

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 2 décembre 2011

---

Présidence de M. JOMINI  
Juges : MM. Métral et Gerber, juge suppléant  
Greffier : M. Germond

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**I.** \_\_\_\_\_, à Ormont-Dessous, recourant, représenté par Me Laure Chappaz,  
avocate à Aigle,

et

**OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITÉ POUR LE CANTON DE VAUD**, à  
Vevey, intimé.

---

**Art. 6ss, 16 et 37 al. 4 LPGA; 4 al. 1 et 28 LAI**

**E n f a i t :**

**A.** I. \_\_\_\_\_ (ci-après: l'assuré ou le recourant), né en 1971, sans formation professionnelle après avoir tenté un apprentissage de chauffeur, avait déposé le 13 avril 2000 une demande de prestations AI après avoir travaillé comme maçon puis comme chauffeur professionnel. Il a été engagé comme machiniste à partir du 3 septembre 2001 dans un atelier protégé de fabrique de ressorts (la K. \_\_\_\_\_ à [...]). Selon le rapport d'examen clinique pluridisciplinaire du Service médical régional (SMR) Léman du 13 novembre 2001, l'assuré souffrait depuis la fin de l'adolescence de lombalgies chroniques persistantes avec de nettes séquelles de maladie de Scheuermann au niveau dorsal, des discopathies lombaires étagées, prédominant en L5-S1 ainsi qu'un renversement postérieur excessif du tronc. Il avait une incapacité totale de travail dans son ancienne profession de chauffeur. Sa capacité de travail était en revanche totale dans une activité adaptée — telle que celle dans l'atelier protégé — qui permettait l'alternance régulière de la position assise et de la position debout et qui ne l'obligeait pas à travailler en antéflexion du tronc, à soulever des charges d'un poids excédant 5 kg et à en porter de l'ordre de 10 kg. Le 13 mars 2002, l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après: l'OAI ou l'intimé) a rejeté la demande de rente et de mesures professionnelles en raison d'un taux d'invalidité de 0.018 % (revenu sans invalidité fixé à 54'600 fr. en fonction d'une activité comme chauffeur; revenu d'invalidité fixé à 53'583 fr. sur la base du salaire à la K. \_\_\_\_\_).

L'assuré a été opéré le 8 décembre 2005 pour deux hernies discales. Peu après l'opération, il y a eu recrudescence douloureuse. L'assuré a été opéré à nouveau le 11 décembre 2006 à l'hôpital orthopédique de Suisse romande pour une double discopathie L4-L5, L5-S1.

L'assuré a été en incapacité de travail totale du 27 octobre 2005 au 9 avril 2006. Sa capacité de travail a été augmentée à 50 % du

10 avril 2006 au 9 août 2006, date à partir de laquelle elle a été à nouveau nulle. Le 6 juillet 2006, l'assuré a déposé une nouvelle demande de prestations AI en raison d'une diminution de sa capacité de travail.

Selon le rapport de l'employeur, La K.\_\_\_\_\_, du 8 septembre 2006, l'assuré était engagé comme machiniste pour la mise en place et le réglage de machines de fabrication de ressorts et le suivi de la production. Cela impliquait le port de charges d'au plus 25 kg 4 à 5 fois par jour. L'activité se déroulait à 40 % debout, à 40 % assis et à 20 % en marchant.

Selon le rapport médical du Dr S.\_\_\_\_\_, spécialiste en médecine interne générale, daté du 9 janvier 2007, la situation médicale de l'assuré s'était améliorée après l'opération du 11 décembre 2006 qui avait fait disparaître les sciatalgies gauches tout en conservant les lombalgies basses. Même si le pronostic devait être favorable à long terme, l'assuré ne pourrait plus reprendre le travail à son ancien poste de machiniste de fabrication car il devrait porter des charges dépassant ses capacités et de plus se baisser trop fréquemment pour les transporter. Dans son rapport du 30 avril 2007, le Dr S.\_\_\_\_\_, estimait qu'une activité adaptée sans port de charges en position variable était a priori possible à 50 %, mais il était trop tôt pour se prononcer, le pronostic étant réservé. Selon son rapport du 13 juillet 2007, l'incapacité de travail de l'assuré était entière dans son activité exercée jusqu'alors. La reprise du travail à 50 % le 15 juin 2007 sans port de charges s'était soldée par un échec, car une forte augmentation des lombalgies, devenant insupportables, avait obligé l'assuré à cesser son activité le 20 juin 2007. A ce moment-là, le Dr S.\_\_\_\_\_ ne voyait pas d'activité adaptée car l'assuré ne pouvait même pas rester assis assez longtemps pour effectuer des travaux. Dans son rapport du 23 septembre 2008, le Dr S.\_\_\_\_\_ relevait que les lombalgies qui avaient été améliorées par l'application du système transdermique Fentanyl Mepha [analgésique reposant sur une substance semblable à la morphine] persistaient. A son avis, une amélioration de la situation était peu probable. Aucune activité adaptée n'était possible.

