

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 4 février 2021

Composition : Mme DURUSSEL, présidente
Mme Röthenbacher et M. Piguët, juges
Greffière : Mme Neyroud

Cause pendante entre :

R. _____, à [...], recourant, représenté par Me Elio Lopes, avocat à Fribourg,

et

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

Art. 16 LGPA ; art. 28 LAI

E n f a i t :

A. R._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé en qualité de machiniste pour le compte de la société J._____ SA depuis le 20 avril 2009. Selon son extrait de compte individuel AVS, il a perçu un revenu de 94'295 fr. en 2011, de 101'130 fr. en 2012, de 86'275 fr. en 2013, de 96'597 fr. en 2014, de 92'365 fr. en 2015 et de 100'864 fr. en 2016.

Présentant une discopathie sévère L4-L5, une radiculopathie L5 gauche, ainsi qu'une discopathie L5-S1, l'assuré a fait l'objet d'une stabilisation avec fusion des vertèbres L4-L5 et L5-S1, avec cage intersomatique en L4-L5 le 18 novembre 2016 (cf. avis de sortie du 19 novembre 2016).

Compte tenu de la persistance de douleurs et d'une incapacité totale de travail, 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) le 15 juin 2017.

Dans le cadre de l'instruction de cette demande, J._____ SA a transmis à l'OAI un rapport employeur du 21 août 2017 signalant que l'assuré avait été engagé en qualité de conducteur de machines de chantier, à raison de 8 heures par jour et 40 heures par semaine.

Le SMR, par son médecin le Dr V._____, spécialiste en médecine interne et rhumatologie, a procédé à un examen clinique rhumatologique de l'assuré le 17 juillet 2019. Aux termes de son rapport du 26 juillet 2019, ce médecin a retenu les diagnostics incapacitants de lombalgies et, accessoirement, de cervicalgies dans le cadre de discrets troubles statiques du rachis et de troubles dégénératifs du rachis lombaire avec pseudarthrose L5-S1, à la suite d'une spondylodèse L4-S1. Il a estimé que l'assuré présentait une incapacité de travail complète dans son activité habituelle depuis le 18 novembre 2016, mais conservait une

capacité résiduelle de 50 % dans une activité adaptée à sa pathologie ostéoarticulaire depuis le 18 mai 2017. Au niveau du rachis, le Dr V. _____ a précisé, au titre des limitations fonctionnelles, la nécessité de pouvoir alterner la position assise et la position debout, d'éviter le soulèvement ou le port régulier de charges d'un poids excédant 5 kg, le travail en porte-à-faux statique prolongé du tronc, ainsi que l'exposition à des vibrations. S'agissant des limitations fonctionnelles en lien avec les membres inférieurs, il convenait d'éviter les genuflexions répétées, ainsi que le franchissement régulier d'escabeaux, d'échelles ou d'escaliers.

Le 2 octobre 2019, l'OAI a adressé à l'assuré un projet de décision dans le sens d'une acceptation de rente. Le droit à un trois-quarts de rente, basé sur un degré d'invalidité de 68 %, lui était reconnu dès le 1^{er} décembre 2017, compte tenu d'un revenu sans invalidité de 95'087 fr. 67 - moyenne de ses revenus selon son compte individuel sur six années - et d'un revenu d'invalidité de 30'181 fr. 78, étant relevé l'abattement de 10 % appliqué.

Le 25 novembre 2019, l'assuré, par sa protection juridique, s'est opposé à ce projet de décision, concluant à l'octroi d'une rente entière d'invalidité. Il a en particulier fait grief à l'OAI d'avoir pris en considération les salaires résultant de son compte individuel AVS, lesquels étaient inférieurs à ceux mentionnés dans ses certificats de salaire. Il lui reprochait en outre d'avoir établi le revenu sans invalidité en procédant à une moyenne des six derniers salaires, alors que rien ne justifiait que l'on ne se fonde pas sur son dernier revenu annuel. En tout état de cause, et même si le revenu sans invalidité devait être établi sur la base d'une moyenne, le degré d'invalidité lui ouvrait le droit à une rente entière, compte tenu des montants résultant des certificats de salaire. Enfin, il y avait lieu de procéder à un abattement de 15 % sur le revenu d'invalidité fixé statistiquement.

