

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 14 avril 2010

Présidence de M. JOMINI
Juges : Mmes Rossier et Moyard, assesseurs
Greffière : Mme de Quattro Pfeiffer

Cause pendante entre :

A. _____, à Lausanne, recourante, représentée par Me Philippe Graf,
avocat, Service juridique d'Intégration handicap, à Lausanne,

et

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

Art. 16 LPGA et 60 al. 1 LPGA

E n f a i t :

A. A._____, ressortissante turque née en 1955, mariée et mère d'un enfant né en 1986, a déposé, le 9 août 2004, une demande de prestations de l'assurance-invalidité (ci-après : AI) tendant à l'octroi d'une rente. Elle a mentionné, comme atteinte à la santé, une affection lombaire existant depuis le 16 février 2004. L'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : OAI) a recueilli des renseignements économiques et médicaux.

En particulier, il a demandé des rapports aux médecins traitant de l'assurée, les Drs D._____, rhumatologue (rapport du 30 août 2004), et P._____, généraliste (rapport du 6 septembre 2004). Il en ressort notamment que la symptomatologie remonte à décembre 2003 ; dans son activité d'aide de cuisine dans un restaurant d'entreprise, l'intéressée a ressenti des douleurs lombosciatiques droites après la manutention d'une caisse. Des certificats médicaux attestant d'une incapacité totale de travail ont été délivrés. L'employeur de l'assurée, l'entreprise [...], a donné des indications sur le salaire.

Le Service médical régional AI (ci-après : SMR) a procédé à un examen rhumatologique et psychiatrique le 29 novembre 2005. Dans leur rapport du 13 février 2006, les Drs G._____, médecin interniste, et [...], psychiatre, ont considéré que l'assurée ne souffrait d'aucune atteinte psychiatrique invalidante, de sorte que l'appréciation de sa capacité de travail était uniquement tributaire de l'évaluation somatique. Ils ont ainsi retenu les diagnostics principaux de lombosciatalgie droite dans le cadre de troubles statiques et dégénératifs du rachis avec antélisthesis de L4 sur L5 de degré II et hernie discale L4-L5, ainsi que de dorso-cervico-scapulalgies droites dans le cadre de troubles statiques du rachis et d'une périarthrite scapulo-humérale droite avec conflit sous-acromial. Ils ont estimé que ces affections engendraient une incapacité de travail de 50% dans l'activité habituelle de polyvalente de cuisine et de 30% dans l'ancienne activité de couturière, mais que l'intéressée restait à même

d'exercer à plein temps une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles somatiques (nécessité de pouvoir alterner deux fois par heure les positions assise et debout, pas de soulèvement régulier de charges supérieures à 5 kg, ni port régulier de charges supérieures à 12 kg, pas de travail en porte-à-faux statique prolongé du tronc, pas de lever de charges de plus de 5 kg avec le membre supérieur droit, pas de mouvement d'élévation ou d'abduction de l'épaule droite supérieur à 80 degrés), hormis durant une période de trois à six mois consécutive à une opération de la région lombaire prévue en janvier 2006.

A. _____ a été opérée au Centre hospitalier H. _____ le 24 janvier 2006 (décompression L4-L5 avec fusion intersomatique et fixation par vis pédiculaires). Elle n'a pas repris le travail.

Par une décision du 25 avril 2006, l'OAI a refusé d'octroyer une rente d'invalidité à l'intéressée, en retenant que le degré d'invalidité était inférieur à 40 pour-cent.

