

S1 21 38

JUGEMENT DU 7 FEVRIER 2023

**Tribunal cantonal du Valais
Cour des assurances sociales**

Composition : Candido Prada, président ; Jean-Bernard Fournier et Christophe Joris, juges ; Mireille Allegro, greffière

en la cause

X _____, recourant, représenté par Maître Régis Loretan, avocat, 1950 Sion 2 Nord

contre

OFFICE CANTONAL AI DU VALAIS, 1950 Sion, intimé

(rente d'invalidité limitée dans le temps ; capacité de travail exigible ; âge avancé)

Faits

A. X _____, né le xx.xx 1959, a exercé l'activité de coiffeur dès son arrivée en Suisse en 1980, d'abord comme employé puis à titre indépendant dès 1999 (pièce 7).

En novembre 2017, il a consulté le Dr A _____, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique, en raison de douleurs de la ceinture scapulaire gauche. Au vu de l'échec du traitement conservateur, il a été mis en incapacité de travail totale dès le 1^{er} janvier 2019. Le 30 janvier 2019, une IRM a montré une rupture transfixiante du tendon du sus-épineux de l'épaule gauche. Le 8 avril 2019, l'assuré a été opéré. Les suites post-opératoires se sont avérées difficiles (pièce 15).

B. Le 7 juin 2019, l'assuré a rempli une demande de prestations AI auprès de l'Office cantonal AI du Valais (OAI). Dans son rapport du 13 mars 2020, le Dr A _____ a confirmé la persistance de douleurs à la mobilisation de l'épaule gauche, une raideur articulaire et un manque de force en élévation (pièce 15).

Une consultation de l'appareil locomoteur a eu lieu le 9 juin 2020 auprès de la Clinique B _____. Dans son rapport du 10 juin 2020, le Dr C _____, spécialiste en médecine physique et réadaptation, a confirmé la présence d'une raideur douloureuse à l'épaule gauche malgré la réparation de la coiffe des rotateurs. Le 13 août 2020 (pièce 25), il a indiqué à l'OAI que de son point de vue, l'activité de coiffeur n'était plus exigible, ainsi que toutes activités nécessitant des mouvements répétés des épaules, le maintien des bras au-dessus de l'horizontal et le port répété de charges supérieures à 10-15 kg, mais qu'une activité adaptée à plein temps serait possible à terme, en fonction des mesures de rééducation proposées.

Le 2 octobre 2020, le Dr A _____ a attesté les limitations fonctionnelles suivantes : pas de travail les mains à l'horizontal, pas d'élévation et abduction des bras, pas de port de charges supérieures à 5 kg (pièce 31).

Mandaté, le Service médical régional de l'assurance-invalidité (SMR) a convoqué l'assuré pour un examen clinique le 26 octobre 2020 (pièce 33). Dans leur rapport du 4 novembre 2020, le Dr D _____, spécialiste en médecine physique et réadaptation, et le Dr E _____, spécialiste en chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur, ont posé les diagnostics de capsulite rétractile de l'épaule gauche (côté dominant), de lombalgies communes chroniques et de gonalgies gauches chroniques. Ils ont estimé que la capacité de travail était nulle dans l'activité habituelle

de coiffeur dès le 1^{er} janvier 2019, mais qu'elle était entière dans une activité adaptée à l'état fonctionnel de l'épaule gauche, de la colonne lombaire et du genou gauche, à savoir sans travaux lourds, en position de travail alternée, sans positions en porte à faux ni en flexion ni en rotation du tronc, sans positions accroupies et agenouillées, sans déplacements longs et répétitifs, sans déplacements sur plan incliné ni sur un terrain irrégulier ni dans des escaliers ni sur des échafaudages et échelles, sans ports de charges supérieures à 5 kg et répétitif, sans activités avec le bras gauche au-dessus de l'horizontal, sans activités en poussée et traction avec force avec le bras gauche et sans mouvements répétitifs du bras gauche (pièce 38).

Par projet de décision du 6 novembre 2020, l'OAI a informé l'assuré qu'il entendait lui octroyer une rente d'invalidité entière du 1^{er} janvier 2020 au 31 janvier 2021 uniquement, dès lors qu'à partir du 26 octobre 2020 (date de l'examen clinique auprès du SMR), on pouvait exiger de sa part l'exercice à 100% d'une activité légère et adaptée à ses limitations physiques. La comparaison du revenu de coiffeur que l'assuré aurait perçu sans invalidité avec celui ressortant des statistiques pour des tâches simples, réduit de 15% pour tenir compte des circonstances du cas d'espèce, représentait une perte de gain de seulement 13%, soit un taux n'ouvrant pas le droit à une rente (pièce 41).

