

**200.2019.28.AI**  
N° AVS  
DEJ/REN

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

**Jugement du 4 mai 2020**

Droit des assurances sociales

C. Meyrat Neuhaus, présidente  
M. Moeckli et C. Tissot, juges  
J. Desy, 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 30 novembre 2018



**En fait:**

**A.**

A. \_\_\_\_\_, né en 1980, célibataire, est arrivé en Suisse en 1984 et bénéficie d'une autorisation d'établissement (permis C). Sans formation certifiée, il a travaillé dans le domaine de la jardinerie/paysagisme dans l'entreprise de son père, qui a d'abord été reprise par son frère, puis en s'associant à ce dernier dans une société en nom collectif (voir registre du commerce en ligne). Le prénommé s'est trouvé en incapacité de travail depuis le 27 juillet 2016, puis a recommencé à travailler à 20% dès le 8 mars 2017 dans le domaine administratif de la société. Il a déposé le 22 juin 2017 une demande de prestations de l'assurance-invalidité (AI) en expliquant qu'un "disque est sorti et les vertèbres se touchent ce qui bloque [son] dos" et que sa profession impose le port de charges lourdes, précisant également souffrir de ces atteintes depuis 2016. L'Office AI Berne a alors convoqué le prénommé à un entretien, puis a édité le dossier de l'assureur perte de gain en cas de maladie et requis des rapports médicaux auprès du médecin généraliste traitant. Par la suite, l'Office AI Berne a pris conseil auprès de son Service médical régional Berne/Fribourg/Soleure (SMR), puis, après avoir reçu des rapports comptables relatifs à la société précitée, a requis un rapport auprès de son Service des enquêtes, qui l'a établi en novembre 2017. Dans son préavis du 12 décembre 2017, l'Office AI Berne a communiqué à l'assuré qu'il envisageait de lui octroyer un quart de rente d'invalidité dès le 1<sup>er</sup> décembre 2017 en raison d'un taux d'invalidité de 47%.

**B.**

L'assuré, représenté par un mandataire professionnel, a présenté des observations contre le préavis précité et a produit à leur appui un certificat médical du généraliste traitant et un rapport comptable. L'Office AI Berne, après avoir pris conseil auprès de son SMR et actualisé le rapport d'enquête a alors, par décision du 30 novembre 2018, confirmé la teneur

de son préavis, à savoir l'octroi d'un quart de rente d'invalidité depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2017.

### **C.**

Par acte du 14 janvier 2019, l'assuré, représenté par le même mandataire professionnel, a recouru auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA) contre la décision précitée en concluant, sous suite des frais et dépens, à son annulation et, principalement, à l'octroi d'une rente d'invalidité supérieure à un quart de rente en ordonnant cas échéant les mesures d'instruction utiles, ou, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'Office AI Berne pour instruction complémentaire et nouvelle décision au sens des considérants.

Le 27 février 2019, l'Office AI Berne a conclu au rejet du recours, sous suite de frais et dépens.

Dans sa réplique du 18 mars 2019, le recourant a confirmé en tous points ses conclusions et motifs. Le 8 avril 2019, l'Office AI Berne a renoncé à dupliquer et maintenu ses conclusions. La note d'honoraires du mandataire du recourant a été adressée au TA le 29 avril 2019.

### **En droit:**

#### **1.**

**1.1** La décision du 30 novembre 2018 représente l'objet de la contestation; elle ressortit au droit des assurances sociales et accorde au recourant un quart de rente d'invalidité. L'objet du litige porte quant à lui sur l'annulation de cette décision et l'octroi d'une rente d'invalidité supérieure à un quart de rente ou au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour instruction complémentaire et nouvelle décision. Sont particulièrement critiqués l'instruction médicale du dossier effectuée par l'Office AI Berne

(dès lors que les avis déterminants émanent de médecins qui ne sont pas indépendants et qui n'ont pas examiné personnellement le recourant), l'exigibilité d'un abandon par le recourant de l'activité dans l'exploitation familiale et l'absence complète d'abattement sur le revenu statistique d'invalidé.

**1.2** Interjeté en temps utile, 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 légitimé, 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] et art. 15 et 74 ss de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 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 Tribunal 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 al. 1 LPGA). L'incapacité de gain consiste en la 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 al. 1 LPGA). Contrairement à l'incapacité de travail, est déterminante ici, 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). Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence 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).

**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 LPGA) d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable et qui au terme de cette année est invalide (art. 8 LPGA) à 40% au moins (let. b et c). Selon 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.

### **2.3**

**2.3.1** 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).

**2.3.2** 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 preuves 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).

