

**200.2017.939.AI**  
N° AVS  
BEP/REN

**Tribunal administratif du canton de Berne**  
Cour des affaires de langue française

**Jugement du 29 avril 2019**

Droit des assurances sociales

C. Meyrat Neuhaus, présidente  
M. Moeckli et C. Tissot, juges  
Ph. Berberat, greffier

**A.** \_\_\_\_\_  
représenté par Me B. \_\_\_\_\_  
recourant

contre

**Office AI Berne**  
Scheibenstrasse 70, case postale, 3001 Berne  
intimé

relatif à une décision de ce dernier du 22 septembre 2017



**En fait:**

**A.**

A. \_\_\_\_\_, né en 1963, accordéoniste indépendant, connaît des problèmes dorsaux au niveau de la colonne vertébrale lombaire et cervicale depuis l'adolescence; il a subi une première opération du dos en 1978, consistant en une spondylodèse lombaire au niveau L4/S1. Il a alors bénéficié d'une prise en charge de la mesure médicale par l'assurance-invalidité (AI), qui était déjà intervenue en sa faveur de novembre 1971 à juin 1974 pour un traitement d'orthophonie. Le 2 avril 2016, l'assuré a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité (AI), indiquant se trouver en incapacité de travail à 100% depuis le 11 octobre 2015 en raison de problèmes de dos et s'apprêter à subir sa troisième opération. Saisi de la demande, l'Office AI Berne a procédé à diverses mesures d'instruction, rassemblant les extraits du compte individuel (CI) de cotisations à l'AVS/AI de l'assuré, requérant des informations auprès de son généraliste et de son neurochirurgien traitants et consultant son Service médical régional Berne/Fribourg/Soleure (SMR), qui a pris position à deux reprises, en date du 7 février et du 4 avril 2017. L'Office AI Berne a encore mandaté son Service des enquêtes (SE), qui a remis son rapport d'enquête sur l'activité professionnelle indépendante de l'assuré le 20 juin 2017, après avoir effectué une visite au domicile de ce dernier le 8 juin 2017. Sur cette base, l'Office AI Berne, dans une préorientation du 28 juin 2017, a informé l'assuré qu'il entendait lui refuser le droit à une rente d'invalidité sur la base d'un degré d'invalidité de 32%.

Nonobstant les objections présentées le 22 août 2017 par l'avocat mandaté par l'assuré, après avoir encore recueilli une prise de position de son SE du 13/14 septembre 2017, l'Office AI Berne a rendu le 22 septembre 2017 une décision formelle en tous points identique à sa préorientation du 28 juin 2017.

## **B.**

Par acte du 25 octobre 2017, l'assuré, représenté par le même mandataire, a recouru auprès du Tribunal administratif (TA) contre la décision précitée du 22 septembre 2017. Sous suite des frais et dépens, il conclut à son annulation, principalement à l'octroi d'une rente entière d'invalidité ou d'au moins un quart de rente et, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'intimé pour instruction complémentaire et nouveau calcul de son degré d'invalidité sur cette base. Dans son mémoire de réponse du 4 décembre 2017, l'Office AI Berne conclut au rejet du recours. Le 14 décembre 2017, le mandataire du recourant a produit sa note d'honoraires.

## **En droit:**

### **1.**

**1.1** La décision de l'Office AI Berne du 22 septembre 2017 représente l'objet de la contestation. Elle ressortit au droit des assurances sociales et nie le droit du recourant à une rente de l'AI. L'objet du litige, quant à lui, porte sur l'annulation de cette décision et principalement sur l'octroi d'au moins un quart de rente d'invalidité, de même que, subsidiairement, sur le renvoi de la cause à l'intimé pour instruction complémentaire et nouvelle décision. Sont particulièrement critiquées par le recourant l'évaluation de sa capacité de travail par le SMR, qui ne correspond pas à l'estimation de son chirurgien traitant, de même que l'appréciation des répercussions de ses atteintes à la santé sur sa capacité de gain faite par le SE de l'Office AI Berne.

**1.2** Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites, auprès de l'autorité de recours compétente, par une partie disposant de la qualité pour recourir et représentée par un mandataire dûment constitué, le recours est recevable (art. 56 ss de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1], art. 69 al. 1

let. a de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité [LAI, RS 831.20]; art. 15 et 74 ss de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RS 155.21]).

**1.3** Le jugement de la cause incombe à la Cour des affaires de langue française du TA dans sa composition ordinaire de trois juges (art. 54 al. 1 let. c et 56 al. 1 de la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM, RSB 161.1]).

**1.4** Le TA examine librement la décision contestée et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 61 let. c et d LPGA; art. 80 let. c ch. 1 et 84 al. 3 LPJA).

## **2.**

**2.1** Est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée (art. 8 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 (art. 7 al. 1 LPGA). Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de l'existence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable (art. 7 al. 2 LPGA). Contrairement à l'incapacité de travail, est déterminante pour l'incapacité de gain, non pas l'aptitude de la personne assurée à accomplir un travail dans son domaine professionnel, mais la capacité de gain qui, après l'application des mesures de traitement et de réadaptation, subsiste, pour elle, dans une profession quelconque entrant en ligne de compte sur un marché équilibré du travail. La perte ou la réduction de cette capacité est considérée comme une incapacité de gain (ATF 130 V 343 c. 3.2.1).

Le seul diagnostic d'une atteinte à la santé ne suffit pas pour admettre que cette dernière a un caractère invalidant. Selon le texte clair de la loi, c'est l'influence de l'atteinte à la santé sur la capacité de travail et de gain qui est

déterminante. La question cruciale réside dans le fait de savoir si l'on peut exiger de la personne assurée, au vu de la souffrance éprouvée, qu'elle travaille à plein temps ou à temps partiel. Ainsi, il convient de procéder à un examen de l'exigibilité en tenant compte exclusivement des conséquences de l'atteinte à la santé (ATF 142 V 106 c. 4.4). Le point déterminant est ici de savoir si et dans quelle mesure la personne assurée, pratiquement, conserve une capacité à exercer une activité sur le marché du travail qui lui est ouvert au regard de ses capacités, nonobstant les douleurs qu'elle ressent, et si cela n'apparaît pas insupportable pour la société (ATF 136 V 279 c. 3.2.1).

