

**200.2021.760.AI**  
N° AVS  
BCE/EGC

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

**Jugement du 30 juin 2022**

Droit des assurances sociales

C. Tissot, président  
A.-F. Boillat et M. Moeckli, juges  
C. Wagnon-Berger, greffière

**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 29 septembre 2021



**En fait:**

**A.**

A. \_\_\_\_\_, né en 1960, divorcé et père d'un enfant majeur, est arrivé en Suisse en 1982 et bénéficie d'une autorisation d'établissement. Sans formation certifiée, il a principalement travaillé comme serveur, ouvrier dans le bâtiment et dans la mécanique, puis, selon ses dires, depuis 2012 et en dernier lieu, comme déménageur indépendant.

**B.**

Le 16 mars 2018, l'intéressé a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité (AI), mentionnant avoir été en incapacité de travail entre 2011 et 2012, puis depuis 2013 en raison de différentes opérations. Saisi de cette demande, l'Office AI Berne l'a instruite en recueillant des informations auprès des médecins traitants de l'assuré. Il a en outre pris conseil auprès de son Service médical régional Berne/Fribourg/Soleure (SMR). Sur recommandation de ce service, l'Office AI Berne a diligencé une expertise bidisciplinaire (orthopédie et psychiatrie), puis a communiqué à l'assuré le 29 décembre 2020 qu'il projetait de lui refuser tout droit à des prestations de l'AI en raison d'un degré d'invalidité insuffisant (10%). Suite aux objections déposées par l'assuré, représenté par une spécialiste en assurances sociales d'une fondation d'entraide et informations pour personnes handicapées, le 1<sup>er</sup> février 2021 (complétées le 10 mars 2021), l'Office AI Berne a rendu un nouveau préavis le 21 juillet 2021. Par celui-ci, il a informé l'intéressé qu'il entendait lui refuser tout droit à une rente d'invalidité, compte tenu d'un degré d'invalidité insuffisant (37%). En dépit des objections formulées le 8 septembre 2021 à l'encontre de ce préavis, l'Office AI Berne a confirmé le contenu de celui-ci par décision formelle du 29 septembre 2021.

## **C.**

Par acte de recours du 1<sup>er</sup> novembre 2021, l'assuré, représenté par un avocat de la fondation d'entraide et informations pour personnes handicapées précitée, a porté la cause devant le Tribunal administratif du canton de Berne (TA). Il a conclu à l'annulation de la décision de l'Office AI Berne du 29 septembre 2021 et a demandé, principalement, à ce que cet office soit condamné à lui verser un montant correspondant à une rente entière d'invalidité à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2017 avec intérêt moratoire à 5% l'an, subsidiairement à renvoyer le dossier à l'autorité précédente pour nouvelle décision au sens des considérants en lui ordonnant de prendre en compte un abattement de 25%, le tout avec suite de frais et dépens. En tout état de cause, il a requis l'octroi de l'assistance judiciaire limitée aux frais de justice. Dans son mémoire de réponse du 16 décembre 2021, l'Office AI Berne a conclu au rejet du recours, sous suite de frais et dépens. L'avocat de l'assuré a transmis sa note d'honoraires le 23 décembre 2021.

## **En droit:**

### **1.**

**1.1** La décision de l'intimé du 29 septembre 2021 représente l'objet de la contestation; elle ressortit au droit des assurances sociales et refuse une rente AI au recourant, compte tenu d'un degré d'invalidité inférieur à 40%. L'objet du litige porte, quant à lui, sur l'annulation de cette décision et, principalement, sur l'octroi d'une rente entière d'invalidité à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2017 et d'intérêts moratoires à 5% l'an, subsidiairement, sur le renvoi de la cause à l'intimé pour instruction complémentaire et nouvelle décision après prise en compte d'un abattement de 25%. Sont particulièrement contestés par le recourant l'avis de l'intimé selon lequel il est en mesure de mettre à profit sa capacité de travail résiduelle sur le marché du travail équilibré, ainsi que le refus de prise en compte d'un abattement supérieur à 10%.

**1.2** Interjeté en temps utile, dans les formes prescrites, auprès de l'autorité de recours compétente et par une partie disposant de la qualité pour recourir, 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, 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** La modification du 19 juin 2020 de la LAI (développement continu de l'AI; FF 2020 5373 ss) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022. Sur le plan temporel, sont en principe applicables – sous réserve d'une règle contraire de droit transitoire – les dispositions en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits ou au moment de l'état de fait ayant des conséquences juridiques (ATF 146 V 364 c. 7.1, 144 V 210 c. 4.3.1). En l'espèce, dans la mesure où la décision attaquée a été rendue avant l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2020 de la LAI, le droit à la rente doit être examiné selon les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021 (voir également les chiffres [ch.] 9100 et 9101 de la Circulaire sur l'invalidité et les rentes dans l'assurance-invalidité [CIRAI] état au 1<sup>er</sup> janvier 2022).