Par décision du 27 février 2020, l'OAI a confirmé son projet de décision du 2 octobre 2019, dont il a repris la motivation.

B. Par acte du 30 mars 2020, R._____, représenté par Me Elio Lopes, a déféré cette décision devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à son annulation et à l'octroi d'une rente entière d'invalidité dès le 1^{er} décembre 2017. En substance, il a réitéré ses griefs s'agissant de la détermination de son revenu sans invalidité, à savoir qu'il convenait de se fonder sur les informations provenant de son employeur et non de son compte individuel AVS. En sus de son salaire contractuel, l'OAI devait par ailleurs prendre en considération les revenus provenant des heures supplémentaires, des heures réalisées le dimanche ou le soir, des heures de voyage, des suppléments pour les travaux effectués dans des tunnels, ainsi que les récompenses. Tenant compte de ces éléments, son revenu sans invalidité s'élevait à 106'967 fr. 42. Quant au revenu d'invalidité, l'assuré a allégué que la baisse de rendement liée à ses limitations fonctionnelles n'avait pas été prise en compte dans la diminution de sa capacité de travail dans une activité adaptée, si bien qu'il y avait lieu d'appliquer un abattement de 15 % sur le revenu statistique. Partant, le revenu d'invalidité s'élevait à 28'505 fr. 01. Il en résultait une perte de revenu de 78'462 fr. 41 et un degré d'invalidité de 73,35 %.

A l'appui de son recours, l'assuré a notamment produit son contrat de travail du 2 mars 2009 dont il ressort ce qui suit :

« **Art. 3 Obligation de l'Entreprise**

L'Entreprise paie au Travailleur un salaire hebdomadaire de base de CHF **1'240.00**, les 80 % du salaire de base environ étant payés le **25 de chaque mois**.

Le complément pour aboutir au salaire exact, y compris les suppléments, les indemnités et les frais, est versé aux environs du 15 du mois suivant.

Sont déduits du salaire :

- Les cotisations AVS ;
- Les cotisations pour l'assurance-chômage ;
- 2 % sur le salaire AVS pour la couverture de l'indemnité journalière pour perte de gain en cas de maladie ;
- 7 % pour la prévoyance.

Pour le mois de décembre, les suppléments, les indemnités et les frais sont payés au mois de janvier de l'année suivante.

Pour le calcul des suppléments (nuit, dimanche et voyage), on se base sur le salaire horaire qui s'élève à CHF 31.00.

L'année se découpe en 4 trimestres de 13 semaines comme suit :

- Janvier 5 semaines
- Février 4 semaines
- Mars 4 semaines
- Avril 5 semaines
- Mai 4 semaines
- Juin 4 semaines
- Juillet 5 semaines
- Août 4 semaines
- Septembre 4 semaines
- Octobre 5 semaines
- Novembre 4 semaines
- Décembre 4 semaines

Le Travailleur reçoit, en outre, un 13^{ème} salaire dont le montant est proportionnel au salaire de base versé durant l'année civile (mode de calcul pour un mois : salaire hebdomadaire divisé par 5 jours multiplié par 22 jours). [...] »

Il a également fait parvenir à la Cour de céans les décomptes annuels de salaires établis par J. _____ SA, en particulier ceux relatifs aux années 2014, 2015 et 2016 :

[...]

L'assuré a en outre produit un courriel de son employeur du 27 mars 2020 selon lequel son salaire horaire en 2017 s'élevait à 31 fr. 30.

Par réponse du 27 mai 2020, l'OAI a proposé le rejet du recours et le maintien de la décision attaquée. Selon lui, le calcul de la moyenne des rémunérations soumises à cotisations obtenues durant les six dernières années d'activité permettait de refléter la situation économique concrète du recourant. Il a pour le surplus confirmé le revenu d'invalidé.