Selon le rapport médical du Dr Q.\_\_\_\_\_, spécialiste en chirurgie orthopédique, médecin adjoint à l'hôpital orthopédique de la Suisse romande, daté du 6 juin 2007, l'assuré avait atteint plus ou moins l'état définitif. Il y a eu une certaine amélioration en ce qui concernait les douleurs du membre inférieur mais pas de changement en ce qui concernait les lombalgies. A son avis, l'assuré ne pourrait pas reprendre son emploi antérieur à temps plein, mais il devrait être capable de reprendre une activité légère et à temps partiel. Dans un rapport du 15 août 2007, le Dr Q.\_\_\_\_\_ a estimé que l'assuré souffrait de lombalgies réfractaires à tout traitement et que le degré d'incapacité de travail était de 100 % dans l'emploi actuel et ceci pour une durée indéterminée; aucune amélioration n'était possible et une reprise n'était envisageable que dans une activité adaptée à un faible pourcentage après un reclassement professionnel. Dans un rapport du 4 décembre 2007, le Dr Q.\_\_\_\_\_ avait constaté une nette amélioration de l'état du patient sur le plan fonctionnel, au moyen des questionnaires d'auto-évaluation. Le contrôle radiologique ne montrait pas d'image de descellement de la partie discale des vis, ni de signe de rupture. Il concluait comme suit:

“Des facteurs plus complexes rentrent certainement en ligne de compte. Le patient a fait une demande d'une rente complète à l'Assurance-Invalidité. Je pense qu'une réintégration professionnelle est tout à fait illusoire pour plusieurs raisons. Je préconise tout de même un prochain contrôle dans une année dans le but de suivre l'évolution de cet implant dynamique.”

Selon le rapport d'examen clinique rhumatologique du 6 novembre 2008 du SMR, réalisé par le Dr M.\_\_\_\_\_, doté d'un titre postgrade fédéral en médecine interne générale et en rhumatologie, l'assuré souffrait de lombalgies chroniques persistantes dans le cadre de troubles statiques et dégénératifs du rachis avec status après cure de hernie discale L4-L5 en 2005 et status après stabilisation souple L4-L5 et L5-S1 par système dynesys (M 54.5). Les limitations fonctionnelles étaient les suivantes: nécessité de pouvoir alterner deux à trois fois par heure la position assise et la position debout; pas de soulèvement régulier de charges d'un poids excédant 5 kilos; pas de port régulier de charges d'un poids excédant 12 kilos; pas de travail en porte-à-faux statique prolongé

du tronc; pas de soumission à des vibrations. L'incapacité de travail était totale depuis le 27 octobre 2005, puis de 50% dès le 10 avril 2006, puis à nouveau complète dès le 10 août 2006 dans l'activité habituelle de machiniste à la manufacture de [...]. Par contre, dans une activité strictement adaptée aux limitations fonctionnelles requises par la pathologie ostéoarticulaire, la capacité de travail était de 50 %. Elle n'était pas nulle contrairement à l'évaluation du Dr S.\_\_\_\_\_, les résultats radiologiques du 4 décembre 2007 montrant un status satisfaisant après stabilisation souple L4-L5 et L5-S1 par système Dynesys. La capacité de travail exigible dans une activité adaptée était de 50% depuis le 12 juin 2007, soit six mois après la deuxième opération.

Le 5 janvier 2009, l'OAI a adressé à l'assuré un projet de décision dans lequel il accordait à celui-ci une rente entière du 1<sup>er</sup> octobre 2006 au 30 septembre 2007. Comme une capacité de travail de 50 % lui était reconnue dès le 12 juin 2007, l'assuré avait droit à une demi-rente dès le 1<sup>er</sup> octobre 2007.

Par acte du 5 février 2009, l'assuré, nouvellement représenté par Me Laure Chappaz, a contesté le projet de décision et requis l'octroi d'une rente entière aussi après le 1<sup>er</sup> octobre 2007. Il a par ailleurs demandé l'octroi de l'assistance juridique.

A l'appui de sa demande, l'assuré a communiqué une prise de position du Dr Q.\_\_\_\_\_ du 10 février 2009 dont il ressortait que l'état de l'assuré était plutôt stationnaire, eu égard au fait que le score fonctionnel d'Oswestry, basé sur un questionnaire auto-administré, oscillait d'une visite à l'autre aux alentours de 40 à 50 %. De l'avis du Dr Q.\_\_\_\_\_, le type de limitations fonctionnelles mentionné dans le rapport du Dr M.\_\_\_\_\_ semblait tout à fait adéquat. Il a explicité comme suit son avis du 4 décembre 2007 sur le caractère illusoire d'une réintégration professionnelle:

“Les raisons pour lesquelles on pense qu'une réintégration professionnelle paraît illusoire, sont d'ordre de pathologies multifactorielles. Une longue incapacité de travail, une profession

plutôt manuelle et l'évolution plutôt lente et pas extrêmement favorable après le geste chirurgical, font que statistiquement parlant, Monsieur I.\_\_\_\_\_ avait peu de chance de réintégrer son emploi antérieur à plein temps."