**2.2** Est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée (art. 8 al. 1 LPGA). Est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des

possibilités de gain de l'assuré sur le marché du travail équilibré qui entre en considération, 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).

**2.3** 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'ancien (anc.) art. 28 al. 2 LAI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021; RO 2007 5129), 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.

**2.4** 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; SVR 2021 IV n° 54 c. 2.3).

**2.5** 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** Dans sa décision contestée du 29 septembre 2021, l'Office AI Berne s'est essentiellement fondé sur une expertise bidisciplinaire, dont le rapport a été rendu le 24 août 2020. Il a ainsi mis en évidence des périodes d'incapacité de travail à 100% entre octobre 2016 et février 2018 en raison d'hospitalisations de l'assuré, puis constaté que celui-ci présentait une capacité de travail de 70% dans une activité adaptée depuis mars 2018. Après avoir procédé à une comparaison des revenus, l'intimé a considéré que la perte de gain qui en résultait engendrait un taux d'invalidité de 100% entre le 1<sup>er</sup> octobre 2017 et le 21 mai 2018 et de 37% dès le 1<sup>er</sup> juin 2018. L'intimé a toutefois conclu qu'en raison du dépôt de la demande en mars 2018, les prestations ne pouvaient être versées qu'à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2018 et qu'à cette période, le degré d'invalidité était de 37%, excluant le droit à une rente. Dans son mémoire de réponse du 16 décembre 2021 déposé devant le TA, l'Office AI Berne a ajouté qu'au vu de l'expérience professionnelle du recourant, du taux reconnu de capacité de travail, ainsi que des faibles limitations fonctionnelles, celui-ci était en mesure de trouver un emploi sur le premier marché de l'emploi, indépendamment de son âge. Finalement, il a retenu que la prise en compte d'un abattement supplémentaire à 10% ne se justifiait pas, dans la mesure où le principe même d'une réduction à titre de désavantage salarial pour les hommes présentant une incapacité de travail en raison d'une maladie ne donnait, selon la jurisprudence, pas lieu à une telle réduction.

**3.2** Par son recours, l'assuré fait principalement valoir que son âge, son absence d'expérience dans les activités adaptées retenues, ses années de service, son taux d'occupation en raison de son incapacité de travail de 30% ou encore ses nombreuses limitations fonctionnelles, sont autant de facteurs inhérents à sa personne qui rendent irréalistes les perspectives de reprise d'un emploi. Ces mêmes raisons justifient selon lui la prise en compte d'un abattement de 25%.

### **4.**

Il ressort du dossier les faits pertinents suivants:

**4.1** En raison d'une chute dans des escaliers, l'assuré a été hospitalisé dans un service orthopédique d'un centre hospitalier du 30 août au 10 septembre 2011, afin d'y subir une opération visant la réduction fermée et une ostéosynthèse percutanée d'une fracture du calcanéum gauche (rapport de sortie du 8 septembre 2011; dossier [dos.] AI 3/14, ainsi que rapport de sortie du 14 septembre 2011; dos. AI 3/13).

**4.2** Le 19 octobre 2016, l'assuré a subi une nouvelle intervention chirurgicale visant une réduction fermée, ainsi qu'une ostéosynthèse percutanée d'une fracture du calcanéum gauche en raison d'un diagnostic de fracture latérale du col du fémur à droite avec fragment du grand trochanter (rapport de sortie du 26 octobre 2016; dos. AI 3/11 et rapport opératoire du 21 octobre 2016; dos. AI 16/33). En raison de cette intervention, l'intéressé a été hospitalisé du 17 au 25 octobre 2016 dans un service orthopédique d'un centre hospitalier. A la suite de l'apparition de fortes douleurs au niveau de la hanche, une nouvelle intervention chirurgicale a été réalisée le 8 novembre 2016, visant une ablation de la plaque métallique condyloire et une implantation d'une prothèse totale de la hanche à droite (rapport opératoire daté du 9 novembre 2016; dos. AI 3/9). Cette intervention a conduit l'assuré à être hospitalisé du 7 au 14 novembre 2016 (rapport de sortie du 16 novembre 2016; dos. AI 3/8). En janvier 2018, les spécialistes en orthopédie du service orthopédique susmentionné ont mis en évidence un diagnostic d'arthrose astragalo-calcaneenne post-traumatique symptomatique à gauche (dos. AI 3/3). En raison de douleurs persistantes au talon du pied gauche, ainsi que dans la partie inférieure de la cheville, l'assuré s'est soumis à des examens du pied gauche SPECT/CT et scintigraphie osseuse le 5 mars 2018 (dos. AI 52/2), lesquels ont relevé une arthrose secondaire de l'articulation sous-astragalienne et de l'articulation tibiotarsienne (dos. AI 50/2).