Par écritures des 14 juillet et 18 août 2020, le recourant, sous la plume de son conseil, a derechef indiqué avoir perçu des indemnités journalières entre 2011 et 2016 et que ces dernières - n'étant pas soumises à cotisations - ne figuraient pas dans son compte individuel AVS. A l'appui de ses déclarations, il a produit un courrier de son employeur du

8 juillet 2020, ainsi que des décomptes d'indemnités de 2010, 2013 et 2014 d'assurances-accidents. S'agissant des décomptes de ses assurances perte de gain E._____ et O._____, il sollicitait de la Cour de céans qu'elle en ordonne la production.

Le 6 septembre 2020, le recourant a transmis des décomptes établis par E._____, selon lesquels il avait perçu des indemnités journalières en janvier, février, octobre, novembre et décembre 2012, ainsi qu'en janvier et février 2013.

L'OAI a réitéré sa position dans sa réplique du 8 septembre 2020.

Le 5 octobre 2020, le recourant a encore produit ses fiches de salaire des années 2017 et 2018 (hormis les mois de septembre et octobre 2018), ainsi que les décomptes d'indemnités journalières versées par O._____ entre le 20 novembre 2016 et le 31 décembre 2017. Il a pour le surplus maintenu sa réquisition de preuve visant à obtenir la production par E._____ et O._____ des décomptes de toutes les indemnités journalières versées en sa faveur durant les années 2012, 2013, 2015, 2016, 2017 et 2018. Il sollicitait également la production par son employeur de ses fiches de salaires des mois de septembre et octobre 2018.

En réponse à une interpellation du recourant, J._____ SA a, le 5 novembre 2020, confirmé ne pas prélever de cotisations sur les indemnités journalières perçues par l'intéressé.

Par acte du 30 novembre 2020, l'OAI a relevé que les pièces au dossier ne permettaient pas de déterminer les périodes auxquelles le recourant avait perçu des indemnités journalières qui n'avaient pas été soumises à cotisation. Dans cette mesure, il n'y avait toujours pas de raison de penser que la moyenne des revenus déclarés à l'AVS durant les six dernières années d'activité ne reflétait pas la situation économique concrète du recourant.

Par pli du 9 décembre 2020, le recourant a produit l'ensemble de ses fiches de salaire établies par J. _____ SA durant les années 2011 à 2016.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-invalidité (art. 1 al. 1 LAI [loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité ; RS 831.20]). Les décisions des offices AI cantonaux peuvent directement faire l'objet d'un recours devant le tribunal des assurances du siège de l'office concerné (art. 56 al. 1 LPGA et art. 69 al. 1 let. a LAI), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur le droit du recourant à une rente entière d'invalidité, en particulier sur les montants des revenus avec et sans invalidité retenus dans le cadre de la comparaison des revenus.

3. a) L'invalidité se définit comme l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée et qui résulte d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art. 4 al. 1 LAI et 8 al. 1 LPGA). 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.

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, s'il a présenté une incapacité de travail d'au moins 40 % en moyenne durant une année sans interruption notable et si, au terme de cette année, il est invalide à 40 % au moins (art. 28 al. 1 LAI). Conformément à l'art. 28 al. 2 LAI, un taux d'invalidité de 40 % donne droit à un quart de rente, un taux d'invalidité de 50 % au moins donne droit à une demi-rente, un taux d'invalidité de 60 % au moins donne droit à trois-quarts de rente et un taux d'invalidité de 70 % au moins donne droit à une rente entière. Pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas atteint dans sa santé (revenu sans invalidité) est comparé à 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 (revenu avec invalidité ; art. 16 LPGA).