Dans son avis médical du 31 mars 2009, le Dr J.\_\_\_\_\_, spécialiste en anesthésiologie, du SMR a estimé que le rapport du Dr Q.\_\_\_\_\_ ne contredisait en rien les déterminations, ni les conclusions du SMR et n'apportait aucun élément médical de nature à remettre en question la position du SMR qui était maintenue. Il relevait que les pathologies multifactorielles évoquées par le Dr Q.\_\_\_\_\_ comme rendant illusoire une réintégration professionnelle n'étaient justement pas des pathologies au sens médical du terme puisqu'il s'agissait d'une longue incapacité de travail dans le cadre d'une profession plutôt manuelle et avec une évolution plutôt lente et pas extrêmement favorable après un geste chirurgical.

Le 4 août 2009, l'OAI a adressé à l'assuré une lettre motivant pourquoi le projet de décision du 5 janvier 2009 devait être confirmé. Le même jour, l'OAI a communiqué au mandataire de l'assuré qu'il comptait rejeter la demande d'assistance juridique au motif que le point litigieux, à savoir la capacité de travail médicalement exigible, n'est pas d'un degré de complexité tel qu'il nécessite l'assistance d'un avocat. Par courrier du 20 août 2009, le conseil de l'assuré a relevé que l'assistance juridique était nécessaire, car la contestation portait non seulement sur l'évaluation médicale mais également sur la détermination du revenu d'invalidité.

L'OAI a rendu, le 21 août 2009, une décision accordant à l'assuré une demi-rente depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2009. Le 28 septembre 2009, l'OAI a adressé à l'assuré une décision lui accordant une rente entière du 1<sup>er</sup> octobre 2006 au 30 septembre 2007, puis une demi-rente entre le 1<sup>er</sup> octobre 2007 et le 31 août 2009.

Le 7 septembre 2009, l'OAI a rendu une décision de rejet de la demande d'assistance juridique gratuite.

Par décision du 28 octobre 2009, l'OAI a accordé à l'assuré 704 fr. d'intérêts de retard.

**B.** Entre-temps, le 4 mars 2009, le Service de l'emploi a rendu une décision déclarant I. \_\_\_\_\_ inapte au placement. Cette décision est motivée comme suit:

"Nous sommes donc amenés à examiner si l'assuré est à même, tant sur le plan subjectif que du point de vue objectif, d'offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible.

On peut déduire de l'ensemble de ces circonstances que, subjectivement, à l'examen du dossier et compte tenu du «handicap» dont souffre l'assuré, ainsi que du marché professionnel extrêmement réduit susceptible d'entrer en ligne de compte dans sa situation, que son employabilité au sens de la note B251 de la circulaire IC [Circulaire relative à l'indemnité de chômage] est donc considérablement réduite. Même dans l'hypothèse d'un marché de l'emploi équilibré, ses chances de trouver un emploi sont très incertaines.

Au vu de ce qui précède, l'assuré ne peut pas être reconnu apte au placement au sens de l'art. 15 LACI [loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, RS 837.0]."

**C.** Par acte du 23 septembre 2009, I. \_\_\_\_\_ a fait recours devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre les décisions de l'OAI. S'agissant de l'assistance d'un avocat en procédure administrative, il conclut à l'annulation de la décision du 7 septembre 2009 et à l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite dès le 5 juillet 2009. Au fond et principalement, il conclut à l'octroi d'une rente entière d'invalidité avec effet dès le 1<sup>er</sup> octobre 2006, subsidiairement à l'ordonnancement d'une expertise orthopédique et à jugement sur son droit à la rente.

Par acte du 25 novembre 2009, l'OAI s'est déterminé sur le recours en concluant au rejet de ce dernier et à la confirmation de la décision attaquée.

Le 25 janvier 2010, le conseil du recourant a pris position sur la détermination de l'intimé et a communiqué une attestation du nouveau médecin traitant, le Dr A. \_\_\_\_\_, datée du 8 décembre 2009, et un rapport médical du même médecin daté du 18 janvier 2010. Le médecin y

déclara avoir vu le recourant les 17 août et 25 septembre 2009 pour des douleurs dorsolombaires aiguës qui étaient des séquelles de la cure d'hernie discale, et qu'il avait dû lui faire une injection de Méphamésone-Olfen en intramusculaire pour faire céder l'acmé de la douleur.

**D.** Par décision du 8 décembre 2009, le bureau de l'assistance judiciaire a accordé au recourant l'assistance judiciaire pour la procédure de recours.

Le 17 mai 2011, le conseil du recourant a communiqué sa liste d'opérations.