**4.3** Dans un rapport daté du 4 décembre 2018, le psychiatre traitant de l'assuré a posé les diagnostics de trouble dépressif récurrent, épisode actuel modéré à sévère (F32.2 selon la Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes [CIM-10] de l'Organisation mondiale de la santé [OMS]) avec premier épisode en 2012 et épisode actuel depuis 2016, ainsi qu'avec affections corporelles

telles que douleurs chroniques, depuis au moins 2011, dans le cadre d'opérations somatiques (dos. AI 46/6). Le spécialiste a attesté d'une incapacité de travail de 100% depuis 2014 (dos. AI 46/3). Dans un second rapport (non daté, mais transmis à l'Office AI Berne par courrier électronique le 26 juillet 2019), le psychiatre traitant a mis en évidence les diagnostics de douleur chronique où interviennent des facteurs somatiques et psychiques (CIM-10 F45.41), ainsi que de trouble dépressif récurrent, épisode actuel modéré à sévère (CIM-10 F32.1; dos. AI 70/2). Une incapacité de travail de 100% depuis au moins 2012 dans le métier d'origine a été retenue par le spécialiste (dos. AI 70/4).

**4.4** Le 5 novembre 2019, l'assuré a subi une nouvelle intervention chirurgicale visant l'ablation totale du matériel métallique de la tête tibiale, du calcanéum et de la malléole interne et infiltration à visée diagnostique et thérapeutique des articulations calcanéos-cuboïdienne et sous-astragaliennne (dos. AI 80/3). En raison de douleurs de type brûlure à l'effort persistant dans la région du talon ainsi que le long du bord interne et externe du pied, les spécialistes en orthopédie ont notamment préconisé, dans un rapport du 23 décembre 2019, un traitement de la douleur par un appareil TENS (stimulateur électrique transcutané; dos. AI 83/2).

**4.5** Il ressort d'un rapport de sortie daté du 16 janvier 2020 du département pôle santé mentale d'un hôpital régional dans lequel a séjourné l'assuré du 2 octobre au 26 novembre 2019, le diagnostic de trouble dépressif récurrent, épisode actuel sévère sans symptômes psychotiques (CIM-10 F33.2; dos. AI 90.7/1). Une prise en charge a ensuite été poursuivie du 26 novembre au 16 décembre 2019 dans une clinique de réadaptation. Les médecins de ce dernier établissement ont retenu les diagnostics de trouble dépressif récurrent, épisode actuel sévère avec symptômes psychotiques (CIM-10 F33.3) et de douleurs chroniques irréductibles (CIM-10 R52.1; rapport du 6 février 2020; dos. AI 106/8).

**4.6** Sur recommandations du SMR (rapport du 21 août 2019; dos. AI 72/5), une expertise bidisciplinaire a été réalisée (psychiatrie et orthopédie), dont les conclusions ont été rédigées dans des rapports du 24 août 2020 (dos. AI 90.1 ss et dos. AI 103 [traduction du rapport d'expertise en français]). Dans leur rapport interdisciplinaire, les experts ont

retenu les diagnostics (avec influence sur la capacité de travail) de trouble dépressif récurrent, épisode actuel léger à moyen (CIM-10 F33.0 et F33.1), de douleurs chroniques du membre inférieur gauche (CIM-10 M79.60, T93.2, Z98.8), ainsi que de douleurs chroniques du membre inférieur droit (CIM-10 M79.65, M79.60, T93.1, Z98.8 et Z96.6). Sans répercussion sur la capacité de travail, ont été mentionnés les diagnostics de trouble douloureux chronique avec facteurs somatiques et psychiques (CIM-10 F45.41), ainsi que de douleurs intermittentes chroniques de l'épaule du côté gauche non dominant (CIM-10 M79.61; dos. AI 90.2/5 et dos. AI 103/9). Dans l'ancienne activité, les experts ont estimé que l'incapacité de travail de l'assuré était totale (dos. AI 90.2/7 et dos. AI 103/10). S'agissant d'une activité adaptée, ils ont retenu une capacité de travail et de rendement de 70% (dos. AI 90.2/8 et dos. AI 103/11).

## **5.**

**5.1** 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).

**5.2** A juste titre, le recourant ne conteste pas la valeur probante du rapport d'expertise bidisciplinaire du 24 août 2020, sur lequel l'Office AI Berne s'est appuyé pour arrêter sa capacité de travail.

**5.2.1** D'un point de vue strictement formel tout d'abord, le rapport d'expertise est complet. Il a été élaboré sur la base de deux examens personnels du recourant (intervenues tous deux le 1<sup>er</sup> juillet 2020) menés en français ou en allemand (mais en présence d'un interprète), ainsi que sur l'étude du dossier médico-asséurologique. Il comporte une anamnèse

précise sur les plans social et professionnel. Les experts en psychiatrie et en orthopédie, dont les qualifications ne sauraient être mises en doute, ont pris en compte les avis médicaux antérieurs figurant au dossier et ont établi conjointement un rapport interdisciplinaire. Le contexte médical est clairement décrit et les conclusions des experts sont dûment motivées. Par conséquent et sur le plan strictement formel, l'ensemble de l'expertise bidisciplinaire satisfait aux exigences jurisprudentielles (voir c. 5.1 ci-dessus).

