

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 10 novembre 2016

Composition : M. MÉTRAL, président
Mme Thalmann, juge et Mme Feusi, juge assesseur
Greffière : Mme Rochat

Cause pendante entre :

H._____, à [...], recourant, représenté par Me Flore Primault, avocate à Lausanne,

et

U._____, à Vevey, intimé.

Art. 8 LPGA ; art. 28 LAI

E n f a i t :

A. H._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en (...), ressortissant portugais, a toujours travaillé dans le domaine de la maçonnerie, de la construction et de l'entrepreneuriat. Arrivé en Suisse en (...), il a travaillé à temps complet comme maçon pour l'entreprise [...], à [...]. Il ne comprend et ne parle que difficilement le français.

Dès le mois de juillet 2013, l'assuré a présenté des douleurs lombaires. Son médecin-traitant, le Dr [...], l'a adressé au Dr [...], spécialiste en neurochirurgie.

Selon un rapport médical du 2 octobre 2013, le Dr [...] a posé le diagnostic de syndrome radiculaire irritatif S1 gauche modérément déficitaire sur hernie discale L5-S1 luxée vers le bas. Il a préconisé un traitement conservateur.

Le Dr [...] a attesté une incapacité de travail totale dans l'activité de maçon dès le 30 avril 2014. [...], assurance d'indemnités journalières en cas de maladie (ci-après : [...]), a pris en charge le cas.

Compte tenu de la persistance de la symptomatologie douloureuse, le Dr P._____ a retenu une indication à une cure chirurgicale de la hernie. L'intervention s'est déroulée le 15 septembre 2014.

Le 27 novembre 2014, l'assuré a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité auprès de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : l'OAI ou l'intimé) en raison de sa hernie discale.

Dans un rapport non daté, mais reçu au plus tard le 18 décembre 2014 par l'OAI, le Dr V._____ a attesté la persistance d'une incapacité de travail totale dans l'activité de maçon, en précisant qu'une activité adaptée - c'est-à-dire permettant l'alternance des positions assise

et debout, n'imposant pas de se pencher, ni de travailler avec les bras au-dessus de la tête ou en position accroupie ou à genoux, sans port de charges supérieures à 10 kg – pourrait être exercée par l'assuré dans un délai d'un à deux mois, à 100%.

Le 19 mars 2015, la [...] a annoncé qu'elle mettrait fin aux indemnités journalières le 19 juillet 2015 au plus tard, compte tenu de la capacité résiduelle de travail de l'assuré dans une activité adaptée.

Le 16 juillet 2015, l'OAI a alloué une mesure d'orientation et de coaching professionnels en vue d'un reclassement dans une profession adaptée. Un premier entretien a eu lieu le 19 mai 2015 avec le service de réadaptation de l'OAI. D'autres entretiens ont eu lieu les 4, 12, 19 et 29 juin 2015, ainsi que les 16, 24 et 28 juillet 2015.

Le 10 septembre 2015, l'OAI a également alloué à l'assuré une aide au placement. Selon un projet de décision du même jour, il a informé l'assuré de son intention de nier le droit à d'autres prestations de l'assurance-invalidité.

Par courrier du 8 octobre 2015, l'assuré a contesté ce projet de décision. Désormais représenté par son conseil Me Flore Primault, il a déposé des observations complémentaires par courrier du 2 décembre 2015. Il a souligné qu'à 62 ans, sans formation professionnelle et compte tenu du fait qu'il ne parlait que très peu le français, il n'avait aucune chance de retrouver un emploi dans une activité adaptée.

Par courrier du 17 décembre 2015, l'OAI a adressé une décision datée du 20 octobre 2015 par laquelle il maintient son refus d'allouer d'autres prestations qu'une aide au placement.

B. Par acte du 29 janvier 2016, H._____, toujours représenté par son conseil Me Flore Primault, a recouru contre la décision du 20 octobre 2015, en concluant principalement à l'octroi d'une rente complète ou fixée à dire de justice après calcul du taux d'invalidité. Il fait valoir, en

se référant notamment à l'arrêt du Tribunal fédéral 138 V 457, qu'il avait déjà 62 ans au moment où l'exercice d'une activité lucrative était exigible du point de vue médical, soit un âge qui permettait l'application de la jurisprudence relative aux assurés proches de l'âge de la retraite. Compte tenu de son âge, de ses limitations fonctionnelles et sa mauvaise connaissance de la langue française, il n'avait concrètement aucune chance de retrouver un emploi.

Dans sa réponse du 17 mai 2016, l'intimé a considéré que le recourant pouvait mettre en valeur sa capacité résiduelle de travail dès le mois de mars 2015, soit à 61 ans, de sorte que la jurisprudence relative aux assurés proches de l'âge de la retraite n'était pas applicable.