### **E n d r o i t :**

**1.** **a)** 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 auprès du 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 a été interjeté le 23 septembre 2009 auprès du tribunal compétent. Dans la mesure où le recours porte non seulement sur la période postérieure au 1<sup>er</sup> septembre 2009, régie par la décision du 21 août 2009, mais aussi sur la période entre le 1<sup>er</sup> octobre 2007 et le 31 août 2009, régie par la décision du 28 septembre 2009, et où ces deux décisions reposent sur la même motivation fournie par le courrier du 4 août 2009, le recours doit être considéré comme ayant pour objet non seulement la décision du 21 août 2009 mais aussi celle du 28 septembre 2009.

**b)** La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, RSV 173.36), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009, s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

**2.** L'assureur social – et le juge des assurances sociales en cas de recours – doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Si les rapports médicaux sont contradictoires, il ne peut liquider l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. C'est ainsi qu'il importe, pour conférer pleine valeur probante à un rapport médical, que les points litigieux importants 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 de la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (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 bien 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 351 consid. 3a et les références citées; 134 V 231 consid. 5.1; TF 9C\_1023/2008 du 30 juin 2009, consid. 2.1.1).

D'après une jurisprudence constante, l'OAI est tenu, 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 (ATF 125

V 351 consid. 3b/bb). Il en va de même, selon la jurisprudence, pour les rapports des médecins des assureurs (TF 8C\_565/2008 du 27 janvier 2009, consid. 3.3.2 et 8C\_862/2009 du 19 août 2009, consid. 4.2). Par ailleurs, selon la Haute Cour, 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; il convient dès lors 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 références citées; Pratique VSI 2001 p. 106, consid. 3b/bb et cc).

En cas de divergence d'opinion entre experts et médecins traitants, il n'est, de manière générale, pas nécessaire de mettre en oeuvre une nouvelle expertise. La valeur probante des différents rapports médicaux doit bien plutôt s'apprécier au regard des critères jurisprudentiels (ATF 125 V 351 consid. 3a) qui permettent de leur reconnaître pleine valeur probante. A cet égard, il convient de rappeler qu'au vu de la divergence consacrée par la jurisprudence entre un mandat thérapeutique et un mandat d'expertise (ATF 124 V 170 consid. 4), on ne saurait remettre en cause une expertise ordonnée par le juge ou l'administration et procéder à de nouvelles investigations du seul fait qu'un ou plusieurs médecins traitants ont une opinion contradictoire. Il n'en va différemment que si ces médecins traitants font état d'éléments objectivement vérifiables ayant été ignorés dans le cadre de l'expertise et qui sont suffisamment pertinents pour remettre en cause les conclusions de l'expert (TF 9C\_776/2009 du 11 juin 2010).

Enfin, si l'administration ou le juge (art. 43 et 61 let. c LPGa), se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves ("appréciation anticipée des preuves"; ATF 130 II 425 consid. 2.1, 122 II 464 consid. 4a,

122 III 219 consid. 3, 120 Ib 224 consid. 2b, 119 V 335 consid. 3c et la référence).

**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 et 129 V 1 consid. 1.2). Par conséquent, le droit éventuel à une rente de l'assurance-invalidité doit être examiné jusqu'au 31 décembre 2007 selon les dispositions alors en vigueur, après le 1<sup>er</sup> janvier 2008, en fonction des modifications de la LAI consécutives à la 5<sup>e</sup> révision de cette loi, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008.

**b)** Est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée, résultant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art. 8 al. 1 LPGA et 4 al. 1 LAI). Est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un 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). Quant à l'incapacité de travail, elle est définie par l'art. 6 LPGA comme 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 l'assuré peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité.

**c)** Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu un recours) a besoin de documents que le médecin, éventuellement aussi d'autres spécialistes, doivent lui fournir. La tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer

dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré (ATF 125 V 261 consid. 4, 115 V 134 consid. 2, 114 V 314 consid. 3c et 105 V 158 consid. 1).

**4.** Le litige porte en premier lieu sur la capacité de travail résiduelle de l'assuré. Selon la décision attaquée, l'assuré a une capacité de travail de 50 % dans une activité adaptée depuis le 12 juin 2007, soit six mois après l'opération du 12 décembre 2006. Le recourant soutient en revanche n'avoir aucune capacité de travail même dans une activité adaptée.

**a)** Il ressort clairement des actes médicaux et il est incontesté que la capacité de travail du recourant dans son activité antérieure de machiniste était nulle, y compris au sein de l'atelier protégé La K.\_\_\_\_\_.

