



---

Cour III  
C-5214/2008/

{T 0/2}

## Arrêt du 10 juin 2010

---

Composition

Johannes Frölicher (président du collège),  
Madeleine Hirsig, Francesco Parrino, juges,  
Valérie Humbert, greffière.

---

Parties

**A.**\_\_\_\_\_, décédé, pour lui sa veuve, **B.**\_\_\_\_\_,  
représentée par Jean-Marie Agier, Intégration Handicap,  
place du Grand-Saint-Jean 1, 1003 Lausanne,  
recourante,

contre

**Office de l'assurance-invalidité pour les assurés  
résidant à l'étranger (OAIE),**  
avenue Edmond-Vaucher 18, case postale 3100,  
1211 Genève 2,  
autorité inférieure.

---

Objet

prestations AI, décision du 17 juin 2008.

**Faits :**

**A.** A.\_\_\_\_\_ est un ressortissant serbe, né en 1952, marié et père de trois enfants adultes (pce 1). Il a travaillé en Suisse durant 15 ans, de 1972 à 1988 ( pces 15 à 18), en dernier lieu comme employé de cuisine dans un hôpital gériatrique à Z.\_\_\_\_\_. De retour dans son pays, il a été employé comme aide cuisinier dans la même entreprise de 1988 à 2005 (pces 20 et 57).

**B.**

**B.a** Souffrant d'un cancer de l'estomac opéré en 2005, A.\_\_\_\_\_ a déposé le 28 août 2006 une demande de prestations de l'assurance invalidité (AI; pces 1 et 2). A.\_\_\_\_\_ est décédé le 2 mars 2007 et c'est sa veuve B.\_\_\_\_\_ qui a poursuivi la procédure en son nom (pces 11 et 12), épaulée par une assistante sociale de la ligue vaudoise contre le cancer (ci-après: la ligue; pce 21).

**B.b** En cours d'instruction, ont été versés en cause plusieurs documents médicaux desquels il ressort que A.\_\_\_\_\_ a été hospitalisé du 28 septembre 2005 au 18 octobre 2005 dans une clinique à Y.\_\_\_\_\_ et a subi le 7 octobre 2005 une intervention en néoplastie de l'estomac en raison d'un carcinome (pce 50). Par la suite, le 7 février 2006, il est admis aux soins intensifs du Centre de santé de X.\_\_\_\_\_, où il va séjourner pendant 6 jours pour des pertes de connaissances, des vertiges, marche instable, nausées, épuisement et fatigue ainsi que des douleurs rétrosternales. Selon le chirurgien une oesophagogastroduodenoscopie était indiquée (pce 54). Une expertise médicale a été entreprise par la Dresse C.\_\_\_\_\_ le 6 juillet 2006, médecin au Fonds de l'assurance vieillesse et invalidité des salariés de la République de Serbie. Ce médecin retient le diagnostic de tumeur maligne de l'estomac (classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes CIM [ICD-10] C16), status post gastrectomie totale, status post "GEA TT ET EEA TL RETROCOLICA", spondylosis lombaire, discopathie L5 S1, presbytie et une atteinte au nerf acoustique. Elle estime l'incapacité de travail totale depuis le 5 décembre 2005 en raison d'une aggravation de l'état de santé (pce 55). Un rapport de la clinique d'oncologie de Y.\_\_\_\_\_ du 18 août 2006 émanant des Drs D.\_\_\_\_\_, interniste et E.\_\_\_\_\_ relève notamment un duodénum sur pancréas aberrant, des lésions précancéreuses, des métastases

au foie (pce 53). Le 25 août 2006, ces mêmes médecins proposent une chimiothérapie.

**B.c** Cette documentation médicale est soumise à la Dresse F.\_\_\_\_\_, médecin généraliste au service médical régional (SMR) de l'Al. Dans son appréciation, elle note que l'assuré a été opéré le 7 octobre 2005 et que le déroulement postopératoire est sans problème. Elle estime le temps de rétablissement à environ trois mois à partir desquels une activité légère telle aide-cuisinier est de nouveau exigible. Concernant la courte hospitalisation de février 2006, elle remarque qu'à ce moment-là des flatulences et des irrégularités dans les selles étaient décrites, ce qui ne saurait justifier une incapacité de travail dans des activités légères. En août 2006, en revanche les métastases hépatiques et la chimiothérapie empêchent l'assuré de travailler dans une quelconque activité (pce 59).

