

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 31 juillet 2012

Présidence de M. JOMINI
Juges : Mmes Moyard et Feusi, assesseurs
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

K._____, à Avenches, recourant, représenté par Me Charles Guerry,
avocat à Fribourg,

et

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

Art. 16 LPGA

E n f a i t :

A. Ressortissant portugais entré en Suisse en 1985, au bénéfice d'un permis C, K._____ (ci-après: l'assuré), né en 1966, a travaillé comme auxiliaire de cuisine, puis comme ouvrier dans la fabrication du béton, au service de Z._____ SA, à O._____, du 19 juin 1986 au 30 juin 2000. Le 31 janvier 2000, il a annoncé à son employeur son intention de résilier son contrat de travail pour cette date. Il a perçu un salaire annuel brut de 58'880 fr. en 1998, 61'100 fr. en 1999 et 32'798 fr. 75 en 2000. L'assuré a été victime d'un accident de ski le 26 février 2000, occasionnant une entorse au genou gauche et nécessitant deux interventions chirurgicales (en 2000 et 2001). Il n'a plus travaillé dans le circuit économique normal depuis le 25 février 2000.

L'assuré a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité le 11 avril 2001, sollicitant l'octroi de mesures professionnelles, subsidiairement d'une rente. Il faisait état d'une atteinte aux ménisques, existant depuis le 26 février 2000. D'autres affections médicales ont par la suite été retenues, tels un "syndrome des jambes sans repos", ainsi que des troubles du sommeil (cf. notamment l'avis du Service médical régional de l'assurance-invalidité du 24 avril 2006 et le rapport du Dr N._____, spécialiste en neurologie, du 20 juin 2006).

Par décision du 2 novembre 2007, l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après: l'Office AI) a nié le droit de l'assuré à une rente d'invalidité, au motif qu'il ne présentait pas un degré d'invalidité (fixé à 11%) suffisant pour ouvrir le droit à cette prestation. L'assuré a déféré cette décision au Tribunal des assurances du canton de Vaud (depuis le 1^{er} janvier 2009, Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal), qui l'a débouté par jugement du 18 novembre 2008 (cause AI 514/07 - 405/2008).

Le 30 décembre 2008, l'assuré a recouru devant le Tribunal fédéral contre ce jugement. Par arrêt du 14 août 2009 (cause

9C_1074/2008), le Tribunal fédéral a admis le recours, annulant le jugement de l'autorité cantonale ainsi que la décision du 2 novembre 2007. Il a renvoyé la cause à l'Office AI "pour qu'il examine quelle est la nature du traitement envisagé pour améliorer la capacité de travail du recourant et procède, le cas échéant, conformément à l'art. 21 al. 4 LPGA. Dans le cadre de ce renvoi, il lui appartiendra également d'éclaircir le point de savoir si et dans quelle mesure le syndrome des hypopnées du sommeil et celui des jambes sans repos ont influencé de manière négative la capacité de travail du recourant. Une fois l'instruction complétée, il statuera à nouveau sur le droit du recourant à une rente de l'assurance-invalidité" (considérant 3.3 in fine).

B. Conformément à l'arrêt du Tribunal fédéral, l'Office AI a complété l'instruction sur le plan médical. Il a ainsi confié à l'Hôpital P._____ à X._____ le soin de réaliser une expertise neurologique. Les Drs F._____ et B._____ ont déposé leur rapport le 11 juillet 2010. Compte tenu des pathologies présentées par l'assuré, ils ont conclu à une capacité de travail exigible de 70% dans une activité adaptée.

Le 21 juin 2011, l'Office AI a communiqué à l'assuré un préavis intitulé "refus de rente d'invalidité et mesures de reclassement professionnel". La motivation proposée est en substance la suivante:

A la suite de l'expertise neurologique, la capacité de travail de l'assuré dans une profession adaptée à son état de santé est estimée à 70%. Or, selon les experts, les différentes affections d'ordre neurologique peuvent être traitées, les traitements préconisés étant raisonnablement exigibles et permettant de faire disparaître presque entièrement le préjudice en cas de succès.