Le 15 mai 2006, l'assurée a formé opposition. L'instruction a été complétée notamment sur le plan médical. Le Dr G. _____ du SMR a établi, le 25 septembre 2008, un nouveau rapport, dans lequel il a posé les diagnostics principaux de lombosciatalgies droites sur troubles statiques et dégénératifs du rachis avec status après spondylodèse L4-L5 pour antélisthésis de L4/L5 de degré II et hernie discale L4-L5, et de dorso-cervicoscapulalgies droites sur troubles statiques et dégénératifs du rachis avec périarthrite scapulo-humérale droite. Selon lui, ces diagnostics impliquaient de nouvelles limitations fonctionnelles qui contre-indiquaient l'activité habituelle d'aide de cuisine polyvalente (nécessité de pouvoir alterner 2 fois par heure les positions assise et debout, pas de soulèvement régulier de charges supérieures à 5 kg, ni de port régulier de charges supérieures à 10 kg, pas de travail en porte-à-faux statique prolongé du tronc, pas de mouvement répété de flexion-extension de la nuque, pas de rotation rapide de la tête, pas d'attitude prolongée de la tête en extension, pas de lever de charges de plus de 5 kg avec le membre supérieur droit, pas de mouvement d'élévation et d'abduction de

l'épaule droite supérieur à 60 degrés). Il a néanmoins estimé que le status après spondylodèse était satisfaisant et qu'il permettait l'exercice d'une activité adaptée, moyennant une certaine diminution de rendement liée aux limitations fonctionnelles. Il a ainsi conclu à une capacité de travail exigible de 0% comme aide de cuisine polyvalente, de 100% dans une activité adaptée du 3 mars 2005 au 25 janvier 2006, puis de 0% du 26 janvier à fin juillet 2006 et enfin de 70% dès le 1^{er} août 2006.

L'OAI a calculé le salaire exigible, dans une activité adaptée (activités simples et répétitives dans le secteur privé, production et services) en fonction de la capacité de travail et des limitations fonctionnelles de l'assurée, pour l'année 2007. Il a ainsi retenu un salaire annuel de 51'082 fr. à plein temps sur la base des données statistiques de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), soit de 35'757 fr. à 70% qui, après un abattement de 10%, correspondait à un salaire exigible final de 32'181 fr. 74. Il a par ailleurs relevé que, selon le rapport de l'employeur du 6 septembre 2004, le salaire annuel brut dans l'ancienne profession, indexé en 2007, s'élevait à 50'168 fr. 10.

L'OAI a rendu, le 10 décembre 2008, une décision rejetant l'opposition de l'assurée. Se référant aux chiffres ci-dessus pour la comparaison des salaires, il a retenu que l'écart entre le revenu annuel d'invalidé (32'181 fr. 74) et le revenu qui aurait été réalisé dans l'ancienne activité (50'168 fr. 10) était de 35,9%, arrondi à 36%, donc inférieur au seuil de 40% pour la reconnaissance du droit à une rente d'invalidité. La décision sur opposition ajoute que la possibilité de mettre sur pied une mesure professionnelle pourra être examinée sur demande, ainsi que l'octroi d'une aide au placement.

Cette décision a été envoyée à l'assurée à son adresse. Le 14 janvier 2009, la coordinatrice de l'association Cap-Contact à Lausanne, au bénéfice d'une procuration, a demandé à l'OAI la communication du dossier. Celui-ci lui a été remis le 22 janvier 2009.

B. Par acte du 26 janvier 2009, A._____ a déclaré recourir contre la décision sur opposition du 10 décembre 2008, en concluant à l'octroi d'un quart de rente d'invalidité et au renvoi de la cause à l'OAI pour qu'il fixe le début du droit à la rente et son montant. Elle conteste la capacité de travail exigible de 70%, ainsi que le calcul de son taux d'invalidité, faisant valoir que celui-ci a été établi en fonction d'un revenu d'invalidé (à plein temps) supérieur au revenu sans invalidité, de sorte qu'elle est désavantagée par rapport à une personne réalisant un salaire dépassant la moyenne statistique des salaires. Elle estime en outre que le taux d'abattement de 10% ne tient pas suffisamment compte de son âge, de sa situation personnelle et de ses limitations fonctionnelles, et qu'un taux de 15% au minimum serait plus approprié. La recourante a par ailleurs précisé qu'elle se réservait la possibilité, dans les quinze jours suivants, de compléter ou de retirer son recours.