**2.2** Selon l'art. 28 al. 1 LAI, a droit à une rente l'assuré dont la capacité de gain ou la capacité d'accomplir ses travaux habituels ne peut pas être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles (let. a), qui a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGGA) d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable et qui, au terme de cette année, est invalide (art. 8 LPGGA) à 40% au moins (let. b et c). D'après l'art. 28 al. 2 LAI, l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins et à trois quarts de rente s'il est invalide à 60%. Pour un degré d'invalidité de 50% au moins, l'assuré a droit à une demi-rente et pour un degré d'invalidité de 40% au moins, il a droit à un quart de rente.

Pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré exerçant une activité lucrative 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 (méthode générale de comparaison des revenus; art. 16 LPGGA; ATF 130 V 343 c. 3.4.2, 128 V 29 c. 1).

Lorsqu'il n'est pas possible d'établir ou d'évaluer de manière fiable les deux revenus hypothétiques d'une activité lucrative, il convient, dans un premier temps, en s'inspirant de la méthode spécifique pour non-actifs (art. 28a al. 2 LAI), de déterminer l'empêchement provoqué par l'atteinte à la santé dans le cas d'espèce sur la base d'une comparaison des activités. Cet empêchement doit ensuite être pondéré en vue de déterminer ses conséquences sur la capacité de gain. Si une certaine diminution de la

capacité de rendement fonctionnelle peut, dans le cas d'une personne active, entraîner une perte de gain de la même importance, tel n'est pas nécessairement le cas (méthode extraordinaire d'évaluation de l'invalidité; ATF 128 V 29 c. 1, 104 V 135 c. 2c). La méthode extraordinaire d'évaluation de l'invalidité ne représente pas une sous-variante de la méthode générale de comparaison des revenus, car elle s'applique à tous les cas dans lesquels même une évaluation hypothétique du revenu provenant d'une activité lucrative n'est pas possible. Par conséquent, une comparaison des revenus n'entre pas en ligne de compte lors de l'appréciation économique. En vue de cette appréciation économique, il faut bien plus déterminer et pondérer entre elles les différentes activités, puis évaluer l'empêchement subi dans chacune d'entre elles. A cet égard, il convient de se fonder sur les valeurs les mieux adaptées au cas concret, telles que les estimations disponibles auprès des associations professionnelles spécifiques à la branche (ATF 128 V 29 c. 4a à c). Enfin, il convient de procéder selon la formule élaborée à l'ATF 128 V 29 c. 4c.

**2.3** Pour pouvoir évaluer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, en cas de recours) a besoin de documents que le médecin, et 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 fournies par le médecin constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore exiger de l'assuré (ATF 140 V 193 c. 3.2, 132 V 93 c. 4). Il incombe tout d'abord au médecin (expert) d'évaluer l'état de santé et, si nécessaire, de décrire son évolution dans le temps, c'est-à-dire de réunir les résultats des investigations en procédant à un examen médical selon les règles de l'art, en tenant compte des plaintes subjectives, puis de poser un diagnostic en se fondant sur ces résultats. En cela, l'expert accomplit sa tâche spécifique, pour laquelle l'administration et les tribunaux ne sont pas compétents. Le médecin n'a en revanche pas la compétence de statuer en dernier ressort sur les conséquences de l'atteinte à la santé sur la capacité de travail. Il se contente bien plus de prendre position sur l'incapacité de travail, à savoir de procéder à une évaluation qu'il motive de son point de vue le plus substantiellement possible. En fin de compte, les données fournies par le

médecin constituent un élément important pour l'appréhension juridique de la question des travaux pouvant encore être exigés de l'assuré. Au besoin, afin de déterminer la capacité économiquement exploitable, il convient de recourir, en complément du dossier médical, aux spécialistes de l'intégration et du conseil professionnel (ATF 140 V 193 c. 3.2; SVR 2017 IV n° 75 c. 4.1.1).

**2.4** Selon le principe de la libre appréciation des preuves, le juge des assurances sociales doit, quelle que soit leur provenance, examiner l'ensemble des moyens de preuve de manière objective et décider s'ils permettent de trancher la question des droits litigieux de manière sûre. En particulier, le juge ne saurait statuer, en présence de rapports médicaux contradictoires, sans avoir examiné l'ensemble des moyens de preuve disponibles et sans indiquer les motifs qui le conduisent à retenir un avis médical plutôt qu'un autre (ATF 143 V 124 c. 2.2.2, 125 V 351 c. 3a). La valeur probante d'un rapport médical dépend du fait que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description du contexte médical soit claire et enfin que les conclusions de l'expert soient bien motivées. Ainsi, ni la provenance du moyen de preuve, ni l'appellation du mandat confié au médecin (rapport ou expertise) ne sont déterminantes pour la force probante d'un tel document (ATF 143 V 124 c. 2.2.2, 134 V 231 c. 5.1, 125 V 351 c. 3a). Lors de l'appréciation de prises de position médicales divergentes quant à la capacité de travail, il convient de tenir compte du fait qu'elles sont peut-être fondées sur des notions de maladie différentes. La notion bio-psycho-sociale de maladie (*Krankheitsmodell*) répandue en médecine est définie de façon plus large que la notion d'atteinte à la santé juridiquement applicable en matière de droit des assurances sociales (ATF 127 V 294 c. 5a). Si les divergences reposent sur l'utilisation de notions de maladie différentes, il n'y a pas d'évaluations contradictoires au sens de l'ATF 125 V 351 c. 3a (SVR 2007 IV n° 33 c. 5.2).