En l'absence d'objections de l'assuré, l'OAI a rendu sa décision le 5 janvier 2021 (pièce 47).

C. Représenté par M^e Régis Loretan, l'intéressé a recouru céans contre ce prononcé le 5 février 2021, en concluant à sa mise au bénéfice d'une mesure de réinsertion et à l'octroi d'une rente entière durant cette période. Il a reproché à l'OAI de ne pas lui avoir donné d'exemples d'activités adaptées à son état de santé et de ne pas avoir tenu compte de son âge (62 ans) et du fait qu'il n'avait jamais exercé d'autre activité que celle de coiffeur.

A sa demande et après examen des pièces idoines, l'assuré a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire totale et M^e Loretan lui a été désigné avocat d'office dès le 5 février 2021, par décision présidentielle du 25 février 2021 (S3 21 18).

Dans sa réponse du 27 avril 2021, l'OAI a conclu au rejet du recours et à la confirmation de sa décision. Il a remis une prise de position du coordinateur en réadaptation, qui fournissait une liste d'activités adaptées aux limitations fonctionnelles du recourant et relevait qu'au vu de l'âge de celui-ci, les pistes d'une formation certifiante et « sur le tas » en entreprise devaient être écartées en vertu du principe de proportionnalité.

Répliquant le 27 mai 2021, le recourant a contesté le salaire d'invalidé pris en compte par l'intimé, qui ne correspondait pas à la réalité. De son point de vue, il y avait lieu de se référer au revenu déterminé par la plateforme « salarium », de sorte que le taux d'invalidité était supérieur à 20%, ce qui ouvrait le droit à un reclassement.

Prenant position le 22 juin 2021, l'intimé a rappelé que la référence à l'ESS était parfaitement justifiée lorsqu'un assuré n'avait pas repris d'activité après une atteinte à la santé et que le Tribunal fédéral avait déjà eu l'occasion de préciser qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte des spécificités régionales dans le calcul du revenu d'invalidé. Enfin, il a rappelé qu'un abattement de 15% tenait compte de toutes les circonstances du cas.

L'échange d'écritures a été clos le 24 juin 2021.

Considérant en droit

1.1 Selon l'article 1 alinéa 1 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20), les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-invalidité, à moins que la LAI n'y déroge expressément.

1.2 Remis à la poste le 5 février 2021, le recours dirigé contre la décision du 5 janvier précédent a été interjeté dans le délai légal de 30 jours (art. 60 LPGA) et devant l'instance compétente (art. 56 et 57 LPGA et 69 al. 1 let. a LAI ; art. 81a al. 1 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives – LPJA ; RS/VS 172.6). Il répond par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte que la Cour doit entrer en matière.

2. Le litige porte sur le droit du recourant à une rente d'invalidité au-delà du 31 janvier 2021. La décision attaquée ne se prononce pas sur le droit à des mesures de reclassement et de réinsertion. Les conclusions du recourant à cet égard sont dès lors irrecevables.

2.1 Au 1^{er} janvier 2022, des modifications législatives et réglementaires sont entrées en vigueur dans le cadre du « développement continue de l'AI » (loi fédérale sur l'assurance-invalidité [LAI] [développement continu de l'AI], modification du 19 juin 2020, RO 2021 705, et règlement sur l'assurance-invalidité [RAI], modification du 3 novembre 2021, RO 2021 706). Conformément aux règles de droit transitoire, l'ancien droit reste

en l'espèce applicable, au vu de la date de la décision litigieuse rendue avant le 1^{er} janvier 2022 (ATF 144 V 210 consid. 4.3.1 ; 138 V 176 consid. 7.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_881/2018 du 6 mars 2019 consid. 4.1).

2.2 Selon la jurisprudence, le bien-fondé d'une décision d'octroi, à titre rétroactif, d'une rente limitée dans le temps, doit être examiné à la lumière des conditions de révision du droit à la rente (arrêt 8C_104/2009 du 14 décembre 2009 consid. 2 ; ATF 125 V 418 consid. 2d).

Aux termes de l'article 17 LPGA, si le taux d'invalidité du bénéficiaire de la rente subit une modification notable, la rente est, d'office ou sur demande, révisée pour l'avenir, à savoir augmentée ou réduite en conséquence, ou encore supprimée. Le point de savoir si un tel changement s'est produit doit être tranché en comparant les faits tels qu'ils se présentaient au moment de la décision initiale de rente et les circonstances régnant à l'époque de la décision litigieuse (ATF 130 V 351 consid. 3.5.2 ; 125 V 369 consid. 2 et la référence ; voir également ATF 112 V 372 consid. 2b et 390 consid. 1b).