### **C.**

**C.a** Par projet de décision du 13 novembre 2007, l'OAIE a informé B.\_\_\_\_\_ de son intention de rejeter la demande de prestations Al au motif que l'invalidité était survenue le 1<sup>er</sup> août 2006 et que l'assuré était décédé avant l'échéance du délai de carence légal d'un an (pce 60).

**C.b** Par courrier du 20 décembre 2007 qui faisait suite à un entretien téléphonique du 17 ct, B.\_\_\_\_\_, agissant par l'entremise de la ligue, a fait part de ses objections et requis la production du dossier complet de la cause afin de se prononcer en toute connaissance (pces 61 et 62), ce qui fut fait le 17 janvier 2008 (pce 63).

**C.c** Le 20 février 2008, B.\_\_\_\_\_ a produit un certificat médical daté du 2 février 2008 et provenant du Dr G.\_\_\_\_\_, médecin du travail, lequel atteste que du fait de sa maladie, A.\_\_\_\_\_ était inapte au travail du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2006 (pces 68 à 70).

**C.d** Par courrier du 11 avril 2008, le nouveau représentant de B.\_\_\_\_\_ requiert un délai au 15 mai 2008 pour réagir au projet de décision du 13 novembre 2007 (pce 73), ce qui lui fut refusé (pce 75).

**C.e** Invité à se prononcer sur le nouveau certificat médical produit en procédure d'audition, la Dresse F.\_\_\_\_\_ a affirmé le 29 mai 2008 qu'il n'était pas de nature à modifier sa position (pce 79).

**C.f** Par décision du 17 juin 2008, l'OAIE a rejeté la demande de prestations AI.

**D.**

**D.a** Par acte du 12 août 2008, B.\_\_\_\_\_ interjette recours contre cette décision par devant le Tribunal administratif fédéral (TAF) concluant à son annulation et au versement d'une rente entière du 1<sup>er</sup> mai 2006 au 31 mars 2007. A l'appui de ses conclusions, elle fait valoir en substance que, d'une part, son mari était incapable de travailler depuis le 5 mai 2005, date du début du délai de carence et que, d'autre part, l'autorité n'a pas prouvé à satisfaction qu'il pouvait reprendre une activité depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006. Elle se plaint également de n'avoir toujours pas pu consulter le dossier de la cause.

**D.b** Dans sa réponse du 17 décembre 2008, l'autorité inférieure relatant la chronologie des faits et citant les dispositions légales topiques constate que A.\_\_\_\_\_ n'a pas présenté une incapacité de travail de 50% pendant au moins une année au sens de la loi. Elle propose le rejet du recours et la confirmation de la décision attaquée.

**D.c** Par ordonnance du 7 janvier 2009, le TAF transmet une copie de la réponse de l'autorité inférieure ainsi que le dossier de la cause à la connaissance de la recourante en l'invitant à répliquer et à s'acquitter d'une avance sur les frais de procédure présumés, laquelle fut versée dans le délai imparti et diligemment prolongé.

**D.d** Par réplique du 17 février 2009, la recourante soutient que son mari était très gravement atteint dans sa capacité de travail de mars à juillet 2006, ce qu'attestent tant le rapport de son hospitalisation du 13 février 2006 que l'expertise de la Dresse C.\_\_\_\_\_ du 6 juillet 2006.

**D.e** Par duplique du 2 mars 2009, l'autorité inférieure maintient ses conclusions au motif que les doléances de B.\_\_\_\_\_ ne constituent pas des moyens de preuves suffisants et qu'aucun élément ne vient mettre en doute la prise de position du médecin du SMR.

**D.f** Dans sa triplique du 8 avril 2009, la recourante dit prendre note de l'absence de réponse de l'autorité inférieure aux arguments développés dans sa réplique, ce qu'elle interprète comme un aveu.

**D.g** Par ordonnance du 17 avril 2009, le TAF porte la triplique de la recourante à la connaissance de l'autorité inférieure.

## **Droit :**

### **1.**

**1.1** Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE) concernant l'octroi de prestations d'invalidité peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 69 al. 1 let. b de la Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20), celui-ci est dès lors compétent pour connaître de la présente cause.