**2.5** En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport d'enquête, il est essentiel qu'il ait été élaboré par une personne qualifiée qui a

connaissance de la situation locale et spatiale, ainsi que des empêchements et des handicaps résultant des diagnostics médicaux. Il s'agit en outre de tenir compte des indications de la personne assurée et de consigner les opinions divergentes des participants. Enfin, le contenu du rapport doit être plausible, motivé et rédigé de façon suffisamment détaillée en ce qui concerne les diverses limitations et correspondre aux indications relevées sur place. S'il est conforme à ces exigences, le rapport d'enquête a entière valeur probante. Le juge ne saurait remettre en cause l'appréciation de l'auteur de l'enquête que s'il est évident qu'elle repose sur des erreurs manifestes. Cette retenue découle en particulier du fait que la personne chargée du rapport d'enquête bénéficie de connaissances spécialisées et est plus proche des circonstances concrètes du cas d'espèce que le tribunal compétent en cas de recours (ATF 140 V 543 c. 3.2.1, 130 V 61 c. 6.2).

**2.6** L'administration en tant qu'autorité de décision et le juge, en cas de recours, ne peuvent considérer un fait comme établi que lorsqu'ils sont convaincus de son existence. En droit des assurances sociales, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement, le juge doit fonder sa décision sur les faits qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. La simple possibilité de l'existence d'un fait ne suffit pas. Le juge doit bien plus retenir les éléments qui, parmi les faits possibles, lui paraissent les plus probables (ATF 138 V 218 c. 6; SVR 2017 UV n° 20 c. 3.2).

### **3.**

**3.1** Dans sa décision contestée du 22 septembre 2017 et son mémoire de réponse du 4 décembre 2017, l'Office AI Berne se réfère au rapport d'enquête du SE du 20 juin 2017, qui se fonde lui-même sur le profil d'exigibilité établi par un spécialiste en médecine interne et rhumatologie du SMR dont les rapports des 2 février et 4 avril 2017 concluent que l'activité antérieure d'accordéoniste professionnel n'est plus exigible de la part du recourant, mais que ce dernier est en mesure d'exercer à 100% une activité légère s'effectuant en position changeante, avec une limitation de rendement de 20% due au nombre de pauses augmenté du fait des

spondylodèses. Sur cette base, le SE de l'intimé a évalué à 32% le degré d'invalidité de l'assuré en comparant un revenu d'invalidé de Fr. 48'308.-, établi sur la base de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) 2014 de l'Office fédéral de la statistique (ESS), avec un revenu sans invalidité de Fr. 70'602.- calculé en fonction des champs d'activité de l'assuré, pondérés en appliquant à chacun d'eux un barème salarial statistique correspondant à la tâche en question. Dans son mémoire de réponse, l'intimé défend la valeur probante des rapports médicaux du SMR ainsi que du rapport du SE.

**3.2** Dans le recours, l'assuré conteste l'estimation de sa capacité de travail opérée par le SMR. Il invoque en substance qu'il souffre aussi d'un début d'ostéoporose en sus de ses problèmes de dos et de hanche, et fait valoir l'estimation différente de son chirurgien traitant, qui a retenu une incapacité de gain de 50%. Il conteste par ailleurs l'évaluation du degré d'invalidité telle qu'elle a été effectuée par le SE, qui serait contraire à la circulaire de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) sur l'invalidité et l'impotence dans l'AI (CIIAI), dans la mesure où l'intimé a fait usage de la méthode extraordinaire d'évaluation de l'invalidité pour fixer le revenu sans invalidité, mais qu'il a pris en compte un revenu d'invalidé émanant de l'ESS, et non pas un revenu d'invalidé résultant de la pondération avec handicap des revenus exigibles dans ses différents champs d'activité. Au surplus, s'agissant de l'activité prise en compte par l'intimé, le recourant conteste que seule celle de "show man" ait été retenue (du reste sans être en possession des comptes d'orchestre qu'il produit avec le recours), et non pas aussi l'activité liée à la vente et à la réparation d'accordéons, que l'Office AI Berne aurait totalement ignorée alors que celle-ci serait importante. Quoi qu'il en soit, le recourant estime qu'aucun employeur n'engagerait une personne handicapée comme il l'est et qu'au minimum une demi-rente lui est due.

#### **4.**

Les documents figurant au dossier permettent de constater ce qui suit:

**4.1** Dans un rapport adressé le 25 février 2016 au généraliste traitant, le neurochirurgien traitant le recourant a diagnostiqué un status après stabilisation au niveau L4/S1 en 1978, avec problématique actuelle de compression radiculaire L3 à gauche, ainsi qu'une forte lomboischialgie avec irradiation des douleurs le long du dermatome L3 à gauche. Il déclare qu'il a conseillé au patient de procéder à une opération en vue de résoudre cette problématique. L'opération en question a été pratiquée en date du 19 mai 2016. Le rapport opératoire du même jour fait état d'une décompression L2/L3 avec spondylodèse et stabilisation dorsale.

Dans un autre rapport du 1<sup>er</sup> décembre 2016 à l'attention de l'Office AI Berne, le spécialiste indique l'apparition de nouvelles douleurs lombaires inférieures et au niveau de l'articulation ilio-sacrée ainsi que de la hanche droite, de même qu'une légère hyposensibilité dans la cuisse droite. Son pronostic est incertain et il atteste à son patient une incapacité de travail totale du 6 juillet au 17 août 2016 et du 26 octobre 2016 au 28 février 2017.