**b)** Selon le rapport d'examen clinique rhumatologique du 14 octobre 2008 du Dr M.\_\_\_\_\_ du SMR, la capacité de travail du recourant est de 50 % dans une activité strictement adaptée aux limitations fonctionnelles requises par la pathologie ostéoarticulaire depuis le 12 juin 2007. Ces limitations fonctionnelles sont: nécessité de pouvoir alterner deux à trois fois par heure la position assise et la position debout; pas de soulèvement régulier de charges d'un poids excédant 5 kilos; pas de port régulier de charges d'un poids excédant 12 kilos; pas de travail en porte-à-faux statique prolongé du tronc; pas de soumission à des vibrations. Le rapport d'examen clinique du Dr M.\_\_\_\_\_ remplit toutes les conditions pour avoir pleine valeur probante.

L'appréciation du SMR sur les limitations fonctionnelles du recourant a été confirmée par le Dr Q.\_\_\_\_\_ dans sa prise de position du 10 février 2009. L'affirmation du Dr Q.\_\_\_\_\_ du 4 décembre 2007 quant au caractère "tout à fait illusoire" d'une réintégration professionnelle ne contredit pas non plus l'appréciation du SMR, car le Dr Q.\_\_\_\_\_ a explicité dans sa prise de position susmentionnée que son évaluation

portait sur la réintégration de l'assuré dans son emploi antérieur à plein temps et non sur la capacité de travail dans une profession adaptée.

Le SMR a exposé de manière convaincante pourquoi il s'écarte de l'avis contraire du médecin traitant du recourant, le Dr S.\_\_\_\_\_, selon lequel aucune activité professionnelle ne serait adaptée aux problèmes de santé. Le SMR relève en effet que le contrôle radiologique du 4 décembre 2007 était plutôt rassurant. Même si les lombalgies persistaient en dépit de l'application d'un analgésique à base d'opioïde, selon le rapport du Dr S.\_\_\_\_\_ du 23 septembre 2008, le SMR en a tenu compte précisément en limitant à 50 % le taux d'activité exigible du recourant.

Le recourant a communiqué au tribunal deux courriers de son nouveau médecin traitant datant du 8 décembre 2009 et du 18 janvier 2010. Dans la mesure où ces documents postérieurs aux décisions attaquées portent sur un traitement initié avant la décision du 21 août 2009 relative au droit à la rente à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2009, ils sont pertinents. Néanmoins, le fait que le recourant ait eu une crise aiguë de lombalgies le 17 août 2009 ne remet pas en cause la valeur probante du rapport du SMR. En effet, une crise temporaire ne démontre pas que les lombalgies empêchent durablement l'assuré d'exercer une activité adaptée à mi-temps.

Cela étant, il n'y a pas d'éléments décisifs susceptibles de mettre en question la valeur probante de l'appréciation de la capacité de travail du recourant établie par le rapport du SMR. Il n'y a donc pas lieu de donner suite à la demande du recourant d'ordonnancement d'une expertise orthopédique. C'est à juste titre que l'office intimé a considéré que le recourant bénéficiait d'une capacité de travail de 50 % dans une activité adaptée respectant ses limitations fonctionnelles.

S'agissant de la date à partir de laquelle le recourant a retrouvé une capacité de travail de 50 %, le SMR l'a fixée au 12 juin 2007, à l'échéance d'un délai de six mois après l'opération du 12 décembre 2006. Cette appréciation n'est pas contredite par l'échec de la tentative

de reprendre le travail à mi-temps le 18 juin 2007 qui s'était achevée après deux jours en raison d'une forte augmentation des lombalgies. En effet, la tentative de reprendre le travail s'est déroulée dans l'ancienne activité de machiniste, alors que la capacité de travail du recourant y est reconnue être nulle, et non pas dans le cadre d'une activité adaptée aux limitations fonctionnelles.

**c)** Le recourant soutient que la décision attaquée entre en conflit avec celle du 4 mars 2009 du service cantonal de l'emploi selon laquelle il est inapte au placement. Or, l'assurance-invalidité et l'assurance-chômage n'ont pas un caractère complémentaire réciproque. Il n'est par conséquent pas d'emblée exclu qu'une même atteinte à la santé puisse conduire à la reconnaissance d'une capacité de travail partielle ou entière et à la négation de l'aptitude au placement (cf. TF 9C\_228/2007 du 24 septembre 2007, consid. 4; TFA C 282/2005 du 3 mars 2006, consid. 2.3; DTA 1999 n°19 p. 104 consid. 2 et 3, 1998 n° 5 p. 28 consid. 3b/bb; RCC 1984 p. 361 et 1983 p. 112). Le recours est donc mal fondé sur ce point.