### **3.**

**3.1** Les thèses des parties sont les suivantes.

**3.1.1** L'Office AI Berne a octroyé un quart de rente d'invalidité en se basant sur l'évaluation de son SMR, qu'il considère comme probante car intégrant tous les avis médicaux au dossier, du reste pas véritablement en contradiction avec l'appréciation retenue. A ses yeux, le profil d'activité défini par le SMR, à savoir une capacité de travail entière dans une activité exigible avec toutefois une diminution de rendement de 20%, tient compte des empêchements vécus par le recourant, ainsi que du besoin de pauses supplémentaires, et rien ne permet de procéder encore en plus à un abattement. L'Office AI Berne a également expliqué que les considérations personnelles et familiales ne permettent pas de remettre en cause l'exigibilité d'un changement d'activité professionnelle afin d'exploiter au mieux la capacité de travail résiduelle. Il estime que ce n'est pas à l'AI de financer la perte de gain si l'entreprise familiale ne peut offrir une activité permettant cette mise à profit de la force de travail encore exploitable.

**3.1.2** Le recourant conteste quant à lui l'appréciation émise par le médecin du SMR, qui a été rendue uniquement sur la base du dossier et se réfère notamment à un avis donné également sur dossier par le médecin conseil de l'assurance perte de gain, pas non plus indépendant. Ces avis ne font, selon le recourant, pas le poids face aux évaluations des médecins traitants. Par ailleurs, il fait valoir que le profil d'activité prétendument adaptée retenu par l'Office AI Berne n'est pas compatible avec l'entreprise familiale. Il en déduit qu'un travail correspondant à ce profil n'est pas exigible de sa part, dès lors qu'il ne trouverait pas d'emploi adéquat sur le marché équilibré du travail en dehors de l'entreprise familiale en raison de son maigre bagage scolaire et de sa personnalité. Par ailleurs, son frère et associé ne parviendrait pas à le remplacer, ce qui engendrerait la fin de la société familiale. Finalement, le recourant fait valoir qu'un abattement supplémentaire s'impose sur le revenu d'invalidé réalisable, notamment en

raison des déficits fonctionnels, du changement d'activité professionnelle et du temps partiel.

**3.2** Les faits principaux ressortant du dossier sont les suivants.

**3.2.1** Sur les plans personnel et professionnel, le recourant a effectué sa scolarité en Suisse, puis a travaillé dans l'entreprise de paysagisme de son père, puis frère, avant de s'associer avec ce dernier (inscription au registre du commerce du [...]), sous la forme d'une société en nom collectif.

**3.2.2** Le 15 août 2017, l'assureur perte de gain en cas de maladie du recourant a transmis à l'Office AI Berne le dossier le concernant. Ce dossier comprend notamment un rapport du 16 juin 2017 du médecin généraliste traitant du recourant, lequel a diagnostiqué une hernie discale L5/S1 paramédiane droite avec compression de la racine de S1 (ch. G55.1 selon la Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes [CIM-10] de l'organisation mondiale de la santé [OMS]), a prescrit de la physiothérapie à vie et a considéré qu'un travail assis sans effort physique serait possible. Le médecin avait joint à son envoi un rapport du 23 février 2017 issu d'un médecin spécialisé en neurologie, lequel avait proposé le diagnostic repris par le médecin généraliste traitant et la continuation d'un traitement conservateur (exacerbations des douleurs liées à l'ampleur des sollicitations). Le 11 juillet 2017, le médecin conseil de l'assureur précité a considéré, pour peu que son écrit soit lisible, que la capacité de travail du recourant était complète dans un travail léger, ce depuis le 16 juin 2017, sauf si une opération ou un blocage du dos devait avoir lieu, en quel cas une expertise serait nécessaire. Sur la base de ce dernier rapport, l'assureur perte de gain en cas de maladie a, par courrier du 19 juillet 2017, mis fin aux prestations versées au 30 novembre 2017.

**3.2.3** Le 16 septembre 2017, le généraliste traitant du recourant a adressé un rapport médical à l'Office AI Berne. Il a réitéré le diagnostic déjà énoncé, à savoir une hernie discale L5/S1 paramédiane droite avec compression de la racine S1 droite (CIM-10 G55.1) existant depuis juin 2016 et a précisé qu'une IRM avait été effectuée le 28 juillet 2016. Le médecin a également souligné l'existence d'une ostéochondrose L5/S1, et

a précisé que le recourant l'avait consulté en juillet 2016 pour une douleur au dos depuis 6-7 semaines du côté gauche irradiant à la fesse et à la face antérieure de la cuisse droite, de même que pour des antécédents de douleur au dos pendant une semaine chaque année depuis trois ans. Le généraliste a indiqué la nécessité d'un traitement de physiothérapie à vie et a estimé que la capacité de travail était inexistante du 27 juillet 2016 au 7 mars 2017 mais qu'une reprise du travail satisfaisante, dans une activité sans effort physique, avait eu lieu à 20% depuis le 8 mars 2017.