Dans sa réplique du 16 août 2016, le recourant a produit un courrier de [...] du 3 mai 2016, laquelle indique reprendre le versement des indemnités journalières dès le 20 juillet 2015.

Dans un courrier du 30 août 2016, l'OAI a considéré qu'en l'absence de documents médicaux attestant du contraire, la capacité de travail du recourant restait entière dans une activité adaptée.

E n d r o i t :

1. a) 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'assurance-invalidité, sous réserve de dérogations expresses prévues par la LAI (art. 1 al. 1 LAI [loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité ; RS 831.20]).

L'art. 69 al. 1 let. a LAI dispose qu'en dérogation aux art. 52 LPGA (instaurant une procédure d'opposition) et 58 LPGA (consacrant la compétence du tribunal des assurances du canton de domicile de l'assuré ou d'une autre partie au moment du dépôt du recours), les décisions des offices de l'assurance-invalidité cantonaux peuvent directement faire

l'objet d'un recours devant le tribunal des assurances du domicile de l'office concerné.

Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

b) La procédure devant le tribunal cantonal des assurances, institué par chaque canton en application de l'art. 57 LPGA, est réglée par le droit cantonal, sous réserve de l'art. 1 al. 3 PA (loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative ; RS 172.021) et des exigences minimales fixées par l'art. 61 LPGA.

Dans le canton de Vaud, la procédure de recours est régie par la LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36), qui s'applique notamment aux recours dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD) et prévoit à cet égard la compétence de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal (art. 93 let. a LPA-VD et art. 83b LOJV [loi cantonale vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01).

c) En l'espèce, interjeté dans le respect du délai légal et des autres conditions de forme (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

2. Le litige porte sur le droit du recourant à une rente d'invalidité. Il s'agit plus particulièrement de déterminer s'il est raisonnablement exigible qu'il reprenne une activité lucrative adaptée ou si ses perspectives de retrouver un emploi, même sur un marché du travail réputé équilibré, sont illusoires, compte tenu de son âge, des limitations fonctionnelles qu'il présente, de sa méconnaissance du français et de l'absence de formation professionnelle.

3. 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 art. 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 LPGGA). Quant à l'incapacité de travail, elle se définit 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 (art. 6 LPGGA).

Selon l'art. 28 al. 1 LAI, dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008, l'assuré a droit à une rente si sa capacité de gain ou sa capacité d'accomplir ses travaux habituels ne peut pas être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles (let. a), s'il a présenté une incapacité de travail d'au moins 40 % en moyenne durant une année sans interruption notable (let. b) et si au terme de cette année, il est invalide à 40 % au moins (let. c).

La rente d'invalidité est échelonnée selon le taux d'invalidité : 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 (art. 28 al. 2 LAI).

Pour évaluer le taux d'invalidité des assurés exerçant une activité lucrative, il faut comparer le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide (revenu sans invalidité), avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut être raisonnablement exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré (revenu de la personne invalide) (art. 16 LPGGA et art. 28a al. 1 LAI).

4. a) La notion de marché équilibré du travail est une notion théorique et abstraite qui sert de critère de distinction entre les cas tombant sous le coup de l'assurance-chômage et ceux qui relèvent de l'assurance-invalidité. Elle implique, d'une part, un certain équilibre entre l'offre et la demande de main d'œuvre et, d'autre part, un marché du travail structuré de telle sorte qu'il offre un éventail d'emplois diversifiés, tant au regard des exigences professionnelles et intellectuelles qu'au niveau des sollicitations physiques (ATF 110 V 273 consid. 4b p. 276 ; TF 9C_659/2014 du 13 mars 2015 consid. 5.3.2).

b) Selon la jurisprudence, l'âge de la personne assurée constitue de manière générale un facteur étranger à l'invalidité qui n'entre pas en considération pour l'octroi de prestations. S'il est vrai que ce facteur - comme celui du manque de formation ou les difficultés linguistiques - joue un rôle non négligeable pour déterminer dans un cas concret les activités que l'on peut encore raisonnablement exiger d'un assuré, il ne constitue pas, en règle générale, une circonstance supplémentaire qui, à part le caractère raisonnablement exigible d'une activité, est susceptible d'influencer l'étendue de l'invalidité, même s'il rend parfois difficile, voire impossible la recherche d'une place et, partant, l'utilisation de la capacité de travail résiduelle (TFA I 377/98 du 28 juillet 1999 consid. 1 et les références, in VSI 1999 p. 246).

La jurisprudence a toutefois reconnu que 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 en mesure de retrouver un emploi sur un marché équilibré du travail. 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 (ATF 138 V 457 consid. 3.1 p. 459 s. et les références).