A teneur de l'art. 25 al. 1 RAI (règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité ; RS 831.201), est réputé revenu déterminant au sens de l'art. 16 LPGA, pour l'évaluation de l'invalidité, le revenu annuel présumable, sur lequel les cotisations seraient perçues en vertu de la LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10).

b) Le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible. Il se déduit en règle générale du salaire réalisé

avant l'atteinte à la santé, en l'adaptant toutefois à son évolution vraisemblable jusqu'au moment déterminant de la naissance éventuelle du droit à la rente (ATF 134 V 322, consid. 4.1 ; 129 V 222). On se fondera, sur ce point, sur les renseignements communiqués par l'employeur ou, à défaut, sur l'évolution des salaires nominaux (par ex. : TF 9C_192/2014 du 23 septembre 2014 consid. 4.2).

c) Comme le revenu sans invalidité, le revenu avec invalidité doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de la personne assurée. Lorsque l'assuré n'a pas repris d'activité lucrative dans une profession adaptée, ou lorsque son activité ne met pas pleinement en valeur sa capacité de travail résiduelle, contrairement à ce qui serait raisonnablement exigible, le revenu avec invalidité peut être évalué en se référant aux données salariales publiées tous les deux ans par l'Office fédéral de la statistique dans l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS ; ATF 129 V 472 consid. 4.2.1).

L'assuré peut, selon sa situation personnelle, voir ses perspectives salariales être réduites par des facteurs tels que l'âge, le handicap, les années de services, la nationalité, le titre de séjour ou le taux d'occupation. Une évaluation globale des effets de ces circonstances sur le revenu d'invalidité est nécessaire. La jurisprudence admet de procéder à une déduction de 25 % au maximum pour en tenir compte (ATF 129 V 472 consid. 4.2.3 ; 126 V 75).

5. a) En l'occurrence, l'intimé a déterminé le revenu annuel sans invalidité du recourant en procédant à une moyenne des revenus inscrits à son compte individuel AVS durant les années 2011 à 2016 (précédant la survenance de l'incapacité de travail). Ce procédé n'apparaît pas conforme à la jurisprudence fédérale, récemment confirmée dans un arrêt 9C_249/2020 du 3 décembre 2020, dans la mesure où l'on dispose de renseignements fiables et concrets communiqués par l'employeur du recourant. On ne voit aucune raison de s'en écarter. Au demeurant, les revenus inscrits au compte individuel ne sont pas représentatifs pour les années prises en considérations par l'OAI des revenus que le recourant

aurait effectivement réalisés en bonne santé pour le compte de son employeur, l'intéressé ayant notamment perçu des indemnités journalières en raison de ses arrêts de travail durant ces périodes, tels qu'en attestent les décomptes et fiches de salaires.

Il convient dès lors de se fonder sur les informations communiquées par l'employeur dans le rapport correspondant, ainsi que celles mentionnées sur le contrat et les décomptes annuels de salaire. Pour l'année 2017 (année de référence), J._____ SA a fait part d'un salaire horaire brut de 31 fr. 30 et d'un horaire hebdomadaire de 40 heures. Le salaire mensuel contractuel en 2017 s'élevait ainsi à 65'104 fr. (31 fr. 30 x 40 x 52 semaines). Ce montant doit encore être complété par un treizième salaire, prévu contractuellement, soit 5'508 fr. 80 (1'252 fr. : 5 x 22).

Il ressort en outre des décomptes annuels de salaire et des fiches de salaire, que le recourant a régulièrement perçu des indemnités pour les heures supplémentaires exécutées, ainsi que pour le travail effectué de nuit, le dimanche ou dans les tunnels. Selon le contrat de travail, un supplément de 31 fr. 30 par heure (tarif horaire en 2017) était octroyé dans ces circonstances. Le recourant recevait en outre un bonus annuel au mois de décembre en sus de son treizième salaire. Contrairement au salaire de base qui était fixe, ces suppléments et récompenses étaient variables selon les années et il convient de les déterminer en effectuant une moyenne des montants perçus en 2014, 2015 et 2016, période suffisamment longue pour refléter la situation économique concrète du recourant. Ainsi, en 2014, l'intéressé a perçu 28'082 fr. 30 à titre de suppléments et 4'000 fr. de récompense. En 2015, il a reçu 27'662 fr. 45 de suppléments et aucune récompense. Quant à 2016, les suppléments se sont élevés à 29'738 fr. 20 et le bonus à 4'400 francs. Ainsi, en moyenne sur les trois dernières années précédant son incapacité de travail, le recourant a perçu 28'494 fr. 30 de suppléments et 2'800 fr. à titre de récompense.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le revenu sans invalidité à prendre en considération s'élève à 101'907 fr. 10 (65'104 fr. + 5'508 fr. 80 + 28'494 fr. 30 + 2'800 fr.).