Pour calculer la perte de gain subie, l'Office AI a pris en compte les données suivantes:

- revenu sans invalidité (RS): 60'385 fr. en 2005 pour une activité à 100%, selon la convention collective de travail en vigueur dans le secteur du bâtiment - génie civil,

- revenu d'invalidé (RI): 38'832 fr. compte tenu d'un abattement de 5% pour une activité à 70%, selon les salaires statistiques pour l'année 2005,
- différence RS - RI = 21'553 fr., soit un degré d'invalidité de 35,69%.

Le 25 août 2011, l'assuré a présenté des objections contre ce préavis. Il critique les revenus avec et sans invalidité retenus par l'Office AI, ainsi que l'étendue de l'abattement opéré. Il ne remet en revanche pas en question l'évaluation de sa capacité de travail.

Le 15 septembre 2011, l'Office AI a pris position sur les objections de l'assuré et lui a fait savoir qu'il ne pouvait que maintenir sa position.

Par décision formelle datée du même jour, l'Office AI a signifié à l'assuré qu'il n'avait pas droit à une rente d'invalidité, ni à des mesures de reclassement professionnel. Seul le calcul du revenu d'invalidé a fait l'objet d'une modification, en ce sens que le salaire statistique 2004 (indexé à 2005) a été pris en compte (au lieu du salaire statistique 2005), soit, après abattement de 5%, 38'549 fr. 94. Comparé à un revenu sans invalidité de 60'385 fr., la perte de gain s'élève à 21'835 fr. 06, d'où un degré d'invalidité de 36,16%. La motivation de cette décision correspond pour le reste à celle du préavis du 21 juin précédent.

C. Par acte du 17 octobre 2011, K. _____ a recouru contre la décision du 15 septembre précédent, en concluant à son annulation dans le sens qu'une demi-rente d'invalidité lui est octroyée dès le 1^{er} janvier 2005. Il critique les revenus avec et sans invalidité retenus par l'Office AI pour calculer le degré d'invalidité ainsi que l'abattement opéré sur le revenu d'invalidé. Il ne conteste pas l'évaluation de sa capacité de travail basée sur l'expertise neurologique réalisée en 2010 (70% exigible dans une activité légère de substitution).

Dans sa réponse du 23 janvier 2012, l'Office AI a proposé le rejet du recours et la confirmation de la décision attaquée.

Les parties ont maintenu leurs conclusions au cours du second échange d'écritures.

D. A la suite de l'accident du 26 février 2000, K. _____ a aussi sollicité des prestations de l'assurance-accidents. Par décision sur opposition du 21 février 2007, l'assureur-accidents (en l'occurrence, la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents, [ci-après: la CNA]) a notamment octroyé à l'intéressé une rente d'invalidité de 13% dès le 1^{er} juin 2005, en fonction d'un revenu sans invalidité de 66'950 fr. - correspondant à ce qu'il aurait gagné en 2005 au service de Z. _____ SA - et d'un revenu d'invalidité de 58'500 fr. Saisie d'un recours de l'assuré contre cette décision, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal l'a débouté par arrêt du 20 juillet 2010 (cause 98/09). K. _____ a recouru contre cet arrêt devant le Tribunal fédéral, qui a partiellement admis le recours, dans le sens que l'assuré avait droit à une rente d'invalidité de l'assurance-accidents fondée sur un degré d'invalidité de 18% dès le 1^{er} juin 2005 (arrêt 8C_910/2010 du 8 septembre 2011). S'il a constaté que le recourant ne critiquait pas le revenu sans invalidité de 66'950 fr. fixé par la CNA, qu'il a ainsi confirmé, il a en revanche considéré que, compte tenu des connaissances professionnelles de l'assuré, il y avait lieu de se référer aux salaires statistiques du niveau de qualification 4 de l'enquête sur la structure des salaires pour calculer le revenu d'invalidité et non aux salaires d'un niveau de qualification 3 (connaissances spécialisées). Il a en outre estimé que seule la limitation fonctionnelle - due aux lésions sévères subies au genou gauche lors de l'accident du 26 février 2000 - justifiait un abattement de 5% sur le salaire statistique, à l'exclusion des autres circonstances invoquées par le recourant. Le revenu d'invalidité déterminant pour la CNA s'élevait dès lors à 54'941 francs.