Le 15 mars 2017, un examen par résonance magnétique (IRM) de la colonne vertébrale lombaire a été effectué. Dans son rapport du même jour, le radiologue fait état d'un status après spondylodèse dorsale L2/L3 et jonction des corps vertébraux L3/L4. Il constate aussi une discrète courbure des disques L2/L3. En revanche, il déclare ne pas avoir constaté de sténose du canal spinal ni de compression radiculaire, ni de signe de relâchement des vis, et indique une image normale de l'articulation ilio-sacrée.

Dans ses deux rapports adressés les 4 avril et 19 mai 2017 au généraliste traitant, le neurochirurgien confirme ses diagnostics antérieurs et relève dans son anamnèse qu'après trois opérations du dos, le patient ressent toujours des douleurs irradiantes surtout au niveau de la fesse et de la hanche gauches, mais aussi le long du dermatome L5 à gauche. Le praticien déclare que l'IRM effectué le 15 mars 2017 n'a pas révélé de compression radiculaire et qu'il y a dès lors lieu de retenir des douleurs d'origine neuropathique qui ne pourraient plus être traitées chirurgicalement. Il propose une incapacité de travail de 50% dans l'activité habituelle de "show man" du patient, dans la mesure où il estime qu'il serait

favorable que celui-ci poursuive cette activité en l'adaptant à son état de santé.

**4.2** Invité par l'Office AI Berne à se prononcer sur la situation, un spécialiste en médecine interne et rhumatologie du SMR, dans son premier rapport du 7 février 2017, a constaté au vu du dossier que l'assuré avait subi trois opérations dorsales: une spondylodèse L4/S1 et greffe pour spondylolisthesis en 1978, une autre intervention non précisée et l'opération précitée de décompression et spondylodèse L2/L3 effectuée le 19 mai 2016. En ce qui concerne cette dernière intervention chirurgicale, le praticien relève que le rapport de radiologie du 23 février 2016 à la suite d'une myélographie lombaire fonctionnelle entreprise le même jour sur mandat du neurochirurgien traitant n'avait pas décrit d'instabilité, mais l'avait au contraire exclue, alors que le neurochirurgien avait basé son indication opératoire de spondylodèse du 19 mai 2016 sur une macro-instabilité au niveau L3/L4.

Invité une seconde fois à prendre position sur la base des nouveaux rapports du neurochirurgien traitant, le médecin du SMR, dans son rapport du 4 avril 2017, confirme ses constatations antérieures. Il relève notamment l'apparition en décembre 2016 de douleurs lombaires basses, au niveau sacro-iliaque et à la hanche droite à la suite d'une stabilisation au niveau vertébral L3/S1 consécutive à la problématique de segment adjacent et la stabilisation L2/L3, ainsi qu'une pathologie de la coiffe des rotateurs avec une déchirure partielle du tendon du sus-épineux, du tendon sous-scapulaire et de la poulie bicipitale et du labrum, constatée par un orthopédiste dans un rapport du 14 mars 2016. Celui-ci y envisage une possible intervention chirurgicale, mais déclare qu'il y a lieu de fixer la priorité sur les problèmes dorsaux lombaires du patient avant d'envisager une intervention au niveau de l'épaule gauche, qui consisterait en une révision de la coiffe des rotateurs et du labrum glénoïdien. Le médecin du SMR constate aussi l'existence chez l'assuré de cervico-brachialgies sans déficits neurologiques mais avec des troubles sensitifs de la main droite à la suite d'une intervention chirurgicale, les réflexes des membres supérieurs étant toutefois normaux. Il remarque qu'un IRM de la colonne cervicale effectué le 21 octobre 2015 révèle une discrète protrusion discale

médiane C3/C4 et C5/C6 avec sténose foraminale légère C3/C4 à gauche et C5/C6 à droite, sans compression radiculaire ni compression médullaire, et qu'une infiltration périradiculaire C5/C6 avec gluco-corticoïdes a été entreprise le 18 décembre 2015. Confirmant son appréciation émise dans son premier rapport du 7 février 2017, il conclut que l'activité d'accordéoniste n'est médicalement plus exigible, surtout depuis la dernière intervention chirurgicale de mai 2016 qui a fixé un niveau supplémentaire de la colonne lombaire, car jusque là, depuis 1978, date de la première opération sur la colonne lombaire, l'assuré avait développé des stratégies qui lui permettaient, tout en jouant de son instrument, de compenser le fait que les deux segments inférieurs de sa colonne lombaire avaient été immobilisés chirurgicalement. Pour le surplus, le praticien déclare que sur la base des nouvelles pièces médicales apportées au dossier, il n'est décrit aucune nouvelle atteinte à la santé qui serait accompagnée de limitations fonctionnelles objectives qui, elles, pourraient devenir le fondement d'une incapacité de travail significative de longue durée, le neurochirurgien disant lui-même qu'il n'y a pas d'indication à un nouveau geste chirurgical. Dans ce contexte, en ce qui concerne le profil d'exigibilité dans une activité adaptée, le médecin du SMR considère que depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2016, une activité légère s'effectuant en position changeante est exigible à 100% de la part de l'assuré avec une limitation de rendement de 20% en termes de nombre de pauses augmenté du fait des spondylodèses, le travail au niveau des épaules n'étant plus exigible, tout comme le port de charges loin du corps ainsi que les positions strictement debout ou assise, de même que le travail sur des échelles ou des échafaudages. Il précise encore que les positions répétées en antéflexion du tronc (du bas du dos ou de la nuque), tout comme les positions répétées accroupie ou agenouillée ne sont pas exigibles, ni la marche répétée en terrain instable tout comme la marche répétée dans les escaliers.