**d)** Dans le domaine de l'assurance-invalidité, on applique de manière générale le principe selon lequel un invalide doit, avant de requérir des prestations, entreprendre de son propre chef tout ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui, pour atténuer le mieux possible les conséquences de son invalidité; c'est pourquoi un assuré n'a pas droit à une rente lorsqu'il serait en mesure, au besoin en changeant de profession d'obtenir un revenu excluant une invalidité ouvrant droit à une rente. La réadaptation par soi-même est un aspect de l'obligation de diminuer le dommage et prime aussi bien le droit à une rente que celui à des mesures de réadaptation. L'obligation de diminuer le dommage s'applique aux aspects de la vie les plus variés. Toutefois, le point de savoir si une mesure peut être exigée d'un assuré doit être examiné au regard de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas concret (ATF 113 V 22 consid. 4a et les références). Par circonstances subjectives, il faut entendre en premier lieu l'importance de la capacité résiduelle de travail ainsi que les facteurs personnels tels que l'âge, la situation

professionnelle concrète ou encore l'attachement au lieu de domicile. Parmi les circonstances objectives doivent notamment être pris en compte l'existence d'un marché du travail équilibré et la durée prévisible des rapports de travail (arrêts I 750/2004 du 5 avril 2006, consid. 5.3, in SVR 2007 IV n° 1 p. 1 et I 11/2000 du 22 août 2001, consid. 5a/bb, in VSI 2001 p. 274).

Le recourant, qui avait 38 ans lors de la décision attaquée, est encore jeune, de sorte que l'on peut attendre de lui qu'il se réadapte. Il fait valoir qu'il n'est pas en mesure de conduire et qu'il ne peut donc pas suivre une activité lucrative en dehors de [...]. Interpellé à ce sujet par le conseil du recourant, le Dr Q. \_\_\_\_\_ avait déclaré qu'il ne s'agissait pas d'un facteur médical. De plus, le recourant s'était rendu seul en voiture à l'examen du SMR en octobre 2008. Enfin, les transports publics permettraient à l'assuré de varier les positions assise et debout pendant les trajets. Comme en outre on peut escompter d'un jeune assuré qu'il change de domicile si celui-ci ne lui permet pas de trouver un travail adapté, l'aversion manifestée par le recourant à l'égard des déplacements en dehors de la région de [...] ne peut pas être admise comme une circonstance subjective qui ferait valablement obstacle à un changement de profession, si tant est qu'une activité adaptée ne pourrait pas être trouvée dans les environs de son domicile.

**5.** Il importe à ce stade d'établir le degré d'invalidité du recourant.

**a)** Chez les assurés actifs, le degré d'invalidité doit être déterminé sur la base d'une comparaison des revenus. Pour cela, 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. 28a al. 1 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA). La comparaison des revenus s'effectue,

en règle générale, en chiffrant aussi exactement que possible les montants de ces deux revenus et en les confrontant l'un avec l'autre, la différence permettant de calculer le taux d'invalidité. Dans la mesure où ces revenus ne peuvent être chiffrés exactement, ils doivent être estimés d'après les éléments connus dans le cas particulier, après quoi l'on compare entre elles les valeurs approximatives ainsi obtenues (TF 9C\_900/2009 du 27 avril 2010, consid. 3.1 et la référence citée).

**b)** Il convient de se placer au moment de la naissance du droit éventuel à la rente pour procéder à la comparaison des revenus. Selon l'art. 29 LAI tel qu'en vigueur lors du dépôt de la demande du recourant, le droit à la rente prend naissance au plus tôt à la date dès laquelle l'assuré présente une incapacité de gain durable de 40 % au moins (art. 7 LPGA), ou l'assuré a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40 % au moins pendant une année sans interruption notable (art. 6 LPGA). En vertu de l'art. 48 al. 2 LAI, tel qu'en vigueur lors du dépôt de la demande de prestations, si l'assuré présente sa demande plus de douze mois après la naissance du droit, les prestations, en dérogation à l'art. 24 al. 1 LPGA, ne sont allouées que pour les douze mois précédant le dépôt de la demande; elles sont allouées pour une période antérieure si l'assuré ne pouvait pas connaître les faits donnant droit à prestation et qu'il présente sa demande dans les douze mois dès le moment où il en a eu connaissance.

En l'espèce, la décision attaquée a fixé à juste titre le début du droit à la rente au 1<sup>er</sup> octobre 2006, soit à l'échéance du délai de carence d'une année initié le 27 octobre 2005.

**c)** Le revenu hypothétique de la personne valide se détermine en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce qu'elle aurait effectivement pu réaliser au moment déterminant si elle était en bonne santé; le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible; c'est pourquoi il se déduit en principe du salaire réalisé en dernier lieu par l'assuré avant l'atteinte à la santé, en tenant compte de l'évolution des salaires jusqu'au moment de la naissance du

droit à la rente (ATF 134 V 322 consid. 4.1 et 129 V 222 consid. 4.3.1; TF 9C\_651/2008 du 9 octobre 2009, consid. 6.1.2.1).