**1.2** En vertu de l'art. 3 let. d<sup>bis</sup> PA, auquel renvoie l'art. 37 LTAF, la procédure en matière d'assurances sociales n'est pas régie par la PA dans la mesure où la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) est applicable. Selon l'art. 2 LPGA, les dispositions de la présente loi sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale, si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient. Or, l'art. 1 al. 1 LAI mentionne que les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26<sup>bis</sup> et 28 à 70), à moins que la LAI ne déroge à la LPGA.

**1.3** Selon l'art. 59 LPGA, quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir. Ces conditions sont remplies en l'espèce, la veuve étant destinataire de la décision attaquée.

**1.4** Déposé en temps utile compte tenu de fêtes (art. 22a PA) et dans les formes requises par la loi (art. 60 LPGA et 52 PA), le recours est donc recevable.

### **2.**

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié

par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2002, ch. 2.2.6.5, p. 265 ). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal administratif fédéral définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (cf. art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 122 V 157 consid. 1a, ATF 121 V 204 consid. 6c; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 61.31 consid. 3.2.2; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, p. 22 n. 1.55, ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd. Zurich 1998 n. 677).

### 3.

L'assuré était ressortissant de la République de Serbie où il a son domicile depuis avril 1988. Étant donné que la Suisse n'a pas conclu d'accords portant sur la sécurité sociale avec la République de Serbie, la Convention du 8 juin 1962 entre la Confédération suisse et la République populaire fédérative de Yougoslavie relative aux assurances sociales (ci-après: la Convention bilatérale, RS 0.831.109.818.1) est applicable (cf. à ce sujet ATF 122 V 381 consid. 1; ATF 119 V 98 consid. 3). Selon l'art. 2 en relation avec l'art. 1 al. 1 let. b (ii) de cet accord, les ressortissants suisses et yougoslaves jouissent de l'égalité de traitement quant aux droits et aux obligations résultant de la législation sur l'assurance-invalidité, sous réserve de dispositions particulières contenues dans cette convention. L'accord ne comprenant aucune exception au principe d'égalité de traitement quant aux exigences à remplir pour ouvrir un droit à une rente d'invalidité en Suisse et quant aux règles de procédure applicables, il convient donc de se référer exclusivement au droit suisse pour statuer sur la présente demande de prestations.

### 4.

La décision litigieuse est datée du 17 juin 2008. S'agissant du droit applicable, il convient donc encore de préciser que le 1<sup>er</sup> janvier 2008 les modifications de la LAI introduites par la nouvelle du 6 octobre 2006 (5<sup>e</sup> révision) sont entrées en vigueur (RO 2007 5129). Eu égard au

principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 445 consid. 1.2), si le cas d'assurance survient avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008, ce sont les normes en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 qui s'appliquent. Selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant jusqu'au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 116 V 246 consid. 1a et les arrêts cités). En l'espèce, l'assuré a déposé une demande de prestations AI le 28 août 2006 se prévalant d'une atteinte à la santé ayant pris naissance en mai 2005. Partant, les dispositions topiques sont donc citées dans le présent arrêt dans leur teneur en vigueur au 31 décembre 2007 (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C\_48/2009 du 28 avril 2009 consid. 4).

## 5.

Selon les normes applicables, tout requérant, pour avoir droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse, doit remplir cumulativement les conditions suivantes:

- être invalide au sens de la LPGA et de la LAI (art. 8 LPGA et 4, 28, 29 al. 1 LAI),
- compter une année entière au moins de cotisations (art. 36 al. 1 LAI).

Le requérant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus d'une année au total et remplit donc la condition de la durée minimale de cotisations. Il reste à examiner si et dans quelle mesure il était invalide.

## 6.

**6.1** Aux termes de l'art. 8 LPGA, est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée. L'art. 4 LAI précise que l'invalidité peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident. L'al. 2 de cette disposition mentionne que l'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération.

**6.2** Par incapacité de travail, on entend toute perte, totale ou partielle, résultant d'une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique, de

l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (art. 6 LPGGA). L'incapacité de gain est définie à l'art. 7 LPGGA et consiste dans toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré, sur un marché de travail équilibré, 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.

**6.3** L'assuré a droit à un quart de rente s'il est invalide à 40% au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50%, à trois-quarts de rente s'il est invalide à 60% et à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins (art. 28 al. 1 LAI). Les rentes ordinaires correspondant à un taux d'invalidité inférieur à 50% ne sont versées qu'aux ressortissants yougoslaves qu'aussi longtemps qu'ils conservent leur domicile en Suisse (art. 28 al. 1<sup>er</sup> LAI et art. 8 let. e de la Convention bilatérale).