**4.3** Pour arrêter à 32% le degré d'invalidité retenu dans la décision contestée du 22 septembre 2017, l'Office AI Berne s'est fondé sur le rapport d'enquête pour activité professionnelle indépendante de son SE daté du 20 juin 2017 et sur la prise de position du SE des 13/14 septembre 2017 face aux objections formées le 22 août 2017 par le recourant contre la préorientation du 28 juin 2017. L'enquêteur, afin de déterminer le revenu

sans invalidité en vue d'effectuer la comparaison des revenus avec et sans invalidité pour fixer le degré d'invalidité du recourant, a procédé à une pondération des champs d'activité du recourant dans son activité de musicien indépendant: le champ d'activité "direction/administration" est estimé à 5%, la "composition des morceaux ainsi que les arrangements pour chaque musicien" à 10%, l'"organisation des productions, y compris la durée du concert" à 43% et l'"organisation, la préparation, le réglage technique, les répétitions générales" à 42% de l'activité antérieure exercée. Pour évaluer le revenu sans invalidité, au vu des lacunes constatées dans la comptabilité présentée par l'assuré et dans les revenus enregistrés dans le compte individuel de cotisations à l'AVS/AI (CI), l'enquêteur s'est fondé, pour chacun des champs d'activité précité, sur un salaire émanant de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) 2014 publié par l'Office fédéral de la statistique (OFS; table TA1 salaire brut, valeur centrale), correspondant à un niveau de compétence particulier et indexé à 2016. Pour arriver à un revenu hypothétique sans invalidité en 2016 de Fr. 70'602.-, l'enquêteur a respectivement pris en compte les revenus annuels pondérés suivants:

- Fr. 3'198.- pour le champ d'activité "direction/administration" (5%), émanant de la catégorie 77-82 (activités de services administratifs et de soutien) de l'ESS 2014, avec un niveau de compétences 2 pour les hommes;
- Fr. 7'024.- pour le champ d'activité "composition des morceaux..." (10%), émanant de la catégorie 90-93 (arts, spectacles et activités récréatives), avec un niveau de compétences 3 pour les hommes;
- Fr. 30'201.- pour le champ d'activité "organisation des productions..." (43%), émanant de la catégorie 90-93 avec un niveau de compétences 3 pour les hommes;
- Fr. 29'499.- pour le champ d'activité "organisation, préparation, réglage technique, répétitions générales" (42%), émanant de la catégorie 90-93 avec un niveau de compétences 3 pour les hommes.

La somme totale de Fr. 69'922.- a ensuite été indexée à l'année 2016 en y ajoutant un montant de Fr. 680.-, ce qui donne un revenu hypothétique

sans invalidité de Fr. 70'602.-. Quant au revenu d'invalidé, il se fonde également sur les chiffres de l'ESS 2014; l'enquêteur a pris en compte le salaire mensuel moyen catégorie "total", niveau de compétence 1 (tâches physiques ou manuelles simples), adapté à la durée normale de travail (41,7 heures par semaine) et indexé à 2016, soit Fr. 67'095.-, dont il a ensuite retranché 20% en raison de la limitation de rendement retenue par le médecin du SMR, puis encore un abattement de 10%, pour aboutir à un revenu d'invalidé déterminant de Fr. 48'308.-. En comparant ces deux revenus sans et avec invalidité, l'enquêteur a constaté une perte de gain annuelle de Fr. 22'294.- et, de ce fait, un degré d'invalidité de 32%.

## 5.

**5.1** Les rapports du SMR (art. 49 RAI) ne constituent pas des expertises au sens de l'art. 44 LPG. Ces rapports, qui peuvent même être établis sans que la personne soit examinée personnellement sur la seule base du dossier médical (art. 49 al. 1 et 2 RAI; TF 9C\_323/2009 du 14 juillet 2009 c. 4.3.1 et références), ont pour fonction d'opérer la synthèse des renseignements médicaux versés au dossier et de prodiguer des recommandations quant à la suite à donner à la procédure. En raison de leur fonctionnalité différente de celle des expertises, les rapports du SMR ne sont d'ailleurs pas soumis aux mêmes exigences formelles. On ne saurait toutefois dénier toute valeur probante aux rapports de synthèse du SMR. Pour autant qu'ils satisfassent aux exigences définies par la jurisprudence en matière d'expertise médicale (ATF 125 V 351 c. 3a), y compris en ce qui concerne les qualifications médicales nécessaires, ils ont une valeur probante comparable à celle d'autres expertises (SVR 2018 IV n° 4 c. 3.2, 2009 IV n° 53 c. 3.3.2). Si toutefois un cas d'assurance devait être tranché sans qu'une expertise externe soit ordonnée, il convient alors de poser des exigences sévères en matière d'appréciation des preuves. En particulier, les rapports des médecins traitants remis par la personne assurée doivent également être pris en considération. Si les conclusions des constatations d'une personne spécialisée interne à l'assurance sont mises en doute par le rapport concluant d'un médecin traitant, l'indication générale de sa position contractuelle (ATF 125 V 351 c. 3a/cc) ne suffit pas

à écarter ces doutes. Il appartient bien plus au tribunal d'ordonner une expertise judiciaire ou de renvoyer le dossier à l'assureur social, afin qu'il ordonne, dans le cadre de la procédure, une expertise selon l'art. 44 LPG (ATF 142 V 58 c. 5.1, 135 V 465 c. 4.4 à 4.6). Dans l'examen de la force probante, est avant tout déterminant le fait que le rapport soit complet au niveau du contenu et que son résultat soit concluant, points à analyser lors de l'examen matériel (TF 8C\_819/2013 du 4 février 2014 c. 3.3, 8C\_942/2009 du 29 mars 2010 c. 5.2).

**5.2** Le recourant conteste les conclusions du SMR quant à sa capacité de travail, invoquant qu'elles sont en contradiction avec celles de son neurochirurgien traitant et qu'au vu de ces incertitudes, l'Office AI Berne ne pouvait se contenter de s'appuyer uniquement sur l'appréciation médicale du SMR sans procéder à une expertise médicale complémentaire.