Le revenu de valide a été fixé par le projet de décision du 5 janvier 2009 à 58'050 fr. sur la base du salaire du recourant chez son employeur depuis 2001, La K.\_\_\_\_\_. Or, cette activité avait été considérée dans la décision de l'OAI du 13 mars 2002 comme une activité adaptée à l'atteinte à la santé du recourant. Le recourant ne subissait alors pas de perte de gain (degré d'invalidité de 0,018 %) dans son activité de machiniste, par rapport à son ancienne profession de chauffeur. Il est donc correct de se référer au gain de l'assuré comme machiniste auprès de son dernier employeur, La K.\_\_\_\_\_, pour établir le revenu sans invalidité. On peut d'ailleurs relever que le revenu sans invalidité n'aurait pas été supérieur en tenant compte des revenus de l'assuré comme chauffeur professionnel avant 2001, ni même en estimant le revenu annuel d'un chauffeur professionnel selon la méthode choisie par l'OAI lors de la décision du 13 mars 2002. Au demeurant, le recourant ne soulève aucun grief s'agissant du calcul du revenu sans invalidité tel qu'effectué par l'intimé.

**d)** Le revenu d'invalidité doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de la personne assurée. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé – soit lorsque la personne assurée, après la survenance de l'atteinte à la santé, n'a pas repris d'activité lucrative ou alors aucune activité normalement exigible –, le revenu d'invalidité peut être évalué sur la base de salaires fondés sur les données statistiques résultant de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) (ATF 129 V 472 consid. 4.2.1; TF 8C\_287/2010 du 18 novembre 2010, consid. 3 et 9C\_900/2009 du 27 avril 2010, consid. 3.3).

En l'espèce, le recourant n'a repris ni le travail à la K.\_\_\_\_\_ de [...] depuis sa tentative infructueuse du 18 juin 2007, ni une autre activité professionnelle. C'est donc à juste titre que l'OAI a évalué le revenu d'invalidité sur la base des données ESS pour le niveau de qualification 4 (TA 1). Le recourant requiert en revanche que le salaire

comme invalide soit fixé uniquement sur la base des postes pour activités simples et répétitives dans le secteur privé de la région de [...]. Or, le Tribunal fédéral a considéré, pour des raisons liées au respect du principe constitutionnel de l'égalité de traitement, qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de données salariales régionales, et à plus forte raison cantonales, telles qu'elles ressortaient par exemple de la table TA 13 de l'ESS (arrêt TFA U 75/2003 du 12 octobre 2006, consid. 8; voir également TFA I 424/2005 du 22 août 2006 concernant les données issues des «Salaires d'usage par branche dans 7 régions suisses» de l'USS [Union Syndicale Suisse]) pour fixer le revenu d'invalide. A fortiori ne pourrait-on pas se fonder sur le revenu dans la région de [...], indépendamment du fait que l'estimation faite par le recourant d'un salaire de 3'000 fr. dans cette région ne repose sur aucune statistique.

Contrôlé d'office par le tribunal, le salaire hypothétique annuel de 30'072 fr. 24 pour un poste à 50 % est correct.

La mesure dans laquelle les salaires ressortant des statistiques doivent être réduits dépend de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier (limitations liées au handicap, âge, années de service, nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation). Une déduction globale maximale de 25 % sur le salaire statistique permet de tenir compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative (ATF 126 V 75 consid. 5b/aa-cc et les références citées). L'office intimé a fixé un abattement de 10 %. Cela n'est pas critiquable. Le revenu d'invalide s'élève ainsi 27'065 francs.

**e)** Il découle de ce qui précède que le taux d'invalidité du recourant a été correctement fixé à 53 % (53,37 % arrondi conformément à la jurisprudence, ATF 130 V 121 consid. 3.2).

**6.** Le recourant a requis l'octroi d'une équitable indemnité de partie pour la procédure devant l'OAI depuis le 5 juillet 2009. Il avait déjà demandé le 5 février 2009 l'octroi de l'assistance juridique pour toute la durée de la procédure. Le 4 août 2009, l'Office intimé a informé qu'il

comptait rejeter la demande d'assistance juridique au motif que le degré de complexité, à savoir l'évaluation de la capacité de travail de l'assuré, n'est pas tel qu'il nécessite l'assistance d'un avocat. L'office intimé a confirmé son rejet par décision du 7 septembre 2009.

**a)** Dans la procédure administrative en matière d'assurances sociales, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur lorsque les circonstances l'exigent (art. 37 al. 4 LPGA). La LPGA a ainsi introduit une réglementation légale de l'assistance juridique dans la procédure administrative (ATF 131 V 153 consid. 3.1; Kieser, in ATSG-Kommentar: Kommentar zum Bundesgesetz über dem Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zurich 2003, n. 22 ad art. 37). La jurisprudence y relative rendue dans le cadre de l'art. 4a Cst. (ancienne Constitution fédérale du 29 mai 1874, cf. art. 29 al. 3 Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101]) sur les conditions de l'assistance judiciaire en procédure d'opposition (partie dans le besoin, conclusions non dépourvues de toute chance de succès, assistance objectivement indiquée d'après les circonstances concrètes [ATF 125 V 32 consid. 2 et les références, VSI 2000 p. 164 consid. 3b {I 69/1999}] continue de s'appliquer, conformément à la volonté du législateur (TFA I 557/2004 du 29 novembre 2004 consid. 2.1, publié à la Revue de l'avocat 2005 n. 3 p. 123, et 1386/2004 du 12 octobre 2004 consid. 2.1; FF 1999 p. 4242).