**6.4** Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI, le droit à une rente naît dès que l'assuré présente une incapacité de gain durable de 40% au moins (lettre a) ou dès qu'il a présenté en moyenne, une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année sans interruption notable (lettre b; ATF 121 V 264 ss). D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la lettre a s'applique si l'état de santé de l'assuré est stabilisé et a acquis un caractère essentiellement irréversible, la lettre b si l'état de santé est labile, c'est-à-dire susceptible d'une amélioration ou d'une aggravation (ATF 111 V 21 consid. 2; ATF 99 V 98 consid. 1; ATF 96 V 42 consid. 1). Le délai d'attente selon l'art. 29 al. 1 let. b LAI est réputé avoir commencé dès qu'il a été possible de constater une incapacité de travail de 20% (chiffre marginal 2020 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impuissance de l'assurance-invalidité [CIIAI] de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS], dans sa version valable dès le 1<sup>er</sup> janvier 2004; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [Pratique VSI] 2/1998 p. 126 consid. 3c). Il y a interruption notable de l'incapacité de travail au sens de l'art. 29 al. 1 let. b LAI, lorsque l'assuré a été entièrement apte au travail pendant trente jours consécutifs au moins (art. 29<sup>ter</sup> du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI, RS 831.201). Selon la jurisprudence toutefois, les assurés qui n'ont ni leur domicile ni leur résidence

habituelle en Suisse – sauf les assurés ressortissants suisses ou dans pays membre de l'Union européenne – ne peuvent prétendre une rente en vertu de l'art. 29 al. 1 let. b LAI que s'ils ont subi, durant une année, une incapacité de travail moyenne de 50% au moins et que le degré d'invalidité est de 50% au moins au terme de la période d'attente (cf. ATF 121 V 264).

**6.5** Aux termes des art. 8 LPGA et 4 al. 1 LAI, l'objet assuré n'est pas l'atteinte à la santé physique, mais les conséquences économiques de celles-ci, à savoir une incapacité de gain probablement permanente ou de longue durée. Ainsi le taux d'invalidité ne se confond pas nécessairement avec le taux d'incapacité fonctionnelle déterminé par le médecin; ce sont les conséquences économiques objectives de l'incapacité fonctionnelle qu'il importe d'évaluer (ATF 110 V 273 consid. 4). Le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que les données fournies par les médecins constituent un élément utile pour déterminer quels travaux peuvent encore être exigés de l'assuré (ATF 125 V 256 consid. 4, ATF 115 V 133 consid. 2, ATF 114 V 310 consid. 3c, ATF 105 V 156 consid. 1; RCC 1991 p. 331 consid. 1c).

## 7.

**7.1** Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu un recours) a besoin de documents que le médecin, éventuellement aussi d'autres spécialistes, doivent lui fournir. L'art. 69 RAI prescrit que l'Office AI réunit les pièces nécessaires, en particulier sur l'état de santé du requérant, son activité, sa capacité de travail et son aptitude à être réadapté, ainsi que sur l'indication de mesures déterminées de réadaptation; à cet effet peuvent être exigés ou effectués des rapports ou des renseignements, des expertises ou des enquêtes sur place, il peut être fait appel aux spécialistes de l'aide publique ou privée aux invalides. En outre, afin que soient vérifiées les conditions médicales du droit aux prestations, l'Office AI soumet les pièces nécessaires au service médical régional compétent (art. 69 al. 4 et art. 49 al. 1 RAI), lequel remet à l'Office AI un rapport écrit. Un tel rapport ne constitue pas un examen médical sur la personne de l'assuré au sens de l'art. 49 al. 2 RAI, mais un rapport au sens de l'art. 49 al. 3 RAI. Il ne se fonde pas sur des examens médicaux effectués par le service médical régional lui-même, bien que l'art. 49 al. 2 RAI prévoie de tels examens au besoin, mais contient les résultats de l'examen des conditions médicales du droit aux

prestations et une recommandation, sous l'angle médical, concernant la suite à donner à la demande de prestations. Ce rapport a de ce fait une autre fonction que les expertises médicales au sens de l'art. 44 LPGA. Il ne pose pas de nouvelles conclusions médicales mais porte une appréciation sur celles déjà existantes. Au vu de ces différences, il ne doit pas remplir les mêmes exigences au niveau de son contenu que les expertises médicales. On ne saurait en revanche lui dénier toute valeur probante. Il a notamment pour but de résumer et de porter une appréciation sur la situation médicale d'un assuré, ce qui implique aussi, en présence de pièces médicales contradictoires, de dire s'il y a lieu de se fonder sur l'une ou l'autre ou s'il y a lieu de procéder à une instruction complémentaire (arrêts du Tribunal fédéral 9C\_581/2007 du 14 juillet 2008 consid. 3.2 et 9C\_341/2007 du 16 novembre 2007 consid. 4.1; voir consid. 8.3).