Les critiques du recourant sont injustifiées. Dans son ensemble et contrairement à l'avis du recourant, on doit admettre la force probante des deux rapports du SMR des 7 février et 4 avril 2017. Ils remplissent les conditions formelles exigées par la jurisprudence, sous réserve de l'examen personnel de l'assuré. Or en l'occurrence, un tel examen personnel s'avérerait superflu, au vu des circonstances. En effet, les diagnostics et les constatations médicales retenus par le médecin du SMR, dont les qualifications, en tant que spécialiste en médecine interne et rhumatologie, ne peuvent être mises en doute, convergent avec l'ensemble des avis médicaux figurant au dossier. En outre, le médecin du SMR a procédé à une analyse détaillée et circonstanciée de l'évolution de l'état de santé du recourant sur la base des avis médicaux antérieurs, en particulier des rapports du neurochirurgien traitant. Le contexte médical est clairement décrit et les conclusions du médecin du SMR motivées. Ces conclusions, tant sur le plan des diagnostics que de l'exigibilité d'une activité adaptée et de la capacité de travail, se fondent sur une évaluation approfondie de la situation médicale du recourant par le biais des avis médicaux présents au dossier, et restituent de manière claire l'ensemble des faits qui s'en dégagent. Les conclusions du médecin du SMR sont détaillées, bien étayées, s'avèrent logiques et concluantes et ne laissent pas apparaître d'éléments permettant de soupçonner des contradictions intrinsèques ou

des lacunes. En particulier, s'agissant de la capacité de travail, le profil d'exigibilité défini par le médecin du SMR (voir ci-dessus c. 4.2) s'impose par sa logique, dans la mesure où l'activité d'accordéoniste et de "show man" antérieurement exercée par le recourant n'apparaît clairement plus exigible au vu de son atteinte à la santé. L'activité exigible est expliquée et justifiée par le praticien au vu des constatations médicales qu'il a retenues. Face à cela, force est de constater que le neurochirurgien traitant, auquel se réfère le recourant lorsqu'il fait valoir une capacité de travail résiduelle limitée à 50%, n'a motivé que superficiellement son estimation, en indiquant qu'il serait souhaitable que son patient adapte son programme de "show man" à son handicap, mais ne s'est nullement exprimé quant à une autre activité mieux adaptée à l'état de santé de son patient. Il en va de même de l'estimation de l'assurance-maladie perte de gain invoquée dans les observations du 22 octobre 2017 et rappelée dans le recours: cette estimation s'appliquait à l'incapacité de travail dans l'ancienne activité et non dans un travail adapté. Concernant le début d'ostéoporose allégué dans les observations et dans le recours, le recourant ne l'a étayé par aucune pièce médicale. Quoi qu'il en soit, le recourant n'expose pas non plus quelle restriction pourrait résulter de ce diagnostic qui ne serait pas déjà comprise dans le profil d'exigibilité défini par le SMR.

Au vu de ce qui précède, il convient dès lors d'admettre une pleine valeur probante à l'évaluation de la capacité de travail du recourant, telle qu'elle a été décrite par le médecin du SMR. Cela étant, contrairement à ce que voudrait le recourant, il n'y a pas lieu de procéder à des investigations médicales supplémentaires, qui s'avèrent superflues.

## **6.**

**6.1** Le recourant, en conclusion de son recours, allègue qu'aucun employeur n'engagerait un travailleur soumis au profil d'exigibilité très restrictif défini par le SMR. En effet, selon la jurisprudence, il ne faut pas subordonner la concrétisation des possibilités de travail et des perspectives de gain à des exigences excessives (ATF 138 V 457 c. 3.1; SVR 2017 IV n° 64 c. 4.1, 2008 n° 62 c. 5.1). D'après ces critères, on déterminera si,

dans les circonstances concrètes du cas, l'invalidé a la possibilité de mettre à profit sa capacité résiduelle de gain, et s'il peut ou non réaliser un revenu excluant le droit à une rente (ATF 110 V 273 c. 4b; RCC 1991 p. 329 c. 3b). Il s'ensuit que pour évaluer l'invalidité, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si une personne invalide peut être placée eu égard aux conditions concrètes du marché du travail, mais uniquement de se demander si elle pourrait encore exploiter économiquement sa capacité de travail résiduelle lorsque les places de travail disponibles correspondent à l'offre de la main-d'œuvre sur un marché du travail équilibré (SVR 2016 IV n° 2 c. 4.4).

Cela étant, il faut admettre que la situation du recourant ne constitue pas un obstacle insurmontable pour trouver une place sur un marché équilibré du travail. Le profil décrit par le SMR (voir 5.2 in fine), énumère certes un certain nombre de restrictions en les détaillant. Ces limitations de maintien ou répétition de positions fixes ou peu habituelles, de charges ou de déplacements sur sol inégal, instable (échelles) ou sur des escaliers concernent toutefois beaucoup de personnes (problèmes de dos, articulaires, obésité, déconditionnement). Les handicaps du recourant, même au regard de l'ensemble de sa situation, ne permettent pas d'évoquer une activité possible uniquement sous une forme tellement restreinte que le marché du travail équilibré ne la connaît pas ou qu'elle nécessiterait des concessions irréalistes de la part d'un employeur moyen, et que de ce fait, il semble d'emblée exclu de trouver un emploi correspondant (SVR 2011 IV n° 6 c. 4.2.4, 2008 IV n° 62 c. 5.2). Du reste, le recourant, lorsqu'il conclut que ses limitations lui valent au minimum une demi-rente d'invalidité, admet lui-même que des possibilités d'emplois lui restent ouvertes. L'argument d'inexigibilité de mise à profit de sa capacité de travail résiduelle par le recourant ne peut donc pas être approuvé.