**5.2.2** D'un point de vue matériel, l'expertise bidisciplinaire est également convaincante. Sur le plan psychiatrique tout d'abord, l'expert psychiatre a procédé avec soin à un examen psychiatrique à l'issue duquel il a retenu le diagnostic (avec influence sur la capacité de travail) de trouble dépressif récurrent, épisode actuel léger à moyen. Pour étayer celui-ci, il a notamment relevé que l'assuré bénéficiait de contacts sociaux réguliers, notamment avec sa fille ou des amis, qu'il retrouvait notamment à un café plusieurs fois par semaine. L'expert a précisé de façon cohérente qu'un tel comportement serait inenvisageable en cas de trouble dépressif sévère (dos. AI 90.4/6 et dos. AI 103/22). Quant au diagnostic, sans influence sur la capacité de travail, de trouble douloureux chronique avec facteurs somatiques et psychiques retenu par l'expert, il découle de l'analyse détaillée et méticuleuse des facteurs psychologiques surajoutés, à savoir notamment les faibles moyens financiers, l'absence de perspectives d'avenir ou encore la forte conviction subjective d'être malade (dos. AI 90.4/6 et dos. AI 103/22). Par souci de complétude, l'expert a confronté son avis à celui du psychiatre traitant (voir rapport de juillet 2019; c. 4.3 ci-dessus; dos. AI 70/1). C'est ainsi qu'il s'est distancié de façon probante du diagnostic de trouble dépressif récurrent, actuellement moyen à sévère, pourtant retenu par le psychiatre traitant (dos. AI 90.4/7), en arguant principalement que, contrairement à ce qui avait été mentionné par celui-ci, les relations sociales de l'assuré étaient nombreuses et intenses. L'expert est d'autant plus crédible qu'il a mentionné au terme de son examen psychiatrique poussé, l'absence d'hallucination chez l'assuré, une capacité de concentration non altérée ou encore des pensées suicidaires contrôlées (dos. AI 90.4/7 et dos. AI 103/23). Après avoir scrupuleusement examiné les ressources et difficultés de l'assuré (notamment autolimitation non

explicable par un trouble psychiatrique, absence de repli social, activités quotidiennes, etc.), c'est de façon convaincante que l'expert a retenu une diminution de rendement de 30%, c'est-à-dire une capacité de travail de 70% dans une activité exigible, depuis février 2018. Sur ce point, son appréciation diffère sensiblement de celle du psychiatre traitant, lequel a retenu une incapacité de travail totale depuis 2012. Force est toutefois d'admettre, comme l'a relevé avec cohérence l'expert, que l'assuré est suivi en consultation uniquement depuis mai 2018 (dos. AI 90.4/7 s. et dos. AI 103/23). En tout état de cause, le psychiatre traitant ne s'est pas prononcé sur la capacité de travail de l'assuré dans une activité raisonnablement exigible. Quant aux médecins du département pôle santé mentale d'un hôpital régional ou de la clinique de réadaptation dans lesquels l'assuré a séjourné en 2019 (voir c. 4.5 ci-dessus), ils ne se sont pas prononcés sur les conséquences des atteintes sur la capacité de travail de l'assuré. Dans ces conditions, l'évaluation de la capacité de travail de l'expert, probante, ne saurait être remise en cause par l'avis du psychiatre traitant ou des spécialistes des établissements susmentionnés.

**5.2.3** Sur le plan orthopédique ensuite, l'expert de cette discipline a procédé à un examen clinique très détaillé (examens du rachis, du rachis cervical, de la hanche, des genoux, des pieds, des épaules, du coude, des mains et statut neurologique) et a étudié méticuleusement les imageries au dossier, avant de poser les diagnostics, avec influence sur la capacité de travail, de douleurs chroniques du membre inférieur gauche et de douleurs chroniques du membre inférieur droit (dos. AI 90.5/6 et dos. AI 103/31). Fort de ces informations, l'expert a expliqué de manière probante que les douleurs de l'assuré, extrêmement diffuses et cliniquement inconstantes à l'anamnèse, étaient loin d'être clairement objectivées par les observations cliniques et radiologiques et par les résultats des infiltrations. Si l'expert a confirmé qu'une diminution de la résistance du membre inférieur gauche était compréhensible après les fractures traitées chirurgicalement, il a néanmoins précisé que l'ensemble de la présentation à l'anamnèse et à l'examen clinique suggérait une composante non organique considérable des douleurs (dos. AI 90.5/8 et dos. AI 103/32). L'expert a ainsi logiquement retenu une incapacité totale de travail pour les activités moyennement contraignantes et lourdes physiquement et pour les activités

principalement en position debout et en marche ainsi qu'une pleine capacité de travail pour les activités physiquement très légères (dos. AI 90.5/9 et 103/33).