**7.2** 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. Il lui appartient de décrire les activités que l'on peut encore raisonnablement attendre de l'assuré compte tenu de ses atteintes à la santé (influence de ces atteintes sur sa capacité à travailler en position debout et à se déplacer; nécessité d'aménager des pauses ou de réduire le temps de travail en raison d'une moindre résistance à la fatigue, par exemple), en exposant les motifs qui le conduisent à retenir telle ou telle limitation de la capacité de travail. Lorsqu'il est clair d'emblée que l'exercice d'activités relativement variées est encore exigible de l'intéressé, un renvoi général à un marché du travail équilibré, structuré de telle sorte qu'il offre un éventail d'emplois diversifié, est suffisant (arrêt du Tribunal fédéral I 636/06 du 22 septembre 2006 consid. 3.2; Pratique VSI 6/1998 p. 296 consid. 3b).

**7.3** Le juge des assurances sociales doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle que soit leur provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Avant de conférer pleine valeur probante à un rapport médical, il s'assurera que les points litigieux ont fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prend également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il a été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale sont claires et enfin que les

conclusions de l'expert sont dûment motivées (ATF 125 V 351 consid. 3a et les références).

**7.4** Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, art. 42 n° 19 p. 536; ATF 122 II 464 consid. 4a). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst (Sozialversicherungsrecht [SVR] 2001 IV n° 10 p. 28).

## **8.**

**8.1** En l'espèce, les diagnostics retenus par les différentes autorités médicales ayant examiné le dossier concordent dans l'ensemble. Le point litigieux étant de déterminer quand a débuté le délai d'attente de l'art. 29 al. 1 let b LAI ce qui implique de se déterminer sur la capacité résiduelle de travail de l'assuré durant différentes périodes. En effet, l'autorité intimée retient que le requérant a subi une atteinte à sa santé entraînant une incapacité totale du 28 septembre 2005 (date de son hospitalisation, cf. pce 50) au 31 décembre 2005 (trois mois de convalescence selon la Dresse du SMR; cf. pce 79), puis du 7 février 2006 (date de son hospitalisation aux soins intensifs, cf. pce 54) au 28 février 2006. Une incapacité entière de travail et de gain est reconnue ensuite depuis le 1<sup>er</sup> août 2006 (diagnostic de métastases hépatiques) jusqu'au décès (2 mars 2007). Selon l'autorité intimée, laquelle s'appuie sur les constatations de son service médical, entre ses périodes d'incapacité, feu A. \_\_\_\_\_ était apte à reprendre son activité d'aide cuisinier à 100%. De son point de vue, il y a eu une interruption notable du délai d'attente ouvert le 28 septembre 2005 par l'aptitude présumée au travail de l'assuré du 1<sup>er</sup> janvier au 6 février 2006 (cf. art. 29<sup>ter</sup> LAI, *supra* consid. 6.4), si bien qu'un nouveau délai de carence a commencé à courir à partir de la nouvelle incapacité de travail reconnue à partir du 1<sup>er</sup> août 2006 avec pour conséquence que ce délai n'était pas échu au décès de l'assuré.

**8.2** Or, selon la recourante, le délai d'attente a débuté déjà le 10 mai 2005 et n'a pas du tout été interrompu puisque selon elle, son mari

était dans l'impossibilité d'exercer une quelconque activité depuis cette date jusqu'à son décès, ce que confirme tant le rapport de la Dresse C.\_\_\_\_\_ du 6 juillet 2006 que celui du Dr G.\_\_\_\_\_ du 7 février 2008.