**6.2** Par ailleurs, les griefs du recourant concernant l'évaluation du degré d'invalidité effectuée par l'enquêteur du SE dans son rapport du 20 juin 2017 ne sauraient influencer en sa faveur sur l'issue du présent litige. Certes, il faut reconnaître que c'est à tort que le SE, dans son rapport, a déclaré faire application de la méthode extraordinaire d'évaluation de l'invalidité. En effet, le procédé mis en œuvre par le SE représente en réalité une

comparaison des revenus sans et avec invalidité selon la méthode ordinaire. La seule particularité du cas d'espèce consiste dans la manière de déterminer le revenu sans invalidité du recourant, à savoir sur la base de salaires statistiques de l'ESS plutôt que d'après les revenus réalisés par le recourant dans son activité habituelle. Il faut souligner en l'occurrence que le choix de ladite méthode se justifie par le fait que les revenus soumis à cotisations sociales enregistrés au CI, ne paraissent pas comprendre l'ensemble des rémunérations du travail du recourant, lui-même prétend du reste qu'il réalisait un certain nombre de prestations à l'étranger. Les décomptes comptables produits après coup par le recourant au cours de la présente procédure de recours de droit administratif n'y changent rien; très peu détaillés, ils font état de revenus annuels fragmentés qu'on ne peut considérer comme représentatifs. Or le recourant n'a jamais fourni de comptabilité complète, ni d'autres indications concrètes convaincantes concernant d'autres revenus supplémentaires de son activité indépendante, que ce soit des rétributions de ses prétendues prestations à l'étranger ou des produits de la vente et de la réparation d'accordéons autres que les décomptes succincts fournis en cours de procédure.

**6.3** Pour ces raisons, c'est à bon droit que le SE a évalué le *revenu sans invalidité* du recourant en attribuant à chacun des champs d'activités de celui-ci, choisis de manière convaincante, un revenu statistique émanant de la catégorie de l'ESS se rapportant au champ d'activité respectif concerné, dans la mesure où les revenus du recourant ressortant du dossier manquent à l'évidence de toute fiabilité. On relèvera aussi que la jurisprudence a confirmé la justification de la prise en compte des salaires statistiques provenant de l'ESS non seulement pour le revenu d'invalide, mais également, sous certaines conditions, pour établir le revenu sans invalidité, à savoir lorsque des indices concrets déterminants font défaut pour fixer le revenu réalisable sans atteinte à la santé. L'ESS n'est toutefois déterminante qu'en corrélation avec les circonstances personnelles et professionnelles influençant la fixation du salaire de la personne assurée dans le cas concret (ATF 144 I 103 c. 5.3; TF I 517/02 du 30 octobre 2002 c. 1.2). Or en l'espèce, force est de reconnaître que le SE a procédé à l'estimation du revenu sans invalidité du recourant d'une manière en tous points appropriée aux circonstances, en prenant en

compte pour chaque champ d'activité (défini selon les déclarations du recourant lors de l'enquête) le revenu correspondant d'une branche économique équivalente de l'ESS (voir ci-dessus c. 4.3). Le revenu sans invalidité ainsi déduit (Fr. 70'602.- en 2016) est du reste largement supérieur aux revenus soumis à cotisations sociales figurant dans le CI (enregistrement seulement depuis 2006; 2006: Fr. 20'000.-, 2007 à 2011: Fr. 4'406.- à Fr. 4'612.-; 2012: Fr. 16'400.-; 2013: Fr. 15'800.-). Il correspond aussi à un gain mensuel dépassant largement celui assuré par l'assurance-maladie perte de gain (Fr. 54'750.-).

**6.4** En ce qui concerne le *revenu d'invalidé*, étant donné que l'activité antérieure d'accordéoniste professionnel et de "show man" du recourant n'est plus considérée comme exigible, mais qu'une autre activité adaptée doit être considérée comme étant exigible à plein temps, avec une limitation de rendement de 20%, conformément au profil établi par le médecin du SMR, c'est aussi à bon droit que le SE a évalué le revenu d'invalidé, non pas en reprenant les mêmes champs d'activités que lors de l'estimation du revenu sans invalidité, mais en se basant sur l'ESS. En effet, avant qu'elle ne demande des prestations d'assurances sociales, la personne assurée doit, en vertu de son obligation de diminuer le dommage, entreprendre tout ce qui est en son pouvoir pour atténuer le mieux possible les conséquences de l'invalidité. C'est pourquoi la personne assurée n'a pas droit à une rente lorsqu'elle serait en mesure, au besoin en changeant de profession, d'obtenir un revenu excluant une invalidité ouvrant droit à une rente. Il y a lieu d'interpréter la notion juridique indéterminée d'activité exigible au regard de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas concret. Cela vaut également en cas de passage d'une activité lucrative exercée depuis des années à une activité cas échéant mieux adaptée sur le marché de l'emploi à l'atteinte physique présente, ou même en cas d'abandon d'une activité exercée comme indépendant dans sa propre entreprise. 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 prises en compte l'existence d'un marché du travail équilibré et la durée prévisible des rapports de travail

(SVR 2017 UV n° 45 c. 3.3.1). Ce n'est qu'à des conditions strictes que l'on peut considérer que la cessation d'une entreprise ne constitue pas une mesure raisonnablement exigible; en particulier, l'activité exercée jusqu'alors ne doit pas être poursuivie aux coûts de l'assurance-invalidité, même si la personne assurée effectue un travail d'une certaine importance économique (SVR 2018 IV n° 16 c. 3.1.2). En l'occurrence, une évaluation du revenu avec invalidité en fonction d'une base statistique salariale se justifie d'autant plus que le recourant fait valoir lui-même qu'il n'est plus en mesure d'exploiter la société créée par son père et que celle-ci est en voie de liquidation.

Cela étant, c'est à bon droit que le SE s'est fondé sur l'ESS 2014 (dernière publication de l'ESS disponible au moment où la décision contestée a été rendue, l'ESS 2016 n'ayant été publiée qu'ultérieurement par l'OFS; ATF 143 V 295 c. 2.3 et 4.1) dans l'évaluation du revenu d'invalidité, en ayant recours au salaire statistique correspondant au niveau de compétence le plus bas dans le secteur privé, soit le niveau 1 (lettre circulaire AI n° 328 du 22 octobre 2014 publiée par l'OFAS).