**3.2.4** Le 17 octobre 2017, l'Office AI Berne a recueilli un rapport médical provenant de son SMR. Un spécialiste en médecine interne et en rhumatologie de ce service a diagnostiqué, sur dossier, un syndrome lombo-spondylogène sur ostéochondrose L5/S1. Le médecin a précisé que la hernie découverte lors de l'IRM constituait une découverte fortuite car les maux décrits par les médecins traitants ne pouvaient pas être expliqués par celle-ci. Il a ainsi considéré l'existence d'une lésion dégénérative – sans amélioration possible – avec possible irradiation spondylogène pouvant expliquer les douleurs. Le médecin a retenu une capacité de travail complète dans une activité légère avec des positions changeantes, toutefois avec une diminution de rendement de 20%. Quant au profil, le médecin a recommandé l'absence de position fixe, de travail au niveau des épaules ou de port de charges loin du corps, d'activités répétées en flexion du corps ou en position agenouillée/accroupie ou en terrain instable, ou d'un travail comportant des échelles ou des échafaudages, ou encore, finalement, d'un travail s'effectuant dans des cages d'escaliers.

**3.2.5** A l'appui de ses observations, le recourant a produit un nouveau document établi à la demande de son mandataire, daté du 5 septembre 2017, de son généraliste traitant, lequel a exprimé son désaccord quant à l'avis exprimé par le médecin du SMR et souligné qu'il croyait son patient lorsque celui-ci lui indiquait ne pas pouvoir travailler plus de 20 % sans effort physique. Dans sa prise de position du 13 juillet 2018, après que le recourant avait finalement renoncé à présenter un rapport médical de son neurologue traitant dans le cadre de la procédure d'observation, le SMR, par le même médecin, a confirmé le contenu de son rapport médical préexistant.

#### **4.**

Pour rendre la décision dont est recours, l'Office AI Berne s'est principalement basé, sur le plan médical, sur le rapport de son SMR (voir ci-avant c. 3.2.4).

#### **4.1**

**4.1.1** 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 professionnels (ATF 140 V 193 c. 3.2; SVR 2017 IV n° 75 c. 4.1.1).

**4.1.2** 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).

**4.1.3** Les rapports du SMR (art. 49 du règlement fédéral du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité [RAI, RS 831.201]) ne constituent pas des expertises au sens de l'art. 44 LPGA. 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; arrêt du Tribunal fédéral [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, dès lors qu'ils satisfont aux exigences définies par la jurisprudence en la matière, y compris en ce qui concerne les qualifications médicales requises (TF 9C\_105/2009 du 19 août 2009 c. 4.2; SVR 2009 IV n° 53 c. 3.3.2 [passage de texte non publié du c. 3.3.2 de l'ATF 135 V 254 = TF 9C\_204/2009]). Les médecins du SMR sont donc parfaitement fondés à s'appuyer sur le dossier médical pour évaluer les conditions médicales du droit aux prestations. Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit principalement d'apprécier un état de fait médicalement établi et que la confrontation directe du médecin avec la personne assurée passe au second plan (TF 9C\_323/2009 du 14 juillet 2009 c. 4.3.1 et références). Sous l'angle de l'appréciation des preuves, il y aura néanmoins lieu de poser des exigences plus sévères lorsqu'un cas d'assurance est tranché sans qu'une expertise externe soit ordonnée par l'AI. En particulier, les rapports des médecins traitants remis par la personne assurée devront alors également être pris en considération. Si les 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 la position contractuelle de ce dernier (ATF 125 V 351 c. 3b/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 LPGA (ATF 135 V 465 c. 4.4-4.6). Dans l'examen de la force probante, il est avant tout important que le rapport du SMR soit complet au niveau du contenu et que son résultat soit concluant, points à analyser lors de l'examen matériel (voir

ci-après; TF 8C\_819/2013 du 4 février 2014 c. 3.3; 8C\_942/2009 du 29 mars 2010 c. 5.2).

**4.2** Le recourant fait grief à l'Office AI Berne de s'être basé sur une évaluation du SMR non probante ou insuffisante, car s'avérant en contradiction crasse avec l'appréciation de la capacité de travail donnée par son généraliste traitant.