E n d r o i t :

1. Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, 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 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 dirigé contre une décision de refus de prestations de l'assurance-invalidité, a été interjeté en temps utile devant le tribunal compétent. Respectant les autres conditions de forme prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), il est recevable et il y a lieu d'entrer en matière.

2. Le recourant critique l'évaluation du degré d'invalidité effectuée par l'intimé.

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). Selon l'art. 28 al. 2 LAI, la rente est échelonnée selon le taux d'invalidité.

3. S'agissant du revenu sans invalidité, le recourant soutient que l'intimé aurait dû retenir un revenu de 66'950 fr. soit le salaire qu'il aurait réalisé en 2005 s'il était resté au service de son ancien employeur, Z. _____ SA.

a) 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; ATF 129 V 222 consid. 4.3.1; TF 9C_651/2008 du 9 octobre 2009 consid. 6.1.2.1).

b) En l'espèce, pour déterminer le revenu sans invalidité, l'Office AI s'est fondé sur la convention collective de travail applicable dans le secteur du bâtiment et du génie civil, ce revenu s'élevant à 60'385 fr. en 2005. Il expose que le montant de 66'950 fr. - déterminé par la CNA - ne saurait être retenu, dans la mesure où le recourant avait annoncé sa démission à Z. _____ SA le 31 janvier 2000 pour le 30 juin suivant, soit avant l'accident du 26 février 2000. Il n'aurait donc pas pu obtenir ce revenu en 2005, dès lors qu'il n'était plus au service de cet employeur.

c) En raison de l'uniformité de la notion d'invalidité, il convient d'éviter que pour une même atteinte à la santé, assurance-accidents, assurance militaire et assurance-invalidité n'aboutissent à des appréciations divergentes quant au taux d'invalidité. Cela n'a cependant pas pour conséquence de les libérer de l'obligation de procéder dans chaque cas et de manière indépendante à l'évaluation de l'invalidité. En aucune manière un assureur ne peut se contenter de reprendre simplement et sans plus ample examen, le taux d'invalidité fixé par l'autre assureur car un effet obligatoire aussi étendu ne se justifierait pas. D'un autre côté, l'évaluation de l'invalidité par l'un des assureurs ne peut être effectuée en faisant totalement abstraction de la décision rendue par l'autre. A tout le moins, une évaluation entérinée par une décision entrée en force ne peut pas rester simplement ignorée. Elle doit au contraire être considérée comme un indice d'une appréciation fiable et, par voie de conséquence, prise en compte ultérieurement dans le processus de

décision par le deuxième assureur. Peuvent constituer des motifs suffisants de s'écarter d'une telle évaluation le fait que celle-ci repose sur une erreur de droit ou sur une appréciation insoutenable ou encore qu'elle résulte d'une simple transaction conclue avec l'assuré. A ces motifs de divergence déjà reconnus antérieurement par la jurisprudence, il faut ajouter des mesures d'instruction extrêmement limitées et superficielles, ainsi qu'une évaluation pas du tout convaincante ou entachée d'inobjectivité (ATF 126 V 288; cf. aussi ATF 131 V 120 consid. 3.3.3).