Selon l'article 88a alinéa 1 RAI, si la capacité de gain d'un assuré s'améliore ou que son impotence s'atténue, il y a lieu de considérer que ce changement supprime, le cas échéant, tout ou partie de son droit aux prestations dès qu'on peut s'attendre à ce que l'amélioration constatée se maintienne durant une assez longue période. Il en va de même lorsqu'un tel changement déterminant a duré trois mois déjà, sans interruption notable et sans qu'une complication prochaine soit à craindre.

3. En l'espèce, le recourant ne conteste pas les conclusions du SMR quant à sa capacité de travail entière dans une activité adaptée, prises au terme de l'examen clinique du 26 octobre 2020, mais reproche à l'OAI de ne pas lui avoir donné des exemples d'emplois existants sur le marché du travail.

Ce point a été réparé en procédure de recours. Dans sa prise de position du 22 avril 2021, le service de réadaptation de l'OAI a fourni une liste d'activités susceptibles d'entrer en ligne de compte dans le cas de l'assuré et ne demandant pas de formation particulière préalable (à ce sujet, voir ATF 138 V 457 consid. 3.3 ; arrêt 9C_789/2016 du 5 avril 2017). Une mise au courant lors de la prise de l'emploi ne constitue pas une « formation » en tant que telle. Tout nouveau travail va de pair avec une période d'apprentissage et cet élément ne justifie pas un abattement sur le salaire d'invalidé (voir par exemple l'arrêt 9C_200/2017 du 14 novembre 2017 consid. 4.5). En outre, selon la jurisprudence, le manque d'expérience d'un assuré dans une nouvelle profession ne constitue pas un facteur susceptible de jouer un rôle significatif sur ses perspectives

salariales, lorsque les activités adaptées envisagées (simples et répétitives de niveau de compétence 1) ne requièrent ni formation (diplôme), ni expérience professionnelle spécifique (cf. arrêts 8C_118/2021 du 21 décembre 2021 consid. 6.3.2 ; 8C_175/2020 du 22 septembre 2020 consid. 4.2). Le grief du recourant est dès lors écarté.

4. Le recourant conteste ensuite le calcul du taux d'invalidité, plus particulièrement le montant du revenu d'invalidé pris en compte, qui devrait, selon lui, être fixé sur la base de calculateur « salarium ».

4.1 Selon la jurisprudence, le revenu d'invalidé doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'assuré. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé, la jurisprudence considère que le revenu d'invalidé peut être évalué sur la base de salaires fondés sur les données statistiques résultant de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS ; ATF 135 V 297 consid. 5.2 ; 129 V 472 consid. 4.2.1). Dans ce cas, il convient de se fonder, en règle générale, sur les salaires mensuels indiqués dans la table ESS pour le total du secteur privé (ATF 124 V 321 consid.3b/aa). En outre, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que pour des raisons liées au respect du principe constitutionnel de l'égalité de traitement, il n'y avait pas lieu de tenir compte de données salariales régionales, et à plus forte raison cantonales (arrêts 9C_535/2019 du 31 octobre 2019 consid. 4 ; 8C_744/2011 du 25 avril 2012 consid. 5.2 et les références, in SVR 2012 UV n° 26 p. 93 ; voir également arrêt I 820/06 du 4 septembre 2007 consid.3.3 et arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 75/03 du 12 octobre 2006 consid. 8, in SVR 2007 UV n° 17 p. 56). En outre, lorsqu'il s'agit de fixer le taux d'invalidité, le Tribunal fédéral a toujours privilégié l'ESS à l'outil « salarium » (arrêts 9C_359/2018 du 31 août 2018 consid. 4.2 et 8C_486/2013 du 8 novembre 2013 consid. 4).

4.2 Au vu de ces éléments, le calcul du revenu d'invalidé, respectivement du taux d'invalidité effectué par le recourant, dans sa réplique, sur la base de calculateur « salarium » doit être écarté. Conforme à la législation et à la jurisprudence, l'évaluation du taux d'invalidité à hauteur de 13% faite par l'intimé sur la base des revenus de l'ESS ne prête pas flanc à la critique et doit être confirmée.

Etant donné ce taux, inférieur au seuil minimum fixé par la jurisprudence pour ouvrir un droit à une mesure de reclassement de 20% (ATF 130 V 488 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_177/2015 du 18 septembre 2015 consid. 4.1), le droit du recourant à des mesures d'ordre professionnel devrait, en outre, être nié.