**4.2.1** En l'occurrence, on peine à comprendre l'argument présenté par le recourant. Il faut au contraire souligner le soin apporté par le médecin du SMR à établir une synthèse des différents rapports médicaux au dossier, qui ne sont finalement pas si nombreux. Le spécialiste en médecine interne et en rhumatologie du SMR a ainsi pris position de manière convaincante à leur propos. En substance, il a ainsi pu expliquer que la hernie discale mise en évidence à l'occasion de l'IRM réalisée en 2016 ne constitue qu'une découverte fortuite, dans la mesure où l'irradiation de la racine S1 mentionnée par le spécialiste en neurologie n'explique pas la symptomatologie irradiant antérieurement (et non postérieurement) dans le membre inférieur. Dans cette mesure, il a retenu que la hernie discale n'engendrait pas de conséquence sur le plan clinique, mais qu'il existait des troubles dégénératifs, avec une possible irradiation spondylogène, sous forme d'une ostéochondrose L5/S1 avec une micro-instabilité locale. Certes, en considérant que la hernie discale ne déployait pas de conséquence, le médecin du SMR s'est en partie éloigné des constats médicaux donnés par les médecins traitants, mais les explications médicales apportées se recoupent en très grande partie avec les appréciations données par les médecins traitants, et surtout, sur les conséquences des atteintes dégénératives. Par ailleurs, on peut relever que les médecins traitants n'ont pas contesté l'appréciation médicale donnée par le médecin du SMR. Notamment dans le cadre des observations formulées à l'encontre du préavis, le généraliste traitant se limite à contester la capacité de travail retenue par le médecin du SMR et renvoie à l'avis du neurologue en constatant que la physiothérapie et la réduction du temps de travail sans effort avaient permis de stabiliser la maladie sans prise médicamenteuse. Or, finalement, après avoir requis plusieurs prolongations de délai, le recourant a renoncé à présenter un

rapport médical de son neurologue en procédure d'observations. En tout état de cause, le médecin du SMR n'a pas non plus ignoré le caractère invalidant des ménagements que ce diagnostic dégénératif impose, si bien qu'il a attesté une incapacité complète de travail dans l'activité de paysagisme exercée jusqu'alors.

**4.2.2** Quant à la capacité de travail attestée par le médecin du SMR, à savoir 100%, avec toutefois une diminution de rendement de 20% en raison du besoin d'un nombre de pauses augmenté lié aux troubles dégénératifs, elle n'est remise en question que par le médecin généraliste traitant, qui ne fait toutefois que valoir qu'il croit le recourant lorsque celui-ci lui expose qu'il ne peut travailler à davantage que 20% dans une activité adaptée. Cette appréciation ne repose ainsi que sur les déclarations subjectives du recourant et non sur une véritable appréciation médico-théorique de la capacité de travail résiduelle existante. Du reste, le généraliste conseille de prendre l'avis du neurologue et constate que la solution d'un travail à 20% trouvée dans l'entreprise familiale était favorable (voir ci-avant c. 4.2.1), sans se prononcer sur l'exigibilité d'une sollicitation plus intense. Dans cette mesure, c'est logiquement que le SMR a encore confirmé son évaluation après avoir pris connaissance des réponses que le généraliste traitant avait fournies le 5 septembre 2017 au mandataire du recourant en procédure d'observations.

**4.3** Sur le vu de ce qui précède, il apparaît que le rapport de synthèse rédigé par le médecin du SMR emporte la conviction. Sur le plan médical, il faut considérer, avec une vraisemblance prépondérante (degré de preuve requis en droit des assurances sociales: ATF 144 V 427 c. 3.2), que le recourant est ainsi capable de travailler à 100% dans une activité adaptée, avec toutefois une diminution de rendement de 20%.

## **5.**

Il s'agit ainsi d'examiner, sur le plan juridique, les conséquences de la capacité de travail arrêtée ci-avant.

**5.1** A l'instar de l'Office AI Berne, il y a lieu de considérer que le recourant peut bénéficier d'une rente AI au plus tôt depuis le mois de décembre 2017. En effet, quand bien même une incapacité de travail de plus de 40% est attestée depuis le mois de juillet 2016 (art. 28 al. 1 let. b LAI), le recourant n'a déposé sa demande (tardive) de prestation de l'AI qu'au mois de juin 2017, ce qui ouvre le droit à une rente au plus tôt à partir du mois de décembre 2017 (voir art. 29 al. 1 LAI).

**5.2** Le recourant fait tout d'abord valoir que même si la structure de l'entreprise familiale (selon l'estimation de la fiduciaire de celle-ci) ne lui permet pas d'exploiter sa capacité de travail résiduelle théorique à plus de 20%, il ne peut être exigé de sa part qu'il se retire de cette société, car ce départ la mettrait en péril.

**5.2.1** 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 2018 IV n° 61 c. 4.2, 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° 61 c. 4.2, n° 16 c. 3.1.2).