**5.2.4** Dans leur rapport interdisciplinaire, les deux experts se sont mis d'accord pour retenir une diminution du rendement de 30% dans une activité adaptée et ont donc conclu à une capacité de travail de 70%, en raison de la dépression et du trouble douloureux (dos. AI 90.2/7 et dos. AI 103/11). L'activité raisonnablement exigible qui a été décrite par les experts correspond à une activité de travail auxiliaire simple, physiquement très légère, dans laquelle l'assuré pourrait fréquemment être assis, avec des contraintes variables. Les activités comprenant le levage et le port répété de charges de plus de 5 kg, la montée et la descente fréquentes d'escaliers, la marche sur terrain accidenté, ainsi que le travail en position agenouillée ou accroupie devraient être limitées (dos. AI 90.2/7 et dos. 103/11). Ainsi que cela ressort des considérants qui précèdent (voir c. 5.2.2 et 5.2.3 ci-dessus), le rapport d'expertise livre au final une appréciation coordonnée des atteintes concernées et de leurs répercussions sur la capacité de travail de l'assuré. Les conclusions des experts sont cohérentes et détaillées.

**5.2.5** Au vu du développement ci-dessus, pleine valeur probante doit être reconnue au rapport d'expertise bidisciplinaire du 24 août 2020. Il y a donc lieu d'admettre, comme l'ont attesté les experts, que le recourant est capable de travailler à 70% dans une activité adaptée, c'est-à-dire une activité telle que présentée dans le rapport interdisciplinaire (voir c. 5.2.4 ci-dessus). Selon les spécialistes, une telle capacité de travail peut être attestée depuis février 2018 (dos. AI 90.2/8 et dos. AI 103/11).

## **6.**

**6.1** Est litigieuse la question de la mise à profit de la capacité de travail résiduelle du recourant. Celui-ci considère que de nombreux facteurs inhérents à sa personnalité rendent irréalistes les perspectives d'une reprise d'un emploi.

**6.2** Pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré (art. 16 LPGA). Pour pouvoir pratiquer la comparaison des revenus, le revenu de l'activité raisonnablement exigible de l'assuré doit ainsi être déterminé en se référant aux conditions d'un marché du travail équilibré. Cette notion théorique et abstraite sert de critère de distinction entre les cas tombant sous le coup de l'assurance-chômage (AC) et ceux qui relèvent de l'AI. Le marché du travail équilibré se caractérise par un certain équilibre entre l'offre et la demande de main-d'œuvre et comprend un marché du travail qui présente un éventail des activités les plus diverses, en ce qui concerne aussi bien les exigences professionnelles et intellectuelles requises que l'engagement physique. Cette notion comprend également les emplois dits de niches, à savoir des offres de poste et de travail, dans lesquelles les personnes handicapées peuvent compter sur une bienveillance sociale de la part de l'employeur. On ne saurait toutefois se fonder sur des possibilités de travail irréalistes. Le point de savoir si une mesure peut être exigée d'un assuré doit être examiné au regard de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas concret. 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 2019 IV n° 21 c. 4.2). D'après ces critères, on déterminera si, dans les circonstances concrètes du cas, l'invalide 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 (SVR 2016 IV n° 2 c. 4.4). On ne peut néanmoins parler d'activité exigible au sens de l'art. 16 LPGA si elle n'est possible que 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 2021 IV n° 25 c. 6.1).

**6.3** Il ressort des considérants qui précèdent que l'assuré est en mesure d'exercer une activité de travail auxiliaire simple, physiquement très légère, dans laquelle il peut être fréquemment assis, avec des contraintes variables, et dans laquelle le levage ou le port répété de charges de plus de 5 kg, la montée et descente fréquentes d'escaliers, ou encore la marche sur terrain accidenté et la position agenouillée ou accroupie doivent être limitées (voir c. 5.2.4 ci-dessus). En l'occurrence et contrairement à ce que soutient le recourant, il convient d'admettre que celui-ci est en mesure d'exploiter sa capacité de gain sur le marché du travail dans une activité adaptée à ses limitations. Aucune réserve n'a été exprimée par les experts consultés au sujet de la capacité du recourant à exercer une activité sur le marché équilibré de l'emploi (rapport d'expertise bidisciplinaire du 24 août 2020 jugé pleinement probant voir c. 5 ci-dessus). En particulier, il n'a jamais été question d'une activité exigible dans un milieu exclusivement confiné ou protégé. Au contraire, les experts ont estimé que la capacité de travail de l'intéressé pouvait être mise à profit dans toute activité très légère moyennant certaines restrictions. Le recourant dispose en outre d'une capacité de travail relativement importante (de 70%) sur le marché équilibré de l'emploi, de sorte que la nature et l'importance de ses atteintes à la santé ne constituent pas des obstacles irrémédiables à la reprise d'un travail sur un marché qui lui offre un éventail suffisamment large d'activités légères, dont un nombre significatif est adapté à ses limitations fonctionnelles et accessibles sans aucune formation particulière. A ce titre, les limitations énumérées par les experts ne sont pas très importantes, dans la mesure où elles permettent l'exercice d'un large panel d'activités légères. L'argument du recourant, selon lequel son absence d'expérience dans l'activité adaptée retenue rend irréaliste les perspectives de reprise d'un emploi, ne peut être retenu. Force est en effet de constater que le recourant a exercé des emplois divers et variés (serveurs, ouvrier dans le bâtiment ou dans la mécanique), en dépit de l'absence de formation professionnelle dans ces secteurs. A fortiori, l'assuré serait donc en mesure de trouver un emploi dans une activité simple et légère, comme par exemple des tâches simples de surveillance, de vérification, de contrôle ou

encore des tâches d'approvisionnement de machines ou d'unités de production automatiques ou semi-automatiques, dans lesquelles aucune formation particulière n'est exigée.