5. Reste à examiner la question de l'âge du recourant. En effet, celui-ci estime que l'intimé n'a pas suffisamment tenu compte de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles de son cas, en ne tenant pas compte du fait qu'il était âgé de 62 ans au moment de la décision.

5.1 L'âge avancé fait partie des critères qui, bien que ne constituant pas une atteinte à la santé, doivent être pris en considération au moment d'évaluer l'exigibilité d'une activité adaptée sur un marché équilibré du travail (ATF 138 V 457 consid. 3.1 ; 107 V 17 consid. 2c ; arrêts 8C_910/2015 du 19 mai 2016 consid. 4.2 ; 8C_761/2014 du 15 octobre 2015 consid. 3.2.2). En effet, l'âge avancé peut être un obstacle à la mise en valeur de la capacité résiduelle de gain, notamment parce qu'aucun employeur n'est disposé à engager un employé pour un laps de temps très court avant l'ouverture de son droit à une rente de l'AVS (arrêts 8C_307/2017 du 26 septembre 2017 consid. 4.2.2 ; 8C_346/2013 consid. 4.2 du 10 septembre 2013 ; 8C_806/2012 consid.5.2.2 du 12 février 2013). Selon le Tribunal fédéral, une appréciation dans chaque cas d'espèce s'impose (arrêts 9C_918/2008 du 28 mai 2009 ; 9C_437/2008 du 19 mars 2009 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1020/2014 du 9 juin 2016 consid. 12), bien qu'il soit admis qu'un âge proche de 60 ans peut être considéré comme un seuil à partir duquel on peut parler d'âge avancé (arrêt 9C_612/2007 du 14 juillet 2008 consid. 5.2 ; arrêt 8C_554/2017 du 4 juillet 2018 consid. 3.3.1 s'agissant d'une procédure avec l'assurance-accident ; RAMA 1990 n° U 115 p. 389 [U 106/89] consid. 4d et e).

L'influence de l'âge sur la possibilité d'exploiter les capacités restantes sur un marché du travail équilibré ne peut pas être mesurée selon une règle générale, mais dépend des circonstances du cas d'espèce. Il faut ainsi, dans le cas concret, procéder à une analyse globale de la situation en examinant si un employeur potentiel consentirait objectivement à engager l'assuré, compte tenu notamment des activités qui restent exigibles de sa part en raison d'affections physiques ou psychiques, de l'adaptation éventuelle de son poste de travail à son handicap, de son expérience professionnelle et de sa situation sociale, de ses capacités d'adaptation à un nouvel emploi, du salaire et des contributions patronales à la prévoyance professionnelle obligatoire, ainsi que de la durée prévisible des rapports de travail (ATF 138 V 457 consid. 3.1 ; arrêts 9C_153/2011 du 22 mars 2012 consid. 3.1 et 9C_918/2008 du 28 mai 2009 consid. 4.2.2 avec les références).

Dans la pratique, le Tribunal fédéral pose des conditions exigeantes et il faut que les obstacles soient importants pour que l'on admette que la capacité résiduelle de travail d'une personne d'un certain âge ne peut plus être mise en valeur et que l'on conclue que ses chances d'être engagée sur un marché du travail considéré de par la loi comme

équilibré ne sont plus intacts (arrêt 8C_96/2012 du 9 mai 2012 consid. 7). L'âge avancé seul n'est pas obligatoirement déterminant (arrêt 8C_839/2013 du 13 mars 2014 consid. 5.3.2.2 ; cf. également arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5340 du 12 septembre 2017 consid. 13 ; C-683/2015 du 20 septembre 2016 consid. 8.5 et les réf. cit.). Les cas où le Tribunal fédéral a admis qu'un assuré ne pouvait plus mettre à profit sa capacité résiduelle de travail résultent davantage d'une combinaison de plusieurs critères défavorables venant s'ajouter à l'âge avancé (taux d'activité exigible, éventail d'activités exigibles, formation et expérience professionnelle, absence prolongée du marché du travail).

Le moment où la question de la mise en valeur de la capacité (résiduelle) de travail pour un assuré proche de l'âge de la retraite doit être examinée correspond au moment où il a été constaté que l'exercice (partiel) d'une activité lucrative était médicalement exigible (ATF 146 V 16 consid. 7.1 ; 145 V 2 consid. 5.3.1 ; 138 V 457 consid. 3 et les références citées).

5.2 En l'espèce, à la date déterminante du 26 octobre 2020, le recourant était âgé de 61 ans et 3 mois, soit un âge proche de l'âge légal de la retraite si bien qu'il faisait partie de la catégorie des assurés d'un « âge avancé », de sorte qu'il sied d'examiner l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles afin de déterminer si le recourant pouvait encore raisonnablement mettre en valeur sa capacité résiduelle de travail sur un marché du travail équilibré.