Le moment où la question de la mise en valeur de la capacité (résiduelle) de travail pour un assuré proche de l'âge de la retraite sur le marché de l'emploi doit être examinée correspond au moment auquel il a été constaté que l'exercice (partiel) d'une activité lucrative était médicalement exigible, soit dès que les documents médicaux permettent d'établir de manière fiable les faits y relatifs (ATF 138 V 457 consid. 3.3 p. 461 s. ; voir aussi Jacques-André Schneider, L'âge et ses limites en matière d'assurance-invalidité, de chômage et de prévoyance professionnelle étendue, in *Grenzfälle in der Sozialversicherung*, 2015, p. 5 ; Ulrich Meyer/Marco Reichmuth, *Bundesgesetz über die Invalidenversicherung*, 3^{ème} éd., 2014, n° 12 ss ad art. 28).

5. a) Dans le cas d'espèce, le recourant ne conteste pas le revenu sans invalidité de 58'341 fr. retenu par l'intimé. En l'absence de grief, il n'y a pas lieu de revenir plus en détail sur cet aspect de la décision litigieuse, qui ne prête pas flanc à la critique.

b) Quant au revenu d'invalidité, l'intimé l'a fixé à 59'542 fr., en tenant compte d'un taux d'abattement de 10%. Il a considéré que le recourant ne subissait aucun préjudice économique, le revenu d'invalidité étant plus élevé que celui réalisé avant l'atteinte à la santé. Cela étant, le recourant doit changer d'activité professionnelle en raison de l'atteinte lombaire dont il souffre. La nécessité d'un reclassement professionnel est connue depuis le début de l'année 2014. Or, il était âgé de 61 ans et 5 mois au 1^{er} janvier 2014, soit un âge où un reclassement professionnel était devenu pour lui particulièrement compliqué. En outre, il a toujours travaillé dans le

domaine de la construction — qui est désormais exclu pour lui — et ne parle et ne comprend le français que très difficilement. Il a terminé son école obligatoire au [...], sans suivre aucune formation par la suite. Dans ces circonstances, si la perspective de retrouver un emploi adapté ne peut être totalement exclue, force est de constater qu'elle est purement hypothétique, même sur un marché du travail équilibré. Les activités d'aide de cuisine, d'aide chauffeur et de concierge, avec des recherches d'emploi à cibler sur les restaurants [...] et [...], les centre [...] et [...] ainsi que des entreprises de conciergerie, évoquée lors de la mesure d'orientation professionnelle ne portent que sur un cercle très restreint d'employeurs potentiels et, pour une part, sur des activités dont on peut douter qu'elles soient entièrement adaptées à l'état de santé du recourant. Il est en effet douteux que l'activité d'aide de cuisine puisse s'exercer en positions assise et debout de manière alternée ou que celle de concierge puisse être accomplie sans effort avec le dos. Quoi qu'il en soit, au vu du nombre très restreint d'employeurs potentiels et des autres circonstances mentionnées ci-avant, les perspectives d'emploi sont insuffisantes pour que l'on puisse tenir pour raisonnablement exigible la réalisation d'un revenu excluant le droit à une rente entière d'invalidité, dans une activité adaptée à l'état de santé.

Par conséquent, le recourant a droit à une rente entière depuis le 1^{er} mai 2015, soit un an après le début de l'entière incapacité de travail admise dès le mois d'avril 2014.

6. a) En définitive, le recours doit être admis et la décision du 20 octobre 2015 réformée dans le sens de l'octroi d'une rente entière d'invalidité, à partir du 1^{er} mai 2015. Il appartiendra à l'intimé de calculer le montant de cette rente.

b) En dérogation à l'art. 61 let. a LPGA, la procédure de recours en matière de contestation 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 ; le montant des frais est fixé

en fonction de la charge liée à la procédure, indépendamment de la valeur litigieuse, et doit se situer entre 200 et 1'000 fr. (art. 69 al. 1^{bis} LAI).

En l'espèce, compte tenu de l'ampleur de la procédure, les frais de justice doivent être arrêtés à 400 fr. et mis à la charge de l'intimé, qui succombe (art. 49 al. 1 LPA-VD, applicable par renvoi des art. 91 et 99 LPA-VD).

c) Le recourant, qui obtient gain de cause en étant représenté par un mandataire professionnel, a droit à des dépens, dont le montant doit être arrêté à 2'300 fr. compte tenu de l'importance et de la complexité de la cause, lesquels seront mis à la charge de l'intimé (art. 61 let. g LPGA ; art. 55 LPA-VD, applicable par renvoi des art. 91 et 99 LPA-VD).

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

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision rendue le 20 octobre 2015 par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud est réformée en ce sens que H._____ a droit à une rente entière d'invalidité dès le 1^{er} mai 2015.

- III.** Un émolument judiciaire de 400 fr. (quatre cents francs) est mis à la charge de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud.

- IV.** L'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud versera à H._____ un montant de 2'300 fr. (deux mille trois cents francs) à titre de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Flore Primault (pour H. _____),
- Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud,
- Office fédéral des assurances sociales (OFAS),

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 :