**5.2.2** En l'espèce, le recourant exploite une entreprise de paysagisme/jardinierie avec son frère sous la forme d'une société en nom collectif. Il ressort de différents documents au dossier, dont notamment des rapports issus de la fiduciaire de cette entreprise (en particulier celui adressé le 14 novembre 2017 au mandataire du recourant) que le recourant, compte tenu de ses compétences manuelles, travaillait davantage sur les chantiers (à raison de 55 à 60 heures par semaine selon les déclarations faites lors de l'enquête sur l'activité indépendante) alors que son frère était responsable de l'aspect administratif de l'entreprise. Du fait de l'atteinte à la santé vécue par le recourant, l'organisation de la société a dû être revue, le recourant ne travaillant plus que sporadiquement et dans une très faible mesure au sein de la société, étant entendu par ailleurs qu'il n'a ni affinité pour l'administration, ni le niveau scolaire adéquat. Il est indéniable que la situation est délicate tant pour l'entreprise, qui se voit privée d'une force de travail, que pour le frère valide, qui doit augmenter son temps de travail, y compris en se rendant sur les chantiers de l'entreprise. Il est également indéniable que, cas échéant, trouver un acquéreur pour remplacer le recourant ne sera pas aisé, du fait de la spécificité de cette entreprise familiale. Pour autant, considérer qu'il n'est pas exigible de la part du recourant qu'il quitte cette entreprise ne peut être admis. Etant admis que le recourant, qui dispose encore d'une longue période de vie active jusqu'à la retraite, ne peut mettre à profit qu'une toute petite part (estimée à 20%) de sa capacité résiduelle de travail (arrêtée à 80% y compris perte de rendement dans une activité adaptée) dans cette entreprise, il doit être exigé de sa part, sous l'angle de son obligation de diminuer le dommage, d'entreprendre tout ce qui est en son pouvoir pour atténuer les conséquences de son atteinte à la santé, en l'occurrence trouver un emploi adapté à ses handicaps (TF 9C\_578/2009 du 29 décembre 2009 c. 4.2). Certes, le fonctionnement de la société en nom collectif du recourant et de son frère pourrait être touché par l'éventuel départ du recourant de celle-ci, mais admettre qu'il est inexigible de sa part de quitter l'entreprise reviendrait finalement à ce que l'AI soutienne

financièrement l'entreprise, ce qui n'est pas son rôle. Si l'on peut comprendre, sur le plan humain et social, la difficulté engendrée pour la société par l'atteinte à la santé du recourant, sur le plan juridique, ce n'est pas à l'AI de supporter les conséquences financières de cette atteinte sur l'entreprise. Comme le fait valoir l'intimé dans sa réponse, l'octroi d'une rente et son niveau doivent être fixés en fonction de l'activité objectivement raisonnablement exigible et ne peuvent l'être sur la base de la part de bénéfice que les associés décident de s'attribuer. L'AI n'exige pas de l'assuré qu'il vende sa part financière, mais calcule le taux d'invalidité en fonction d'une pleine mise en valeur de la capacité de travail résiduelle que ce soit dans l'entreprise ou hors de celle-ci ou en complétant son activité dans l'entreprise par un autre emploi.

**5.3** Il s'agit ensuite de déterminer le degré d'invalidité du recourant en procédant à une comparaison des revenus de valide et d'invalides.

#### **5.3.1**

**5.3.1.1** La comparaison des revenus s'effectue, en règle générale, en chiffrant aussi exactement que possible les montants des deux revenus hypothétiques et en les comparant l'un avec l'autre, la différence permettant de calculer le taux d'invalidité. Dans la mesure où ces revenus ne peuvent être chiffrés exactement, ils doivent être estimés d'après les éléments connus dans le cas particulier, après quoi l'on compare entre elles les valeurs approximatives ainsi obtenues (méthode générale de comparaison des revenus; ATF 128 V 29 c. 1, 104 V 135 c. 2b; SVR 2019 BVG n° 16 c. 4.4.2).

**5.3.1.2** Pour procéder à la comparaison des revenus, il convient de se placer au moment (hypothétique) de la naissance du droit à la rente; les revenus avec et sans invalidité doivent être déterminés par rapport à une même période et les modifications de ces revenus susceptibles d'influencer le droit à la rente survenues jusqu'à la date de la décision être prises en compte (ATF 143 V 295 c. 4.1.3, 129 V 222).