**6.5** Pour effectuer la comparaison des revenus et fixer le degré d'invalidité du recourant, il y a donc lieu en l'occurrence de se fonder sur le revenu sans invalidité tel qu'il a été estimé par le SE, sous réserve toutefois de son indexation à l'année 2016.

En effet, si c'est bien à bon droit que l'année 2016 a été prise comme année de référence (moment hypothétique de la naissance du droit à la rente; en l'occurrence, demande déposée le 2 avril 2016; art. 29 al. 1 LAI: naissance du droit à la rente au plus tôt six mois plus tard), le SE n'a en revanche pas exposé, dans son rapport du 20 juin 2017, comment il a procédé à l'indexation en 2016 des revenus sans et avec invalidité provenant de l'ESS 2014. Le montant de Fr. 680.- ajouté à ce titre par le SE au revenu annuel sans invalidité de Fr. 69'922.- n'est pas reconstituable. A cet égard, il y a lieu de fonder l'indexation des revenus pris en compte sur la table T39, "Evolution des salaires nominaux, des prix à la consommation et des salaires réels" publiée par l'OFS, colonne hommes, indices [base 1939 = 100] 2014 = 2'220 et 2016 = 2'239).

En partant du revenu sans invalidité précité de Fr. 69'922.- établi par le SE, on aboutit ainsi à un revenu hypothétique sans invalidité déterminant en 2016 de Fr. 70'520.-. Ce résultat, correspondant selon l'ESS à une durée de travail hebdomadaire de 40 heures, doit encore être adapté à la durée normale du travail dans les entreprises en 2016, soit 41,7 heures par semaine (ATF 126 V 75 c. 3b/bb), ce qui correspond à une somme de Fr. 73'517.- (Fr. 70'520.- x 41,7 / 40).

Pour ce qui est du revenu d'invalidé, il convient en l'espèce d'avoir recours au salaire statistique annuel selon l'ESS 2014 de Fr. 63'744.- (table TA1, secteur privé, total, hommes, niveau 1, Fr. 5'312.- par mois 12 fois l'an). Indexé à 2016 d'après la table T39 précitée, le montant en question est de Fr. 64'290.-. En adaptant encore cette somme à la durée hebdomadaire normale du travail en 2016 de 41,7 heures, on obtient une somme de Fr. 67'022.- (Fr. 64'290.- x 41,7 / 40), de laquelle il y a encore lieu de retrancher 20% en fonction de la limitation de rendement retenue par le médecin du SMR dans le profil d'activité. On parvient de ce fait à un salaire hypothétique d'invalidé de Fr. 53'618.-.

Le SE a encore retranché du revenu d'invalidé un abattement supplémentaire de 10%. D'après la jurisprudence, il faut tenir compte du fait que le travailleur invalide, lorsqu'il accomplit un travail non qualifié, reçoit en règle générale, même sur un marché du travail équilibré, un salaire inférieur à celui d'un salarié valide, car son rendement est en général inférieur en raison de son handicap; il convient dès lors de procéder à un abattement sur le revenu statistique pris en compte (ATF 134 V 322 c. 5.2, 129 V 472 c. 4.2.3). 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) et résulte d'une évaluation dans les limites du pouvoir d'appréciation. Un abattement global maximal de 25% sur le salaire statistique permet de tenir compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative (ATF 135 V 297 c. 5.2, 134 V 322 c. 5.2; SVR 2018 IV n° 46 c. 3.3). Il est à noter que les restrictions de santé déjà intégrées dans l'évaluation de la capacité de

travail au plan médical ne peuvent être également prises en compte dans la fixation de l'abattement lié au handicap, sous peine de donner lieu à une double comptabilisation du même aspect (SVR 2018 IV n° 45 c. 2.2). En l'occurrence, au vu des circonstances du cas d'espèce, bien que la perte de rendement médicale et la prise en considération du niveau 1 de l'ESS tiennent déjà compte des handicaps, que le temps de présence au travail ne soit pas limité et que le recourant ne rencontre pas de problème d'intégration, un abattement de 10% se justifie de par le changement de profession que l'activité adaptée lui impose, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'intervenir sur ce point dans le pouvoir d'appréciation dont dispose l'intimé. En retranchant donc un abattement de 10%, on obtient un revenu d'invalidité déterminant de Fr. 48'256.-.

**6.6** En conséquence, il convient de comparer en l'espèce le revenu d'invalidité précité de Fr. 48'256.- avec le revenu sans invalidité déterminé plus haut de Fr. 73'517.-. On obtient ainsi une perte de gain de Fr. 25'261.- et, partant, un degré d'invalidité de 34% (arrondi), inférieur à la limite de 40% ouvrant le droit à une rente d'invalidité (voir ci-dessus c. 2.2).

## **7.**

**7.1** Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté.

**7.2** Le recourant n'obtenant pas gain de cause, les frais de la présente procédure, fixés à un émolument forfaitaire de Fr. 800.-, doivent être mis à sa charge (art. 69 al. 1<sup>bis</sup> LAI). Ils sont compensés avec l'avance de frais fournie.

**7.3** Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens au recourant (art. 61 let. g LPGA a contrario).

**Par ces motifs:**

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais de la présente procédure, fixés forfaitairement à Fr. 800.-, sont mis à la charge du recourant et compensés avec son avance de frais.
3. Il n'est pas alloué de dépens.
4. Le présent jugement est notifié (R):
  - au mandataire du recourant,
  - à l'intimé,
  - à l'Office fédéral des assurances sociales.

La présidente:

Le greffier:

**Voie de recours**

Dans les 30 jours dès la notification de ses considérants, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).