, mais il convient plutôt de procéder à une évaluation globale des effets de ces facteurs sur le revenu d'invalidé, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas concret. La jurisprudence n'admet pas de déduction globale supérieure à 25 % (ATF 126 V 80 consid. 5b/CC).

Dans le cas présent l'abattement de 15 % au maximum retenu par l'OAI sur le revenu d'invalidé paraît adéquat compte tenu des limitations fonctionnelles de l'assuré et de son âge. Il doit être confirmé. Le revenu d'invalidé se monte alors à 50'442 fr. 40, arrondi à 50'442 fr. (59'344 fr. 14 x 15 %).

Comparé au revenu de 42'146 fr. qu'il aurait obtenu sans atteinte à la santé, il en résulte que la capacité de gain n'est pas entamée. Inférieur à 40 %, le degré d'invalidité n'ouvre pas le droit à la rente (art. 28 LAI).

4. Il s'ensuit que le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne le maintien de la décision de l'OAI du 3 juillet 2008.

Compte tenu de l'ampleur de la procédure, les frais de justice sont arrêtés à 250 fr. (art. 69 al. 1bis LAI et art. 2 TFJAS [tarif des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales ; RSV 173.36.5.2]), et mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 91 LPA-VD). Il n'est en outre pas alloué de dépens (art. 61 let. g LPGA).

**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 du 3 juillet 2008 est confirmée.

III. Les frais de justice, arrêtés à 250 fr. (deux cent cinquante francs) sont mis à la charge du recourant.

IV. Il n'est pas alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Julien Guignard, avocat à Villars-le-Grand (pour M. _____) ;
- Office cantonal de l'assurance-invalidité pour le canton de vaud, à Vevey ;
- OFAS, à Berne,

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 :