A cet égard, il convient de relever en première ligne que l'assuré, malgré son atteinte à la santé, peut exercer à temps complet de nombreuses activités adaptées, légères et essentiellement sédentaires, comme l'a relevé le service de réadaptation de l'intimé dans sa prise de position du 22 avril 2021. Sa solide expérience dans le domaine de la coiffure lui permettrait notamment de trouver un emploi dans la vente/représentation de produits capillaires ou esthétiques. En outre, en octobre 2020, cela faisait moins d'une année que le recourant était en incapacité de travail. En tant que chef d'entreprise, il ne s'était pas éloigné de la vie active et du marché du travail, en continuant à chapeauter ses employés, qui ont fait au mieux pour le remplacer (cf. protocole d'entretien téléphonique du 4 juillet 2019). Enfin, il sied de rappeler que l'offre de main d'œuvre pour des activités simples non physiques n'est en principe pas influencée de façon déterminante par l'âge des demandeurs d'emploi (arrêts I 39/04 du 20 juillet 2004 consid. 2.4 ; 9C_610/2007 du 23 octobre 2007 consid. 4.3).

Au vu de l'ensemble des circonstances, il n'apparaît par conséquent pas irréaliste que l'intéressé puisse mettre à profit sa capacité résiduelle de travail sur un marché de l'emploi équilibré (cf. arrêt du Tribunal fédéral administratif C-396/2011 du 26 mars 2012 consid. 14 ; également arrêts du Tribunal fédéral I 304/06 du 22 janvier 2007 consid. 4.2; 9C_610/2007 du 23 octobre 2007 consid. 4.3).

Au demeurant, l'intimé a tenu compte de manière appropriée des effets des handicaps du recourant en lui concédant un abattement de 15% sur le salaire statistique après invalidité. Dès lors, le Tribunal estime que le recourant reste capable de mettre à profit sa capacité résiduelle de travail sur un marché équilibré.

6. Mal fondé en tous points, le recours est rejeté et la décision entreprise du 5 janvier 2021 confirmée.

7.1 Le recourant, qui n'a pas obtenu gain de cause, supportera les frais arrêtés à 500 fr. (art. 69 al. 1bis LAI). Son indigence ayant toutefois été reconnue et aucun indice ne permettant de retenir que sa situation économique se serait modifiée depuis lors, le recourant est dispensé de verser les frais de la cause, lesquels sont provisoirement supportés par la caisse de l'Etat du Valais.

7.2 M^e Régis Loretan ayant été désigné comme avocat d'office dès le 5 février 2021, le recourant a droit à des dépens au tarif de l'assistance judiciaire. Selon l'article 30 alinéa 1 de la loi fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives (LTar) du 11 février 2009, le conseil juridique habilité à se faire indemniser en vertu des dispositions en matière d'assistance judiciaire perçoit, en sus du remboursement de ses débours justifiés, des honoraires correspondant au 70% des honoraires prévus aux articles 31 à 40, mais au moins à une rémunération équitable telle que définie par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Selon l'article 40 alinéa 1 LTar, pour la procédure devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, les honoraires sont fixés entre 550 et 11 000 francs.

Sur la base du dossier, la Cour fixe les débours de M^e Loretan forfaitairement, en l'absence de décompte, à 20 fr. (deux envois et une vingtaine de copies). Quant aux honoraires, ils sont arrêtés à la somme de 1400 fr. (TVA comprise) compte tenu de la relative simplicité de la cause et de l'ampleur du travail de l'avocat du recourant, qui a rédigé un bref recours et une réplique (art. 26 al. 1 et 40 al. 1 LTar). Partant, compte tenu du tarif applicable en assistance judiciaire (70% de 1400 fr. + 20 fr. de débours), le montant de 1000 fr. sera versé à M^e Loretan par l'Etat du Valais dans le cadre de l'assistance judiciaire.

7.3 Le recourant est rendu attentif au fait qu'il devra rembourser les frais judiciaires ainsi que la rémunération du défenseur à la caisse de l'Etat du Valais s'il devient ultérieurement en mesure de le faire (art. 17 OAJ ; RVJ 2000 p. 152).

Prononce

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais, par 500 francs, sont mis à la charge de X _____, mais sont provisoirement supportés par l'État du Valais au titre de l'assistance judiciaire.
3. L'État du Valais versera à M^e Régis Lorétan une indemnité de 1000 francs au titre de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours.

Sion, le 7 février 2023