L'assistance par un avocat s'impose uniquement dans les cas exceptionnels où il est fait appel à un avocat parce que des questions de droit ou de fait difficiles rendent son assistance apparemment nécessaire et qu'une assistance par le représentant d'une association, par un assistant social ou d'autres professionnels ou personnes de confiance d'institutions sociales n'entre pas en considération (ATF 132 V 200 consid. 4.1 et les arrêts cités). A cet égard, il y a lieu de tenir compte des circonstances du cas d'espèce, de la particularité des règles de procédure applicables, ainsi que des spécificités de la procédure administrative en cours. En particulier, il faut mentionner, en plus de la complexité des questions de droit et de l'état de fait, les circonstances qui tiennent à la

personne concernée, comme sa capacité de s'orienter dans une procédure. Dès lors, le fait que l'intéressé puisse bénéficier de l'assistance de représentants d'association, d'assistants sociaux ou encore de spécialistes permet d'inférer que l'assistance d'un avocat n'est ni nécessaire ni indiquée (TFA I 557/2004 du 29 novembre 2004, consid. 2.2., publié à la Revue de l'avocat 2005 n. 3 p. 123).

**b)** En l'espèce, le recourant requiert formellement l'assistance juridique depuis le 5 juillet 2009. Or, ses seuls actes de procédure depuis cette date jusqu'aux décisions litigieuses ont été d'abord un courrier du 19 août 2009 signalant que la décision formelle liée à la motivation du 4 août 2009 ne lui avait pas encore été notifiée et requérant la transmission des pièces ajoutées au dossier depuis février 2009 ainsi qu'un courrier du 20 août 2009 motivant la demande d'assistance judiciaire.

Quoiqu'il en soit, même si l'on prend en considération les actes de procédure antérieurs au 5 juillet 2009, la complexité de la cause ne justifiait pas l'octroi de l'assistance juridique pour la procédure administrative, dans la mesure où seuls deux points étaient réellement litigieux, à savoir la capacité résiduelle de travail de l'assuré et le caractère raisonnablement exigible d'un emploi hors de [...].

**7.** Vu ce qui précède, le recours doit être entièrement rejeté et les décisions de l'OAI des 21 août, 7 septembre et 28 septembre 2009 doivent être confirmées.

En dérogation à l'art. 61 let. a LPGA, la procédure de recours en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'assurance-invalidité devant le tribunal cantonal des assurances est soumise à des frais de justice (art. 69 al. 1 bis LAI). Dès lors que le recourant est au bénéfice de l'assistance judiciaire, ces frais fixés à 400 fr. sont toutefois provisoirement laissés à la charge de l'Etat.

Une indemnité d'office doit être versée à Me Chappaz au titre de l'assistance judiciaire pour l'ensemble de son activité déployée dans la

présente cause dans le cadre de la procédure de recours. Sur la base de son décompte de 11.5 heures, contrôlé d'office, l'indemnité est fixée à 2'070 fr. (11.5 x 180 fr.), plus la TVA (151 fr. 85 fr. pour 11.1 heures au taux de 7.6 % et 5 fr. 75 pour 0.4 heure au taux de 8 %), soit une somme de 2'227 fr. 60. A ce montant s'ajoutent encore les débours fixés à 78 fr. 20, plus la TVA au taux de 7.6 %, soit un montant de 84 fr. 15 pour les opérations effectuées jusqu'au 31 décembre 2010 ainsi que ceux relatifs aux opérations postérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2011, à savoir 6 fr. 10 plus la TVA au taux de 8 % ce qui donne un montant de 6 fr. 60. Le montant total des débours de 90 fr. 75 (84 fr. 15 + 6 fr. 60) ajouté à l'indemnité d'office de 2'227 fr. 60 donne un total de 2'318 fr. 35 dû à Me Chappaz.

**Par ces motifs,  
la Cour des assurances sociales  
prononce :**

- I. Le recours est rejeté.
- II. Les décisions de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud des 21 août, 7 septembre et 28 septembre 2009 sont confirmées.
- III. Les frais judiciaires, arrêtés à 400 fr. (quatre cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV. L'indemnité d'office de Me Laure Chappaz, conseil du recourant, est arrêtée à 2'318 fr. 35 (deux mille trois cent dix huit francs et trente cinq centimes).
- V. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

Le président :

Le greffier :

**Du**

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

- Me Laure Chappaz (pour l. \_\_\_\_\_),
- Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud,
- Office fédéral des assurances sociales (OFAS),

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt est également communiqué, par courrier électronique, au:

- Service juridique et législatif.

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 :