**8.3** Pour la détermination de l'incapacité de travail moyenne pendant le délai d'attente, les motifs de santé importent peu dans le sens que les causes peuvent être de différentes nature et intervenir successivement ou de manière cumulative (chiffre marginal 2019 CIIAI). En l'espèce la date retenue par l'autorité inférieure surprend en ce sens qu'elle coïncide avec le premier jour d'hospitalisation du requérant, lequel va subir en raison d'un adénocarcinome une gastrectomie et une omentectomie avec reconstruction digestive. Vu la gravité de l'affection, il semble pour le moins douteux que l'assuré était apte à exercer son activité professionnelle jusqu'au jour de son hospitalisation. Il n'en reste pas moins que le dossier est lacunaire sur ce point – comme sur d'autres – le requérant n'ayant pas complété dans le formulaire de sa demande initiale la section concernant son atteinte à la santé. Le seul indice d'une incapacité de travail antérieure figure dans le questionnaire à l'employeur, lequel indique comme dernier jour de travail le 9 mai 2005, sans toutefois préciser, alors que la question lui était posée, les motifs de l'arrêt de travail (pce 20). A.\_\_\_\_\_ travaillait comme aide cuisinier au service de cette entreprise depuis le 1<sup>er</sup> avril 1988 (date de son retour au pays). La durée de l'engagement (17 ans) et la date du départ, au milieu d'un mois (9 mai), permettent aussi de supposer qu'il a cessé son activité pour des raisons de santé. De surcroît, bien que ce soit à chaque fois par la négative, l'employeur a répondu aux questions pré-formulées relatives à la compatibilité à l'activité exercée de l'atteinte à la santé de l'assuré. On trouve encore au dossier une ordonnance médicale illisible visiblement datée du 25 mars 2005 (pce 22) qui viendrait renforcer la présomption d'une atteinte à la santé déjà à cette date-là.

**8.4** Quand bien même la réduction de la capacité de travail (qui doit être indiscutable mais d'au moins 20%, cf. *supra* consid. 6.4) débiterait le 10 mai 2005, il faut encore qu'elle n'aie pas subi d'interruption notable jusqu'à son échéance et que l'assuré présente toujours à son terme une incapacité de travail de 50% pour que le droit à une rente prenne naissance (cf. *supra* consid. 6.4).

L'autorité inférieure estime que l'assuré a retrouvé sa pleine et entière capacité de travail dès le 1<sup>er</sup> janvier 2006. Cet avis repose sur l'appréciation de son service médical qui évalue à trois mois environ le temps de convalescence. Or si cette donnée ne peut être qu'approximative, elle ne peut toutefois courir qu'à partir de l'opération et non depuis le jour de l'hospitalisation. Il s'en suit qu'au plutôt, le requérant aurait éventuellement été apte à travailler depuis le 8 janvier 2006. De surcroît, la lettre de sortie du centre de santé attestant de l'hospitalisation du 7 février au 13 février 2006 évoque des atteintes à la santé ayant débuté sept jours avant l'entrée aux soins intensifs. Il s'en suit qu'il est fort douteux que l'on puisse, aussi simplement que l'autorité intimée l'a fait, comptabiliser trente jours consécutifs d'aptitude totale au travail en janvier 2006. Il n'est pas inutile de rajouter à ce sujet que la reconstruction digestive entraîne une lente réalimentation postopératoire provoquant souvent des diarrhées et des problèmes de vidange qui peuvent troubler le rendement de l'activité professionnelle (cf. à ce sujet PHILIPPE DUCROTTÉ/ISABELLE LEBLANC-LOUVRY/PIERRE MICHEL, Qualité de vie après gastrectomie et duodéno-pancréatectomie céphalique in: Gastroentérologie Clinique et Biologique Vol 24, N° 5, Paris 2000, p. 24 – 30). Quant à l'état de santé au-delà du 1<sup>er</sup> mars 2006, il n'est pas clair non plus. Il est difficile de se rallier sans autre à la position du SMR qui estime que l'assuré peut travailler dès lors à nouveau à 100%. A la sortie de clinique en février 2006, le rapport préconisait un contrôle dans les 10 jours et une oesophagogastroduodénoscopie, mais aucune pièce médicale ne vient confirmer l'effectivité de ses examens ni ne donne leurs résultats. A la seule lecture du dossier, la Dresse F.\_\_\_\_\_ admet une pleine capacité de travail là où deux autres médecins, l'un ayant visiblement rencontré l'assuré – la Dresse C.\_\_\_\_\_ – et l'autre également à la seule lecture du dossier – le Dr G.\_\_\_\_\_ – l'excluent. En août 2006, l'état de santé de l'assuré s'est très gravement aggravé, ce qui n'est pas contesté, par la présence de métastases hépatiques. Là encore il semble douteux à la Cour de céans que l'apparition de métastases n'aie pas entraîné dans les semaines précédentes une altération de la capacité de travail.