Il est à noter que l'ancien Tribunal fédéral des assurances a précisé sa jurisprudence relative au principe d'uniformité de la notion d'invalidité dans l'assurance sociale en ce sens que l'évaluation de l'invalidité par les organes de l'assurance-invalidité n'a pas de force contraignante pour l'assureur-accidents (ATF 131 V 362 consid. 2.3 p. 368). Récemment, le Tribunal fédéral a admis la réciprocité de cette règle à l'égard de l'assurance-invalidité en jugeant que celle-ci n'était pas liée par l'évaluation de l'invalidité de l'assurance-accidents au sens de l'arrêt publié aux ATF 126 V 288, avec comme conséquence que l'office AI n'avait pas qualité pour faire opposition à la décision ni pour recourir contre la décision sur opposition de l'assureur-accidents concernant le droit à la rente en tant que tel ou le taux d'invalidité (TF 8C_558/2008 du 17 mars 2009; ATF 133 V 549).

d) En l'occurrence, aucun élément au dossier ne permet d'affirmer que le recourant aurait obtenu un revenu inférieur à 66'950 fr. en 2005, malgré sa démission. De plus, dans le cadre de la procédure conduite en matière d'assurance-accidents, ce montant n'a été contesté ni devant l'autorité de céans, ni devant le Tribunal fédéral, qui l'a confirmé (cf. arrêt du 8 septembre 2011, consid. 5.1). Ce revenu a, d'autre part, été calculé conformément à la jurisprudence citée ci-avant (cf. supra, consid. 3a) et se fonde sur un état de fait similaire à celui sur lequel s'est basé l'Office AI. Au demeurant, même s'il est hypothétique – ce qui n'est en soi pas suffisant pour l'écarter –, il ne résulte pas pour autant d'une appréciation insoutenable au point qu'il ne puisse être pris en compte dans le calcul du taux d'invalidité de l'AI. Partant, il y a lieu de retenir le

salaire que le recourant aurait perçu en 2005 au service de Z. _____ SA, soit 66'950 francs.

4. Dans un deuxième grief, le recourant critique le calcul du revenu d'invalidé effectué par l'intimé, tout en précisant qu'il ne conteste pas le recours aux salaires statistiques. Le seul élément du calcul qu'il discute est celui du nombre d'heures de travail hebdomadaire retenu par l'Office AI, lui reprochant d'avoir retenu 41,7 au lieu de 41,6 heures pour l'année 2004. Il en résulterait ainsi, selon lui, un revenu d'invalidé avant abattement de 40'483 fr. au lieu de 40'578 fr. 90.

a) Le revenu d'invalidé 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'invalidé 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 135 V 297 consid. 5.2; 129 V 472 consid. 4.2.1; TF 8C_287/2010 du 18 novembre 2010 consid. 3; TF 9C_900/2009 du 27 avril 2010 consid. 3.3).

b) Dans sa réponse au recours, l'office intimé expose que cette divergence est due au fait que l'Office fédéral de la statistique (ci-après: l'OFS) aurait récemment procédé à certaines corrections de ses données, dont une modification du temps de travail moyen hebdomadaire, lequel aurait été porté de 41,6 à 41,7 heures hebdomadaires. Outre que la différence entre les deux revenus obtenus est inférieure à 100 fr., si bien qu'elle doit être qualifiée de minime, aucun élément au dossier ne permet de mettre en doute les explications de l'intimé. Pour le surplus, il ressort effectivement de la publication de l'OFS intitulée «Indicateurs du marché du travail 2011» (Neuchâtel 2011), que la durée hebdomadaire normale du travail des salariés à plein temps s'élève à 41,7 heures (tableau T31, p. 97; cf. aussi tableau T2, p. 70). Il s'ensuit que ce chiffre n'est pas

critiquable, de sorte qu'il y a lieu de confirmer le revenu hypothétique d'invalidé établi par l'Office AI, soit, avant abattement, 40'578 fr. 90.

5. Le requérant qualifie enfin l'abattement opéré par l'Office AI sur le revenu d'invalidé de «dérisoire», eu égard aux nombreuses atteintes à la santé dont il souffre. Il demande en conséquence à pouvoir bénéficier d'un abattement d'au moins 20% au vu de l'ensemble de ses circonstances personnelles et professionnelles.

a) 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). Le pouvoir d'examen de l'autorité judiciaire de première instance n'est pas limité dans ce contexte à la violation du droit (y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, mais s'étend également à l'opportunité de la décision administrative (ATF 137 V 71 consid. 5.2).

b) En l'espèce, l'Office AI relève qu'il ne se justifie pas de s'écarter du taux d'abattement de 5% retenu par la CNA, puisque l'hypothèse de l'existence de limitations fonctionnelles d'origine non traumatique peut être écartée. En effet, les experts neurologues F. _____ et B. _____ ont estimé que le traitement des syndromes d'apnée du sommeil et des jambes sans repos étaient exigibles. En outre, la dysthymie, les status après tachycardie supraventriculaire et fibrillation auriculaire paroxystique n'induisent, selon l'Office AI, aucune limitation fonctionnelle (cf. réponse au recours du 23 janvier 2012, pp. 2 et 3).