**5.3.2** Il s'agit tout d'abord de déterminer le revenu de valide.

Les données choisies par le Service des enquêtes comme bases de son calcul du revenu de valide ne sont, à raison, pas véritablement remises en question par le recourant. En l'espèce, compte tenu des fluctuations importantes des bénéficiaires de la société, il se justifie pleinement de se fonder sur la moyenne de la part des revenus de la société dévolus au recourant des cinq dernières années ayant précédé l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité. C'est à raison qu'il n'a pas été tenu compte du revenu réalisé par le recourant en 2016, dès lors, d'une part, que celui-ci était déjà en incapacité de travail pendant une partie de cette année-là et que l'entreprise a déjà perçu, en conséquence, des indemnités journalières, et, d'autre part, que l'entreprise a vendu en 2016 un bien immobilier et a ainsi réalisé un important chiffre d'affaires à qualifier d'extraordinaire. Il est également correct d'indexer ces revenus à 2017, année où un éventuel droit à une rente AI a pu naître (voir ci-avant c. 5.1). En revanche, on ne peut pas se rallier au mode d'indexation de l'enquêteur. Il a additionné les parts de revenus du recourant déduites des résultats comptables de 2011 à 2015 et a divisé cette somme par cinq pour arriver à une moyenne Fr. 100'436.-. Après indexation à 2017 (en se référant à un index Q2 qui ne permet pas de reconstituer quelle table d'indice de salaires a été utilisée), il en résulte un montant de Fr. 101'326.- (même en indexant la moyenne 2011-2015 de 2015 à 2017 – opération d'une logique difficilement défendable – que l'on prenne une table d'indexation fondée sur l'année 1939 = 100, 1993 = 100 ou 2010 = 100, on arrive à un montant plus élevé). En réalité, il convenait d'indexer les revenus de chacune des années à 2017, d'additionner ces montants indexés et de diviser le total par cinq. En procédant ainsi, sur la base des données (en ligne) concernant l'évolution des salaires de l'Office fédéral de la statistique (OFS), plus spécifiquement la table T1.1.10, Indice des salaires nominaux, hommes, 2011-2018 (2010 = 100: sont ici en cause les années 2011 à 2017), valeur "Total", on arrive à un revenu sans invalidité moyen indexé de Fr. 102'855.70.

### **5.3.3** Il s'agit ensuite de déterminer le revenu d'invalidé.

**5.3.3.1** Lorsque, depuis la survenance de l'atteinte à la santé, la personne assurée n'a plus exercé d'activité lucrative, ou du moins plus d'activité exigible adaptée à son état, l'évaluation du revenu d'invalidé peut se

fonder, selon la jurisprudence, sur l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) publiée par l'OFS (ATF 143 V 295 c. 2.2; SVR 2019 IV n° 28 c. 5.1.3; statistiques également disponibles en ligne). L'Office AI Berne s'est ainsi à raison référé aux tables statistiques pour déterminer le revenu d'invalide du recourant. En se rapportant aux tables publiées au moment de l'enquête, le collaborateur de l'Office AI Berne est parti du montant réalisable par un homme dans une activité simple et répétitive, à savoir Fr. 5'312.- (table ESS 2014 TA1, hommes, niveau de compétence 1, valeur "Total"), puis a augmenté ce chiffre en fonction de la durée normale du travail dans les entreprises (table DNT) en 2017, à savoir 41,7 heures (les données ESS sont calculées en fonction d'un horaire standardisé de 40 heures par semaine) et l'a indexé (selon la valeur Q2 non expliquée) à 2017. En tenant compte d'une perte de rendement médicale de 20%, il a abouti à un revenu d'invalide de Fr. 53'671.-. En indexant selon la table T1.1.10 (voir ci-avant c. 5.3.2: 2014 = 103,2; 2017 = 104,6) on arrive à un résultat à 100% de Fr. 67'354.60 (Fr. 5'312.- x 12 mois / 40 heures x 41,7 heures / 103,2 x 104,6) et, donc, un revenu avec invalidité de Fr. 53'883.70 (soit 80% x Fr. 67'354.60) avec la perte de rendement. On notera encore qu'en utilisant la table TA1 ESS 2016, publiée en octobre 2018, juste avant la date déterminante de la décision (ATF 143 V 295 c. 2.3 et c. 4.1.3), la situation ne change pas véritablement, en ce sens que le revenu avec invalidité se monterait, en procédant de la même façon qu'expliqué précédemment, à Fr. 53'699.40 (soit Fr. 5'340.- x 12 mois / 40 heures x 41.7 heures / 104.1 x 104.6 x 80%).

**5.3.3.2** Se pose ensuite la question d'un éventuel abattement à appliquer sur le revenu d'invalide, ce qu'a nié l'Office AI Berne. Il faut en effet 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). Par ailleurs, 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 (TF 8C\_378/2019 du 18 décembre 2019 c. 4.1; SVR 2018 IV n° 45 c. 2.2).