**6.4** L'âge avancé, même s'il consiste en un facteur étranger à l'AI, est considéré comme un élément qui, associé à d'autres considérations personnelles et professionnelles, peut conduire à ce que la capacité de gain encore reconnue à une personne assurée ne soit réellement plus recherchée sur un marché du travail équilibré et à ce que sa mise à profit ne soit dès lors plus exigible de cette personne, même en vertu de son obligation de se réadapter personnellement (ATF 145 V 2 c. 5.3.1, 138 V 457 c. 3.1; SVR 2020 IV n° 5 c. 7.1). En l'espèce, il est vrai que l'assuré était âgé de presque 60 ans au moment où le rapport d'expertise bidisciplinaire d'août 2020 a été rendu (moment où il été constaté que l'exercice [partiel] d'une activité lucrative était médicalement exigible; voir ATF 146 V 16 c. 7.1, 138 V 457 c. 3.2 et 3.3; SVR 2020 IV n° 5 c. 7.1 et n° 44 c. 4.2). Il n'en demeure pas moins qu'un changement d'activité demeure exigible, dans la mesure où il s'agit d'un âge éloigné de cinq ans de l'âge de la retraite, ce qui devrait en théorie permettre au recourant de mettre en valeur sa capacité résiduelle de travail sur un marché équilibré. A ce propos, le Tribunal fédéral (TF) a considéré par exemple qu'il pouvait être exigé d'un assuré atteint au genou, mais pas aux membres supérieurs, âgé de 62  $\frac{3}{4}$  ans au moment de l'évaluation médicale, qu'il mette en valeur sa capacité de travail résiduelle (arrêt TF 8C\_345/2013 du 10 septembre 2013 c. 4.3.1 et 4.3.3). Le TF a également estimé récemment qu'il existait des possibilités réelles d'insertion sur le marché équilibré du travail dans le cas d'une assurée âgée de 60 ans et deux semaines au moment de l'évaluation médicale, souffrant d'une polyarthrose aux doigts et aux poignets et qui était, selon les experts, capable de travailler à 85% dans des activités légères à moyennement lourdes comportant néanmoins de nombreuses restrictions (TF 8C\_55/2021 du 9 juin 2021 c. 5.2.1). En l'occurrence, et comme cela ressort de ce qui précède, il convient de retenir, au degré de la vraisemblance prépondérante (degré de preuve exigé en droit des assurances sociales; ATF 144 V 427 c. 3.2), qu'il existe des possibilités réelles d'insertion du recourant sur le marché équilibré de l'emploi, tant au regard du taux de la

capacité de travail (70%) de celui-ci, qu'au regard de ses limitations fonctionnelles, compte tenu de l'éventail d'emplois diversifiés disponibles sur ce marché correspondant au profil d'exigibilité de l'assuré.

## **7.**

Il convient ensuite de s'intéresser aux conséquences juridiques de ce qui précède sur le calcul de l'invalidité.

**7.1** La détermination de l'année de référence pour procéder à la comparaison des revenus dépend d'abord de l'échéance du délai d'attente d'une année d'incapacité de travail d'au moins 40% (art. 28 al. 1 LAI) qui, en l'espèce, est arrivé à terme en octobre 2017 (incapacité de travail permanente et totale dans l'ancienne activité attestée par les experts depuis la fracture de la hanche en octobre 2016; dos. AI 90.2/7 et 103/10). Elle dépend ensuite du moment à partir duquel un droit à une rente AI pourrait être reconnu à l'assuré en fonction du délai de carence de six mois à compter de la date à laquelle l'assuré a fait valoir ses droits (art. 29 al. 1 LAI). Le formulaire de demande a été daté du 16 mars 2018 (dos. AI 1/8) et reçu par l'Office AI Berne le 23 mars 2018 (dos. AI 1/1). Il découle de ces circonstances que le droit à la rente est né au plus tôt en septembre 2018, de sorte que l'année de référence pour la comparaison des revenus est 2018 (art. 29 al. 1 LAI; année de début du droit à la rente). A cet égard et sur le vu du début du droit potentiel à la rente en septembre 2018 (et non en octobre 2017 comme le prétend à tort le recourant), il sera procédé ci-dessous à une seule comparaison des revenus (voir sur ce point décision querellée dans laquelle l'intimé a procédé à deux comparaisons, dont l'une dès la fin du délai d'attente en octobre 2017).