L'intimé ne conteste par ailleurs pas que le requérant présente des limitations fonctionnelles de nature orthopédique et neurologique. Les premières ont été prises en considération par la CNA et ont fait l'objet d'un

abattement de 5% sur le revenu d'invalidé. Les secondes ont conduit les experts neurologues à retenir une capacité de travail de 70% dans une activité réputée adaptée. Si l'Office AI estime que l'effet conjugué de ces limitations n'a que peu d'influence sur les perspectives salariales du recourant, celui-ci relève cependant que les traitements entrepris depuis l'expertise du 11 juillet 2010 n'ont pas produit les résultats escomptés s'agissant de l'apnée du sommeil tout au moins. Ainsi, contrairement à ce que prétend l'Office AI, des limitations fonctionnelles d'origine non traumatique ne sont pas sans influence sur la capacité de travail résiduelle du recourant. On peut dès lors se demander dans ce contexte si le taux d'abattement de 5% retenu n'apparaît pas trop modeste au regard des atteintes à la santé présentées par le recourant. Né en 1966, il est relativement jeune. Il est au bénéfice d'une expérience professionnelle acquise en Suisse depuis 1985; il ne présente par conséquent aucune limitation liée à l'âge ou à la nationalité. De plus, les limitations liées à son handicap ont été prises en considération de manière importante lors de l'appréciation de la capacité de travail par les experts F._____ et B._____. Le fait que le recourant ne puisse plus exercer son activité de cimentier et que seules des activités exigeant un niveau d'effort moyen entrent en considération justifie un abattement de 10% au plus. Le revenu annuel d'invalidé est dès lors de 36'521 francs.

6. La comparaison des revenus conduit dès lors à une invalidité de 45.4% $([66'950 - 36'521] \times 100 : 66'950)$, taux qui donne droit à un quart de rente d'invalidité (art. 28 al. 2 LAI).

7. En définitive, le recours doit être partiellement admis. Partant, la décision entreprise doit être annulée, en ce sens que le recourant a droit à un quart de rente d'invalidité dès le 1^{er} janvier 2005 (date mentionnée dans les conclusions), dès lors que l'année d'ouverture du droit à la rente - qui n'est pas contestée par l'intimé - remonte à 2004 (cf. décision du 15 septembre 2011, p. 2).

8. Représenté par un mandataire professionnel, le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens, qu'il convient d'arrêter

équitablement à 1'500 fr. à la charge de l'Office AI, lequel, débouté, supportera les frais de la cause, arrêtés à 400 fr. (art. 69 al. 1bis LAI). Il convient de rappeler que le recourant a déjà obtenu des dépens dans le cadre de la procédure de recours devant le Tribunal des assurances (cf. arrêt CASSO AI 370/09 du 20 août 2009); l'indemnité allouée par le présent arrêt ne concerne que les opérations postérieures à l'arrêt du 18 novembre 2008.

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

- I. Le recours est partiellement admis.

- II. La décision rendue par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud le 15 septembre 2011 est annulée, en ce sens que le recourant a droit à un quart de rente d'invalidité dès le 1^{er} janvier 2005.

- III. L'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud versera au recourant un montant de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens.

- IV. Les frais judiciaires, par 400 fr. (quatre cents francs), sont mis à la charge de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Me Charles Guerry, avocat (pour K. _____),
- Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud,
- Office fédéral des assurances sociales,

par l'envoi de photocopies.

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

Le greffier :