En l'espèce, l'Office AI Berne estime (voir notamment dos. 53/2 et réponse au recours ch. 10) que la perte de rendement de 20% ("en termes de nombre de pauses augmenté en lien avec les troubles dégénératifs") et la prise en compte du niveau de compétence 1 de la table ESS (qui comprend de nombreuses activités peu ou moyennement pénibles) excluent un abattement supplémentaire eu égard au jeune âge du recourant (37 ans lorsque le profil d'exigibilité a été défini par le SMR, 38 ans à la date de la décision; TF 8C\_378/2019 du 18 décembre 2019 c. 7.1) et à la capacité de travail à temps complet (seulement une perte de rendement) dans une activité adaptée peu ou moyennement pénible raisonnablement encore exigible. Il est vrai que ni l'âge du recourant, ni son permis C (il est arrivé en Suisse à l'âge de quatre ans; voir aussi TF 9C\_808/2015 du 29 février 2016 c. 3.5), ni même l'absence de formation certifiée (TF 8C\_378/2019 du 18 décembre 2019 c. 6.2.3) ne constituent des facteurs d'abattement par rapport au niveau 1 de la table ESS. En outre, l'abattement qui peut être consenti, pour les assurés hommes, en raison d'un temps partiel d'une certaine importance (moins de 80%: TF 8C\_740/2014 du 11 février 2015 c. 4.5), ne s'applique en principe pas à la situation de la capacité à plein temps réduite d'une perte de rendement pour besoin augmenté de pauses (SVR 2014 IV n° 37 c. 9.2; à ce sujet, la jurisprudence TF 9C\_808/2015 du 29 février 2016 c. 3.5 citée par le recourant n'est pas convaincante car il s'agit d'un cas où une perte de rendement s'ajoute à une incapacité de travail partielle). S'agissant du niveau 1 ESS, la jurisprudence nie également que le fait qu'un assuré ne

dispose que d'une expérience professionnelle limitée (ici les travaux de chantiers dans le domaine du jardinage/paysagisme) et qu'il doive complètement changer de secteur puisse influencer négativement sur le montant de la rémunération au motif que tout nouveau travail va de pair avec une période d'apprentissage (TF 8C\_227/2017 du 17 mai 2018 c. 5). Les prétendues lacunes scolaires du recourant d'où résulte qu'il n'est pas apte à assumer les travaux administratifs de la société ne sauraient davantage être prises en compte puisque, selon la jurisprudence, même des difficultés linguistiques importantes ne se répercutent pas de façon sensible sur les revenus des activités simples et répétitives (TF 9C\_808/2015 du 29 février 2016 c. 3.4.2). Que le recourant ait toujours œuvré dans le cadre d'une entreprise familiale, même en tant qu'associé (statut indépendant) ne représente pas non plus un argument tendant à détériorer ses prétentions salariales dans les limites des salaires statistiques de la catégorie la plus basse. Dans ce contexte, même un long éloignement du marché du travail ne représente en principe pas un critère d'abattement (TF 9C\_273/2019 du 18 juillet 2019 c. 6.3). Par ailleurs, le TF a également jugé que l'ancien niveau 4, équivalent de l'actuel niveau 1 ESS, qui comprend un grand nombre d'emplois légers à moyennement lourds, couvre les restrictions imposées par un profil exigeant une activité ménageant le dos et les articulations (TF 8C\_97/2014 du 16 juillet 2014 c. 4.2). Toutefois, cet arrêt concernait une assurée (pour les femmes moins de travaux lourds influencent les statistiques) pour laquelle une capacité de travail réduite à 50% avait été fixée en raison de problèmes psychiques et dont l'ancienne profession était encore exigible sous l'angle de ses problèmes dorsaux. De plus, le TF complétait sa motivation de l'absence d'abattement inhérent aux problèmes dorsaux (ceux de main et poignet droits ne causant pas de handicap supplémentaire) par l'argument que tout au plus un tel abattement de 5% pourrait se justifier mais que cela n'avait de toute façon pas d'impact sur le droit à la rente. Dans son principe, la jurisprudence du TF n'accorde un abattement par rapport au niveau 1 ESS que lorsque les assurés sont limités dans leur capacité de travail résiduelle même pour des activités légères d'auxiliaire et le refuse notamment lorsque le profil d'exigibilité permet aussi des travaux moyennement lourds (TF 8C\_560/2018 du 17 mai 2019 c. 5.3.1). Or, l'Office AI Berne, lorsqu'il se réfère à cette jurisprudence, fait abstraction du fait qu'en l'espèce, le profil