**7.2** Ainsi que cela résulte de ce qui précède (voir c. 6.2 ci-dessus), afin de déterminer le taux d'invalidité, il convient de comparer le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui (art. 16 LPGGA).

**7.2.1** Bien que l'assuré ait indiqué dans son formulaire de demande de prestations AI avoir travaillé comme déménageur à titre indépendant entre 2012 et 2013 (dos. AI 1/6) et qu'il ressorte de son curriculum vitae l'exercice d'une activité indépendante entre 2011 et 2015 (dos. AI 20/2), force est de constater que, selon l'extrait de son compte individuel (CI) figurant au dossier, l'assuré n'a plus réalisé de revenus depuis 2009 (entre 2009 et 2016 seuls les parts de revenus de l'ex-conjointe étant inventoriés, ainsi que d'autres montants indéfinis qui ont systématiquement été corrigés; dos. AI 12/4 et dos. AI 12/5). Quoi qu'il en soit, on ignore si, en bonne santé, l'assuré aurait continué de travailler en tant que déménageur. Dans ces conditions, et au vu du fait que l'assuré n'a plus exercé d'activité lucrative depuis de nombreuses années, on ne saurait reprocher à l'Office AI Berne d'avoir déterminé le revenu de valide sur la base statistique de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), publiée régulièrement par l'Office fédéral de la statistique (OFS). En effet, lorsque des indices concrets déterminants font défaut pour fixer le revenu réalisable sans atteinte à la santé, il faut se rabattre sur des valeurs statistiques comme celles prises en compte dans l'ESS (ATF 144 I 103 c. 5.3; SVR 2019 UV n° 40 c. 6.2.3). Selon les valeurs moyennes de l'ESS, le recourant pourrait réaliser un revenu mensuel de Fr. 5'417.- (ESS 2018, Tableau TA1 " Salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les branches économiques, le niveau de compétences et le sexe", Total, Niveau de compétences 1 [tâches physiques ou manuelles simples], "hommes") ou Fr. 65'004.- par an. Comme les salaires bruts standardisés de l'ESS sont fondés sur un horaire de travail hebdomadaire de 40 heures, il convient de les réévaluer, comme l'a très justement fait l'intimé, en fonction de la durée de travail hebdomadaire moyenne usuelle dans les entreprises, c'est-à-dire 41,7 heures par semaine (ATF 126 V 75 c. 3b/bb). Le revenu sans atteinte à la santé se monte donc à Fr. 67'767.-.

**7.2.2** Pour le revenu d'invalidé, dès lors que le recourant n'exerçait pas d'activité lucrative correspondant au profil d'exigibilité susmentionné (voir c. 5.2.5 ci-dessus) au moment de la décision contestée, l'intimé s'est fondé à raison sur les valeurs moyennes prises en compte dans l'ESS (ATF 143 V 295 c. 2.2; SVR 2021 IV n° 51 c. 3.2; voir données statistiques c. 7.2.1 ci-

dessus). En l'occurrence, sans abattement, le revenu d'invalidé s'élève à Fr. 47'437.- (70% x Fr. 67'767.-).

**7.2.3** Se pose encore la question d'un abattement supérieur à celui arrêté par l'intimé, de 10% à titre de désavantage salarial. A cet égard, 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). En l'occurrence, seule la problématique psychique a conduit les experts à retenir une capacité de travail réduite (dos. AI 103/11 et 90.2/7). Ainsi, les limitations fonctionnelles justifient la prise en compte d'un abattement de 10% sans que cela donne lieu à une double comptabilisation du même aspect (SVR 2018 IV n° 45 c. 2.2). Quant à l'âge du recourant, selon la jurisprudence, il ne constitue pas *per se* un facteur de réduction du salaire statistique. Autrement dit, il ne suffit pas de constater qu'un assuré a dépassé la cinquantaine au moment déterminant du droit à la rente pour que cette circonstance justifie de procéder à un abattement. Encore récemment, le TF a insisté sur ce point et affirmé que l'effet de l'âge combiné avec un handicap doit faire l'objet d'un examen dans le cas concret, les possibles effets pénalisants au niveau salarial induits par cette constellation aux yeux d'un potentiel employeur pouvant être compensés par d'autres éléments personnels ou professionnels tels que la formation et l'expérience professionnelle de l'assuré concerné (ATF 146 V 16 c. 4.1). En l'espèce, il est vrai que le recourant était âgé de presque 60 ans au moment où le rapport d'expertise bidisciplinaire d'août 2020 a été rendu. Il n'en demeure