A._____, désormais représentée par le juriste Hüsnü Yilmaz, du Service juridique d'Intégration handicap, a déposé, le 13 février 2009, un « complément de recours », où elle reformule, sans les modifier matériellement, les conclusions de son recours du 26 janvier précédent. Ce mémoire complémentaire développe l'argumentation au sujet des deuxième et troisième griefs résumés ci-dessus. Il expose finalement que le taux d'invalidité devrait être arrêté à 45% sur la base d'une capacité de travail de 70% et d'un taux d'abattement de 15 pour-cent.

Dans sa réponse du 18 mai 2009, l'OAI conclut au rejet du recours.

La recourante, désormais représentée par l'avocat Philippe Graf, du même service juridique que son prédécesseur, a déposé des déterminations sur la réponse le 19 juin 2009, en persistant dans les termes du recours du 26 janvier 2009.

E n d r o i t :

1. Le Tribunal cantonal examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

En matière d'assurance-invalidité, les règles de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) s'appliquent à la procédure de recours cantonale (art. 1 al. 1 LAI [loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité, RS 831.20]). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA ; cf. également art. 95 LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]). Le dossier de la présente cause ne contient pas de document postal attestant de la date de la notification de la décision sur opposition. Il apparaît toutefois que, le 14 janvier 2009, une première mandataire de la recourante (la coordinatrice de Cap-Contact) avait reçu, de la prénommée, une copie de cette décision (citée dans la lettre à l'OAI). On doit admettre que cette décision du 10 décembre 2008 a été notifiée, au domicile de la recourante, au plus tard la veille de la lettre du 14 janvier 2009. Dans cette hypothèse - favorable à la recourante au demeurant - le délai de recours parvenait à échéance le 12 février 2009. Il s'ensuit que l'acte de recours du 26 janvier 2009 a été déposé en temps utile ; le complément de recours du 13 février 2009 est en revanche tardif, au regard de l'art. 60 al. 1 LPGA. Il ne peut donc être pris en considération.

Il convient d'ajouter à ce propos qu'un recourant ne peut pas prolonger en quelque sorte lui-même le délai légal de recours, en annonçant un mémoire complémentaire à déposer après l'échéance de ce délai. Dans le cas particulier, si la recourante avait complété son recours dans les quatorze jours suivant le dépôt de son premier mémoire, la situation juridique aurait pu être différente.

Il convient aussi de préciser que l'acte de recours du 26 janvier 2009, vraisemblablement rédigé avec l'assistance de la première mandataire, n'est pas lacunaire au sens de l'art. 61 let. b LPGA. Aussi ne s'imposait-il pas de fixer d'office à la recourante un délai pour refaire son

écriture. Cet acte de recours satisfait donc aux autres conditions légales de recevabilité et il y a lieu d'entrer en matière.

2. Le premier grief de la recourante se rapporte à l'évaluation de sa capacité de travail exigible à 70 pour-cent. Ce grief n'est pas motivé, la recourante se bornant à exposer qu'elle conteste cette évaluation.

Or, il résulte de la décision attaquée et du dossier que cette évaluation a été faite par des médecins, sur la base d'examens effectués avant et après une intervention neurochirurgicale. Finalement, il a été constaté qu'il était médicalement possible pour la recourante d'exercer, après cette opération (dès le 1^{er} août 2008), une activité adaptée aux limitations fonctionnelles, en escomptant une diminution de rendement. Cette appréciation médicale n'est pas contredite par d'autres avis récents de spécialistes ; on ne voit aucun motif de ne pas accorder une valeur probante aux conclusions du SMR (cf. ATF 125 V 351 consid. 3a ; TFA I 573/04 du 10 novembre 2005, consid. 5.2 ; voir aussi TF 9C_105/2009 du 19 août 2009, consid. 4.2). Au demeurant, dans ses écritures ultérieures, la recourante n'a pas remis en cause cette évaluation, qu'elle a même prise en considération dans ses propres calculs de son taux d'invalidité. Ce premier grief doit donc être écarté.

3. Le second grief de la recourante se rapporte à la nécessité d'effectuer un « parallélisme » des deux revenus à comparer (revenu sans invalidité et revenu d'invalidité), selon ce que prévoit la jurisprudence fédérale. En substance, la recourante soutient que dans son cas, il aurait fallu prendre en considération, également pour le revenu sans invalidité, le salaire résultant des statistiques nationales, plutôt que le revenu effectif (indexé) offert par son ancien employeur.

a) En vertu de l'art. 16 LPGA, pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré.

En l'espèce, il n'est pas contesté que le revenu annuel que l'assurée aurait pu obtenir sans invalidité, comme aide de cuisine dans le restaurant où elle travaillait jusqu'à l'atteinte invoquée pour demander des prestations de l'AI, aurait été de 50'168 fr. à la date déterminante. Il n'est pas non plus contesté que, selon les statistiques à prendre en considération pour calculer le revenu pouvant être obtenu dans l'activité raisonnablement exigible (revenu d'invalidé - cf. Kieser, ATSG-Kommentar, 2^e éd. 2009, n. 18 ad art. 16 LPGa), ce revenu annuel peut être estimé, pour la même période, à 51'082 fr. (abstraction faite de la diminution de rendement et de l'abattement - cf. infra). Ainsi, le salaire sans invalidité est inférieur de 914 fr. au salaire avec invalidité, soit de 1,8 pour-cent.

Ce salaire moyen, déterminé selon les statistiques relatives aux activités simples et répétitives des femmes dans le secteur privé (production et services), vaut aussi pour l'activité d'aide de cuisine dans un restaurant d'entreprise.

Si, au lieu de retenir les indications concrètes au sujet du salaire sans invalidité (les données fournies par l'employeur, qui correspondent à la situation économique objective de l'assurée), on prenait en considération le salaire statistique, c'est-à-dire 51'082 fr. avec et sans invalidité, la comparaison des revenus serait, mathématiquement, plus favorable à l'assurée. C'est bien ce qu'elle fait valoir dans son recours.

b) Tant la recourante que l'OAI se réfèrent à un arrêt récent du Tribunal fédéral du 12 juin 2008 (ATF 134 V 322). Le « regest » de cet arrêt a la teneur suivante :

« Précision de la jurisprudence applicable en présence d'un revenu sans invalidité inférieur à la moyenne.

Lorsqu'un assuré réalise un revenu nettement inférieur à la moyenne en raison de facteurs étrangers à l'invalidité et qu'il ne désire pas s'en contenter délibérément, il convient d'abord d'effectuer un parallélisme des deux revenus à comparer. En pratique, celui-ci peut être effectué soit au regard du revenu sans invalidité en augmentant de manière appropriée le revenu effectivement réalisé ou en se référant aux données statistiques, soit au regard

du revenu d'invalidé en réduisant de manière appropriée la valeur statistique (consid. 4.1) ».

L'opération de « parallélisme », qui consiste en réalité à faire abstraction du véritable revenu sans invalidité dans la comparaison prévue à l'art. 16 LPGA, est ainsi subordonnée à la condition que ce revenu soit « nettement inférieur » au revenu statistique. La jurisprudence a précisé cette notion dans un arrêt rendu le 8 mai 2009 (ATF 135 V 297). Le « regest » de cet arrêt est ainsi libellé :

« Taux à partir duquel un revenu sans invalidité est inférieur à la moyenne au point de justifier un parallélisme des revenus à comparer ; application (précision de la jurisprudence).

Lorsqu'il est inférieur d'au moins 5% au salaire statistique usuel dans la branche, le revenu effectivement réalisé est nettement inférieur à la moyenne au sens de l'arrêt ATF 134 V 322 consid. 4 p. 325 et il peut – si les autres conditions sont réalisées – justifier un parallélisme des revenus à comparer (consid. 6.1.2) ».

Il ressort des considérants (ATF 135 V 297 consid. 6.1.2 p. 302-303) que cette précision de la jurisprudence ne tend pas à définir plus restrictivement la notion de « nettement inférieur » car il n'avait jamais été question à ce propos, auparavant, d'un pourcentage plus faible que 5 pour-cent.

Par ces deux arrêts, le Tribunal fédéral a précisé le sens de l'art. 16 LPGA. Les tribunaux des cantons doivent appliquer cette jurisprudence et n'ont pas à examiner si la norme de la loi fédérale respecte la Constitution (art. 190 Cst.). On ne voit au demeurant pas en quoi les critères jurisprudentiels, nécessairement un peu schématiques mais fondés sur des éléments objectifs, violeraient le principe d'égalité, comme le soutient la recourante dans ses déterminations finales.

c) En l'espèce, le revenu effectif n'est pas nettement inférieur au salaire statistique usuel, puisque l'écart est de moins de 2 pour-cent. L'OAI était donc fondé à ne pas effectuer le parallélisme des deux revenus et n'a pas violé le droit fédéral sur ce point. Ce grief de la recourante doit donc être rejeté.

4. La recourante critique enfin l'appréciation de l'OAI qui a retenu un taux d'abattement de 10% lors de la détermination du revenu d'invalidé. Selon elle, l'abattement devrait être de 15% au moins.

La réduction du salaire statistique dans le cadre de la détermination du revenu hypothétique d'invalidé prévue par la jurisprudence (ATF 126 V 75) a pour objectif de tenir compte du fait que pour un assuré devant se réadapter dans une activité qu'il est jugé apte à exercer malgré son handicap, les possibilités de réaliser un gain qui se situe dans la moyenne sont forcément diminuées. Un tel abattement n'est pas automatique, mais est justifié dans les cas où il existe des indices suffisants pour admettre qu'en raison de différents facteurs (par exemple, limitations liées au handicap, âge, années de service), l'assuré ne peut mettre à profit sa capacité de travail sur le plan économique que dans une mesure inférieure à la moyenne (ATF 126 V 75 consid. 5a/bb). Le juge des assurances sociales ne peut, sans motif pertinent, substituer son appréciation à celle de l'administration (ATF 126 V 75 consid. 6 ; cf. aussi 9C_10412008 du 15 octobre 2008, non publié).

Le taux d'abattement maximal est de 25 pour-cent. En l'occurrence, la recourante n'est pas âgée (52 ans à la date déterminante) et les limitations fonctionnelles ne sont pas particulièrement nombreuses. On ne voit aucune raison de revenir sur l'appréciation de l'OAI, les éléments du dossier ne justifiant pas que l'on retienne le chiffre de 15% plutôt que celui de 10 pour-cent. En tous les cas, même si l'on retenait un taux d'abattement de 15%, on obtiendrait alors un degré d'invalidité de 39%, insuffisant pour ouvrir le droit à une rente. Le grief de la recourante à ce propos doit donc également être rejeté.

5. Il résulte des considérants que le recours est en tous points mal fondé et qu'il doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision sur opposition.

Les frais de justice sont arrêtés à 250 fr. et mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 69 al. 1bis LAI ; cf. aussi art. 49 al. 1

LPA-VD et art. 2 al. 1 TFJAS [tarif des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales, RSV 173.36.5.2]).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 55 al. 1 LPA-VD).

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

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision rendue le 10 décembre 2008 par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud est confirmée.
- III. Les frais judiciaires, arrêtés à 250 fr. (deux cent cinquante francs), sont mis à la charge de la recourante A._____.
- IV. Il n'est pas alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Philippe Graf, avocat (pour A._____),
- 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 :