b) S'agissant du revenu d'invalidé, le salaire de référence pour des hommes exerçant des tâches physiques ou manuelles simples dans le secteur privé (production et services) était, en 2016, de 5'340 fr. par mois, part au treizième salaire comprise (ESS 2016, tableau TA1_skill-level, niveau de compétence 1), soit 66'803 fr. par an compte tenu de la durée hebdomadaire de travail dans les entreprises de 41,7 heures en 2016 (cf. tableau « Durée normale du travail dans les entreprises selon la division économique », établi par l'OFS). Ce montant doit encore être adapté à l'évolution des salaires nominaux de 2016 à 2017, ce qui conduit à un gain annuel de 67'070 fr. 61 (+ 0.4 % [La Vie économique, tableau B 10.2]). On aboutit ainsi à un revenu de 33'535 fr. 31 pour une activité exercée aux taux de 50 %.

c) Le recourant revendique pour le surplus un abattement de 15 %, soit supérieur au 10 % retenus par l'intimé, compte tenu de ses limitations fonctionnelles qui engendreraient une baisse de rendement non prise en considération dans la réduction de sa capacité de travail. L'examen clinique rhumatologique indique toutefois retenir une incapacité de travail de 50 % en précisant que les limitations fonctionnelles occasionnent une baisse de rendement ; contrairement à ce qu'invoque le recourant, cette baisse de rendement ne s'ajoute pas au taux indiqué, mais le justifie. En évaluant la capacité de travail résiduelle, le médecin a ainsi précisé qu'il avait pris en compte la baisse de rendement résultant des limitations fonctionnelles. Dans ces circonstances, une déduction de 15 % apparaîtrait excessive, les limitations fonctionnelles étant englobées dans l'appréciation de la capacité résiduelle de travail. Il n'y a ainsi pas de motif de modifier le taux d'abattement de 10 % retenu par l'intimé.

Le revenu d'invalidé doit ainsi être fixé à 30'181 fr. 78.

d) Le degré d'invalidité du recourant s'élève ainsi à 70,38 % ($[(101'907 \text{ fr. } 10 - 30'181 \text{ fr. } 78 \times 100) / 101'907 \text{ fr. } 10]$), arrondi à 70 %, ce qui lui ouvre le droit à une rente entière d'invalidité.

6. Au vu de ce qui précède, il faut constater que les pièces au dossier permettent à la Cour de céans de statuer en pleine connaissance de cause. Il n'y a dès lors pas lieu de donner suite à la mesure d'instruction requise par le recourant, à savoir d'ordonner la production des décomptes des indemnités journalières versées par E. _____ et O. _____ en 2012, 2013, 2015, 2016, 2017 et 2018. En effet, une telle mesure ne serait pas de nature à modifier les considérations qui précèdent, les faits pertinents ayant pu être constatés à satisfaction de droit. La requête du recourant en ce sens doit ainsi être rejetée par appréciation anticipée des preuves (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 130 II 425 consid. 2.1).

7. a) En définitive, le recours doit être admis et la décision attaquée réformée en ce sens que le recourant a droit au versement d'une rente entière d'invalidité, fondée sur un taux de 70 %, dès le 1^{er} décembre 2017.

b) 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 (art. 69 al. 1^{bis} première phrase LAI). En l'espèce, les frais de justice doivent être fixés à 400 fr. et mis à la charge de l'OAI, qui succombe.

Obtenant gain de cause avec l'assistance d'un mandataire qualifié, le recourant a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA), qu'il convient d'arrêter à 3'000 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de mettre à la charge de l'intimé qui succombe.

**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 27 février 2020 par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud est réformée en ce sens qu'une rente entière d'invalidité est accordée à R._____ dès le 1^{er} décembre 2017.

- III. L'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud doit verser à R._____ la somme de 3'000 fr. (trois mille francs) à titre de dépens.

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

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Elio Lopes (pour R._____)
- 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).

La greffière :