d'exigibilité exclut une activité moyennement lourde et impose des tâches uniquement légères assorties de nombreuses restrictions allant au-delà du besoin augmenté de pauses justifiant la perte de rendement de 20% (voir ci-avant c. 3.2.4: activité légère [pas moyennement pénible], position changeante, pas de positions fixes debout ou assise, pas de charges ni travail au niveau des épaules, ni échelle ou échafaudage; flexion, travail à genoux, accroupi, en terrain instable ou sur des escaliers limité). Il s'agit là précisément de handicaps restreignant même l'exercice d'une activité légère d'auxiliaire. Même par rapport à des emplois du niveau 1 ESS, ces handicaps justifient un abattement de 5% à 10% en sus de la perte de rendement de 20% médicalement concédée. On doit admettre que face à une personne en bonne santé, le recourant devrait se satisfaire d'un revenu du niveau 1 ESS diminué de plus que les 20% de sa perte de rendement pour avoir des chances d'obtenir un emploi entrant en considération sur un marché équilibré du travail (TF 8C\_560/2018 du 17 mai 2019 c. 5.3.1 et 5.3.2: exemple impliquant des problèmes dorsaux et une activité légère avec besoin augmenté de pause où le TF admet qu'un abattement de 10% en plus d'une perte de rendement de 30% se justifie).

**5.3.4** Il résulte de ces considérations que la comparaison des revenus de valide et d'invalidé, avec un abattement de 5%, met en évidence une perte de gain de Fr. 51'666.20 (Fr. 102'855.70 – 51'189.50 [95% x Fr. 53'883.70]; ESS 2014) ou de Fr. 51'841.25 (Fr. 102'855.70 – Fr. 51'014.45 [95% x Fr. 53'699.40]; ESS 2016), ce qui engendre une invalidité de 50,23% et de 50,40%, soit, arrondie (ATF 130 V 121 c. 3.2 et 3.3), dans les deux cas, de 50%. La comparaison des revenus de valide et d'invalidé, avec un abattement de 10%, met en évidence une perte de gain de Fr. 54'360.35 (Fr. 102'855.70 – 48'495.35 [90% x Fr. 53'883.70]; ESS 2014) ou de Fr. 54'526.20 (Fr. 102'855.70 – Fr. 48'329.50 [90% x Fr. 53'699.40]; ESS 2016), ce qui engendre une invalidité de 52,85% et de 53,01%, soit, arrondie, de 53% dans les deux cas. Dans toutes les hypothèses, le taux, égal ou supérieur à 50% ouvre le droit à une demi-rente d'invalidité en lieu et place d'un quart de rente d'invalidité (perte de gain x 100 / Fr. 102'855.70).

## **6**

**6.1** Au vu de ce qui précède, le recours est admis et la décision contestée du 30 novembre 2018 annulée dans la mesure où elle n'accordait au recourant qu'un quart de rente d'invalidité. Une demi-rente d'invalidité est allouée au recourant dès le 1<sup>er</sup> décembre 2017. Pour le surplus, le recours est rejeté. L'intimé fera procéder au calcul du montant des rentes dues au recourant.

**6.2** Les frais de la procédure devant le TA, fixés forfaitairement à Fr. 800.-, sont mis à la charge de l'Office AI Berne, qui succombe (art. 69 al. 1<sup>bis</sup> LAI et 108 al. 1 et 2 phr. 2 LPJA; JAB 2009 p. 186 c. 4).

**6.3** Le recourant obtenant gain de cause dans la présente procédure (ATF 137 V 57 c. 2.1, 132 V 215 c. 6.2) et étant représenté par un avocat, a droit au remboursement de ses dépens dans la mesure fixée par le tribunal (art. 61 let. g LPGA et 104 al. 1 LPJA). Ceux-ci, après examen de la note d'honoraires du 29 avril 2019, qui ne prête pas à discussion, compte tenu du gain de cause, de l'importance et de la complexité de la procédure judiciaire, ainsi que de la pratique du TA dans des cas semblables, sont fixés à un montant de Fr. 3'113.50 (honoraires: Fr. 2'842.-; débours: Fr. 48.90.-; TVA: Fr. 222.60).

**Par ces motifs:**

1. Le recours est admis et la décision contestée est annulée dans la mesure où elle n'accorde au recourant pas plus qu'un quart de rente d'invalidité. Une demi-rente d'invalidité est allouée au recourant dès le 1<sup>er</sup> décembre 2017. L'intimé fera procéder au calcul de la prestation. Le recours est rejeté pour le surplus.
2. Les frais de procédure, fixés forfaitairement à Fr. 800.-, sont mis à la charge de l'Office AI Berne. L'avance de frais de Fr. 800.- versée par le recourant sera restituée lorsque le présent jugement sera entré en force.
3. L'Office AI Berne versera au recourant la somme de Fr. 3'113.50 (débours et TVA compris) au titre de dépens pour la procédure judiciaire.
4. Le présent jugement est notifié (R):
  - au recourant, par son mandataire,
  - à l'intimé,
  - à C. \_\_\_\_\_,
  - à l'Office fédéral des assurances sociales.

La présidente:

Le greffier:  
e.r. G. Niederer, 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).