pas moins que, tout au long de son parcours professionnel, il a fait preuve de polyvalence dans les différentes professions pratiquées. En effet, et comme cela a déjà été relevé (voir c. 6.3 ci-dessus), il a exercé différents emplois, dans des domaines très variés et exigeants (serveurs, ouvrier dans le bâtiment ou dans la mécanique) et ce, sans formation professionnelle dans ces secteurs. Par conséquent, et à plus fortes raisons, l'assuré serait en mesure de trouver un emploi dans une activité simple et légère, telle que décrite précédemment (voir c. 6.3 *in fine* ci-dessus). En d'autres termes, le salaire statistique du niveau 1 de la table ESS retenu par l'Office AI Berne dans le calcul du revenu d'invalidité est suffisamment représentatif de ce que l'assuré serait en mesure de réaliser en tant qu'invalidé, dès lors qu'il couvre un large éventail d'activités variées et non qualifiées, ne requérant pas d'expérience professionnelle spécifique, ni de formation particulière (TF 8C\_549/2019 du 26 novembre 2019 c. 7.7, 8C\_732/2019 du 19 octobre 2020 c. 4.5). Le recourant ne peut pas être suivi lorsqu'il fait valoir que son absence d'expérience dans les activités adaptées retenues justifient un abattement supplémentaire. La jurisprudence considère en effet qu'il ne s'agit pas d'un facteur susceptible de jouer un rôle significatif sur ses perspectives salariales, compte tenu du fait que tout nouveau travail va de pair avec une période d'apprentissage (TF 8C\_227/2017 du 17 mai 2018 c. 5). Finalement, l'abattement qui pourrait être consenti pour les assurés en raison d'un temps partiel d'une certaine importance ne s'applique pas à la situation du recourant (moins de 80%: TF 8C\_740/2014 du 11 février 2015 c. 4.5), dans la mesure où sa capacité de travail est réduite en raison d'une perte de rendement et qu'elle est pleinement exploitable (SVR 2014 IV n° 37 c. 9.2). Dans ces conditions, un abattement supérieur à 10% ne se justifie pas. Le revenu d'invalidé se monte ainsi à Fr. 42'693.- (90% x Fr. 47'437.-), ce qui, comparé au revenu sans invalidité de Fr. 67'767.- aboutit à un degré d'invalidité de 37%, insuffisant pour ouvrir le droit à une rente d'invalidité.

**7.3** En conséquence, c'est à bon droit que l'intimé a refusé tout droit à une rente d'invalidité au recourant (voir anc. art. 28 al. 2 LAI). Compte tenu de cette issue, il n'y a pas à se prononcer sur la conclusion du recourant tendant à obtenir des intérêts moratoires de 5% l'an, conclusion que celui-ci n'a au demeurant pas motivée.

## **8.**

**8.1** Sur le vu de ce qui précède, le recours est mal fondé et doit être rejeté.

**8.2** Les frais de la présente procédure, fixés forfaitairement à Fr. 800.-, doivent donc être mis à la charge du recourant qui succombe (art. 69 al. 1<sup>bis</sup> LAI; art. 61 let. f<sup>bis</sup> LPGA). 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).

**8.3** Le recourant a toutefois requis d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire limitée aux frais de justice.

**8.3.1** Sur requête, l'autorité administrative ou de justice administrative dispense du paiement des frais de procédure et de l'obligation éventuelle de fournir des avances ou des sûretés la partie qui ne dispose pas de ressources suffisantes et dont la cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès. (art. 61 let. f LPGA et art. 111 al. 1 et 2 LPJA; SVR 2011 IV n° 22 c. 2, 2011 UV n° 6 c. 6.1).

**8.3.2** Compte tenu des pièces produites à l'appui de sa requête, la condition financière est manifestement remplie, le recourant bénéficiant de l'assistance des services sociaux (ATF 144 III 531 c. 4.1, 122 I 5 c. 4a; SVR 2017 IV n° 87 c. 2.1). En outre, les chances de succès du recours ne pouvaient être d'emblée niées (ATF 140 V 521 c. 9.1; SVR 2021 ALV n° 13 c. 8.1). La requête peut dès lors être admise et le recourant mis au bénéfice de l'assistance judiciaire limitée aux frais de procédure, qui sont provisoirement supportés par le canton.

**8.3.3** Le recourant doit toutefois être rendu attentif à son obligation de remboursement envers le canton s'il devait disposer, dans les dix ans dès l'entrée en force du présent jugement, d'un revenu ou d'une fortune suffisante (art. 123 du code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 [CPC, RS 272] par renvoi de l'art. 112 al. 2 LPJA).

**Par ces motifs:**

1. Le recours est rejeté.
2. La requête d'assistance judiciaire, limitée aux frais de procédure, est admise.
3. Les frais de la procédure, fixés forfaitairement à Fr. 800.-, sont mis à la charge du recourant. Il est renoncé à leur perception au vu de l'octroi de l'assistance judiciaire. L'obligation de restituer prévue par l'art. 123 CPC est réservée.
4. Il n'est pas alloué de dépens.
5. Le présent jugement est notifié (R):
  - au recourant, par son mandataire,
  - à l'intimé,
  - à l'Office fédéral des assurances sociales.

Le président:

La greffière:

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).