Pour que les conditions nécessaires à la naissance du droit à une rente soient satisfaites, il suffit, dès lors qu'en raison des indices susmentionnés l'on admette que le délai d'attente a débuté le 10 mai 2005 et a couru sans interruption notable en tous les cas jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2006, que, de cette date jusqu'au 9 mai 2006, l'incapacité de travail

soit encore réduite. Que par la suite ce degré d'invalidité fluctue (de juin à juillet), cela est sans importance eu égard à l'art. 88a RAI qui veut qu'un tel changement doit durer trois mois au moins pour reconsidérer le droit à la rente. Or, il est incontesté que depuis le 1<sup>er</sup> août 2006, l'assuré est à nouveau incapable de travailler à 100%.

**9.** Au vu de ce qui précède, le faisceau d'indices existant conduit la Cour de céans à donner acte aux conclusions de la recourante. En effet les certificats des Drs C.\_\_\_\_\_ et G.\_\_\_\_\_ attestant d'une atteinte importante à la capacité de travail de l'assuré apparaissent tout à fait plausibles dans le contexte d'une maladie grave qui a conduit le patient à la mort dans un bref délai. Il est en effet très vraisemblable que depuis son hospitalisation en septembre 2005, A.\_\_\_\_\_ n'a pas recouvré un état de santé lui permettant de reprendre une activité professionnelle. S'il subsiste une incertitude quant au début de l'incapacité de travail, force est de constater qu'il a cessé de travailler dès mai 2005, très probablement pour des raisons de santé. Le recours est donc admis et la décision litigieuse réformée dans le sens qu'il est dit que A.\_\_\_\_\_ avait droit à une rente entière dès le 1<sup>er</sup> mai 2006 jusqu'à son décès le 2 mars 2007. Le dossier est retourné à l'autorité inférieure afin qu'elle procède au calcul de la rente et rende une décision à cet égard.

## **10.**

**10.1** Compte tenu de l'issue du litige, il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 63 al. 1 et 2 PA). En conséquence, l'avance de frais de Fr. 300.-- déjà versée par la recourante lui sera restituée sur le compte bancaire qu'elle aura désigné, une fois le présent arrêt entré en force.

**10.2** Il reste à examiner la question des dépens relatifs à la procédure devant l'autorité de céans. Les art. 64 PA et 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2) permettent au Tribunal d'allouer à la partie ayant obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. Les honoraires du représentant sont fixés, selon l'appréciation de l'autorité, en raison de l'importance et de la difficulté du litige, ainsi que d'après le travail et le temps que le représentant a dû y consacrer. Selon la jurisprudence, la partie qui a formé recours est réputée avoir obtenu

gain de cause lorsque la cause est renvoyée à l'administration pour instruction complémentaire et nouvelle décision (ATF 132 V 215 consid. 6.2). En l'espèce, le travail accompli par le représentant de la recourante en instance de recours a consisté principalement dans la rédaction d'un recours de 4 pages et d'une réplique de 3 pages et de deux courriers supplétifs. Il se justifie, eu égard à ce qui précède, de lui allouer une indemnité à titre de dépens de Fr. 1'800.- à charge de l'OAIE.

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est admis.

**2.**

La décision du 17 juin 2008 est réformée dans le sens qu'il est dit que A.\_\_\_\_\_ avait droit à une rente entière d'invalidité dès le 1<sup>er</sup> mai 2006 jusqu'à son décès le 2 mars 2007.

**3.**

Le dossier est retourné à l'autorité inférieure afin qu'elle procède au calcul de la rente et rende une décision à cet égard.

**4.**

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais de Fr. 300.-- déjà versée par la recourante lui sera restituée sur le compte bancaire qu'elle aura désigné, une fois le présent arrêt entré en force.

**5.**

Une indemnité de dépens de Fr. 1'800.- est allouée à la recourante à la charge de office de l'assurance invalidité pour les assurés résidant à l'étranger

**6.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. ; Recommandé)
- à l'Office fédéral des assurance sociales

Le président du collège :

La greffière :

Johannes Frölicher

Valérie Humbert

**Indication des voies de droit :**

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition :