



Arrêt du 21 octobre 2014

Composition

Madeleine Hirsig-Vouilloz, juge unique,
Nicole Ricklin, greffière.

Parties

A. _____,
représenté par Maître Albert J. Graf,
recourant,

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

Assurance invalidité (décision du 9 septembre 2013).

Faits :**A.**

A. _____, ressortissant portugais, né le (...) 1956, a travaillé en Suisse de 1980 à 1994 et cotisé à l'AVS/AI suisse (AI pce 20). Depuis avril 2012 il n'exerce plus d'activité lucrative suite à des problèmes de la colonne cervicale (AI pce 14). Il est au bénéfice d'une rente d'invalidité de la Sécurité sociale du Luxembourg depuis le 20 août 2012 selon la décision de l'organe de Sécurité sociale du 20 janvier 2014.

B.

Le 29 avril 2013, l'assuré a présenté une demande de prestations auprès de l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE), arguant qu'il présentait une incapacité totale de travail dans son activité habituelle de maçon, avait dû se soumettre à une opération du rachis cervical le 12 septembre 2012 et bénéficiait d'une rente de la Sécurité sociale luxembourgeoise depuis le 1^{er} octobre 2012.

C. Selon le rapport E213 de la Sécurité sociale du Luxembourg du 25 mars 2013 (AI pce 4), l'assuré présente les diagnostics suivants: spondylodèse cervicale C5-C6-C7, diabète non insulino-dépendant et dépression, il est incapable d'exercer une profession quelconque. Dans sa prise de position du 23 juin 2013 (AI pce 28), le médecin de l'OAIE a relevé que l'assuré avait subi une intervention au rachis cervical le 12 septembre 2012, qu'on évoquait un trouble dépressif, mais qu'aucun traitement psychopharmacologique ni suivi psychiatrique n'était documenté, que l'ancienne activité de maçon n'était plus exigible, mais qu'une activité adaptée à l'état de santé restait exigible à plein temps, l'assuré ne présentant pas de déficit neurologique. Dans sa comparaison de salaires du 18 juillet 2013, l'OAIE a retenu un salaire mensuel sans invalidité de CHF 5'753.57 et un salaire mensuel d'invalidité de CHF 3'760.55, tenant compte d'un abattement de 20 %, ce qui correspond à un degré d'invalidité de 34,64 % (AI pce 30).

D.

Par projet de décision du 22 juillet 2013 (AI pce 31), l'OAIE a signifié à l'assuré qu'il entendait rejeter la demande de prestations parce que l'assuré ne présentait pas d'invalidité au sens des dispositions légales. Par décision du 6 septembre 2013 (AI pce 33), l'OAIE a rejeté la demande de prestations parce que l'assuré présentait une pleine capacité de travail dans une activité adaptée à l'état de santé avec une perte de gain de 35 %.

E.

Le 10 octobre 2013, l'assuré a interjeté recours contre cette décision devant le Tribunal administratif fédéral (TAF pce 1). Dans son mémoire complémentaire de recours du 20 janvier 2014 (TAF pce 8), il a argué que la décision attaquée était arbitraire car son résultat était totalement différent de la décision rendue par la Sécurité sociale du Luxembourg.

F.

Dans sa réponse au recours du 11 mars 2014 (TAF pce 10), l'OAIE a proposé le rejet du recours et la confirmation de la décision attaquée parce que l'assuré ne pouvait certes plus exercer son activité de maçon indépendant, mais ne subissait, dans une autre activité adaptée à l'état de santé, qui était à nouveau exigible à plein temps trois mois après l'opération, qu'une perte de gain de 35 %, taux insuffisant pour l'octroi d'une rente selon le droit suisse. L'OAIE a relevé que l'assuré n'avait produit aucun document médical permettant de remettre en doute cette appréciation et a renvoyé à la prise de position du 28 février 2014 de son médecin qui a confirmé qu'une activité adaptée restait possible.

G.

Par décision incidente du 19 mars 2014 (TAF pce 11), le Tribunal administratif fédéral a imparti à l'assuré un délai jusqu'au 28 avril 2014 pour présenter une réplique et s'acquitter, sous peine d'irrecevabilité du recours, d'une avance de CHF 400.- sur les frais de procédure présumés. L'assuré s'est acquitté d'un montant de CHF 390.- le 7 avril 2014 (TAF pce 13). Par décision incidente du 9 avril 2014 (TAF pce 14), le Tribunal administratif fédéral a imparti à l'assuré un délai jusqu'au 28 avril 2014 pour s'acquitter, sous peine d'irrecevabilité du recours, du montant manquant de CHF 10.- sur les frais de procédure présumés. L'assuré s'est acquitté du montant de CHF 10.- le 11 avril 2014 (TAF pce 16).

H.

Dans sa réplique du 25 avril 2014, le recourant a argué que son dernier salaire était de € 2'336.47 soit moins de CHF 4'155.-, qu'il subissait une perte de gain de plus de 50 %, qu'il avait donc droit à une rente et que, si cela était contesté, il fallait mettre en œuvre une expertise médicale (TAF pce 17).

I.

Le 28 avril 2014, le recourant s'est acquitté, par erreur, une seconde fois d'une avance de CHF 400.- sur les frais de procédure présumés (TAF

pce 28). Le Tribunal administratif fédéral lui a remboursé ce montant le 22 mai 2014 (TAF pce 20).

J.

Dans sa duplique du 23 mai 2014, l'OAIE a relevé que la comparaison de salaires avait été effectuée sur la base des chiffres de l'Office fédéral de la statistique et que celle-ci était correcte. C'est pourquoi l'OAIE a réitéré ses conclusions (TAF pce 21). Le recourant n'a pas présenté d'observations dans le délai imparti.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal de céans, en vertu de l'art. 31 LTAF en relation avec l'art. 33 let. d LTAF et l'art. 69 al. 1 let. b de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20), connaît des recours interjetés par les personnes résidant à l'étranger contre les décisions prises par l'OAIE.

1.2 Selon l'art. 37 LTAF la procédure devant le Tribunal de céans est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement. En vertu de l'art. 3 let. d^{bis} PA 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 ladite 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. Selon l'art. 1 al. 1 LAI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26^{bis} 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.

1.4 Déposé en temps utile et dans les formes requises par la loi (art. 60 LPGA et 52 PA), le recours est recevable.

2.

2.1 L'examen du droit à des prestations selon la LAI s'agissant d'une rente octroyée antérieurement est régi par la teneur de la LAI au moment de la décision entreprise 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 et les références). Les dispositions de la LAI et de la LPGA, sont donc citées dans le présent arrêt dans leur teneur en vigueur dès le 1^{er} janvier 2012, sauf mention contraire, puisque les dispositions de la 6^{ème} révision de la LAI (premier volet) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2012 (RO 2011 5659, FF 2010 1647) sont applicables. En ce qui concerne les faits déterminant selon la jurisprudence, le Tribunal de céans doit se limiter à examiner la situation de fait existant jusqu'à la date de la décision attaquée (ATF 130 V 4450 consid. 1.2).

3. Au niveau du droit international, l'accord entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (ALCP, RS 0.142.112.681) est entré en vigueur le 1^{er} juin 2002 avec notamment son annexe II qui règle la coordination des systèmes de sécurité sociale par renvoi au droit européen. Dans ce contexte, l'ALCP fait référence depuis le 1^{er} avril 2012 au règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale ainsi qu'au règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (RS 0.831.109.268.1 et 0.831.109.268.11). Ces règlements sont applicables (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_455/2011 du 4 mai 2012). Conformément à l'art. 4 du règlement (CE) n° 883/2004, les personnes auxquelles ce règlement s'applique bénéficient en principe des mêmes prestations et sont soumises aux mêmes obligations, en vertu de la législation de tout Etat membre, que les ressortissants de celui-ci.

4.

Tout requérant doit remplir cumulativement les conditions suivantes pour avoir droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse:

- être invalide au sens de la LPGA/LAI et

- compter au moins trois années de cotisations (art. 36 LAI). Dans ce cadre, les cotisations versées à une assurance sociale assimilée d'un Etat membre de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre échange (AELE) peuvent également être prises en considération, à condition qu'une année au moins de cotisations puisse être comptabilisée en Suisse (FF 2005 p. 4065; art. 45 du règlement 1408/71).

En l'occurrence, le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus de trois années et remplit, partant, la condition de la durée minimale de cotisations. Il reste dès lors à examiner s'il est invalide au sens de la LAI.

5.

5.1 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 al. 1 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.

5.2 Un 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% au moins, à trois-quarts de rente s'il est invalide à 60 % au moins et à une rente entière s'il est invalide à 70 % au moins (art. 28 al. 2 LA). Suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002 de l'accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne, la restriction prévue à l'art. 29 al. 4 LAI - selon laquelle les rentes correspondant à un taux d'invalidité inférieur à 50 % ne sont versées qu'aux assurés qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse (art. 13 LPGA) - n'est plus applicable lorsqu'un assuré est un ressortissant suisse ou de l'UE et y réside (ATF 130 V 253 consid. 2.3).

5.3 Selon l'art. 28 al. 1 LAI l'assuré a droit à une rente aux conditions suivantes: a. sa capacité de gain ou sa capacité d'accomplir ses travaux habituels ne peut pas être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles; b. il a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGA) d'au moins 40 % en moyenne durant une année sans interruption notable; c. au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40 % au moins. Une incapacité de gain de 20 % doit être prise en compte pour le calcul de l'incapacité de travail moyenne se-

lon la let. b de l'art. 28 al. 1 LAI (cf. chiffre 2010 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [VSI] 1998 p. 126 consid. 3c).

5.4 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 de lui 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 du 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. Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable (art. 7 al. 2 LPGGA dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008).

6.

6.1 Le recourant a travaillé en Suisse de 1980 à 1994 et poursuivi son activité lucrative au Luxembourg. Depuis avril 2012 il n'exerce plus aucune activité lucrative parce qu'il considère qu'il est inapte au travail.

6.2 La notion d'invalidité, dont il est question à l'art. 8 LPGGA et à l'art. 4 LAI, est de nature juridique/économique et non pas médicale (ATF 116 V 246 consid. 1b). En d'autres termes, l'assurance-invalidité suisse couvre seulement les pertes économiques liées à une atteinte à la santé physique mentale ou psychique - qui peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident - et non la maladie en tant que telle. Selon l'art. 16 LPGGA, applicable par le renvoi de l'art. 28a al. 1 LAI, 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 être raisonnablement exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché de travail équilibré (méthode générale).

6.3 Selon une jurisprudence constante, les données fournies par le médecin constituent néanmoins un élément utile pour apprécier les conséquences de l'atteinte à la santé et pour déterminer quels travaux on peut

encore raisonnablement exiger de l'assuré (ATF 115 V 133 consid. 2, 114 V 310 consid. 3c, RCC 1991 p. 329 consid. 1c).

7.

7.1 L'art. 69 RAI prescrit que l'office de l'assurance-invalidité 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.

7.2 Le Tribunal des assurances 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).

8.

8.1 En l'espèce, dans la décision du 6 septembre 2013, l'OAIE a rejeté la demande de prestations de l'assuré parce que l'assuré ne présentait pas d'invalidité au sens des dispositions légales suisses, une activité adaptée à l'état de santé restant exigible à 100 %. L'assuré, quant à lui, fait valoir qu'il touche une rente d'invalidité de la Sécurité sociale luxembourgeoise et présente une incapacité totale de travail.

8.2 Compte tenu des pièces médicales versées au dossier, le Tribunal de céans ne peut que se rallier à l'avis du médecin de l'OAIE selon lequel l'assuré, à cause de ses problèmes de rachis cervical, n'est plus en mesure d'exercer son ancienne activité lourde de maçon, mais garde une capacité de travail à plein temps dans une activité adaptée trois mois après l'opération puisqu'il ne présente pas de déficit neurologique. L'assuré n'a produit aucune pièce médicale permettant de remettre en doute cette appréciation. Il appartient au service médical de l'AI de se pronon-

cer sur la base du dossier et d'instruire plus à fond notamment par le biais d'expertises médicales, en cas de dossiers médicaux contradictoires ou incomplets. Si l'administration, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles il doit être procédé d'office, est convaincue 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 (arrêt du Tribunal fédéral I 751/03 du 19 mars 2004 consid. 3.3 et les références; VALTERIO, op. cit., n° 2867). En l'occurrence le dossier ne présentant pas d'incohérence, l'appréciation retenue par le médecin de l'OAIE d'une capacité de travail à plein temps dans une activité adaptée n'a pas lieu d'être mise en doute. Le Tribunal retient donc que l'assuré peut exercer une activité adaptée à plein temps.

9.

9.1 Selon l'art. 16 LPGA, 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.

9.2 Le gain d'invalide est une donnée théorique, même s'il est évalué sur la base de statistiques. Ces données servent à fixer le montant du gain que l'assuré pourrait obtenir, sur un marché équilibré du travail, en mettant pleinement à profit sa capacité résiduelle de travail dans un emploi adapté à son handicap (arrêt du Tribunal fédéral I 85/05 du 5 juin 2005 consid. 6 et arrêt du Tribunal fédéral I 222/05 du 13 octobre 2005 consid. 6). Ce gain doit être comparé au moment déterminant avec celui que la personne valide aurait effectivement pu réaliser au degré de la vraisemblance prépondérante si elle était en bonne santé (ATF 129 V 222 consid. 4.3.1). Le gain de personne valide doit être évalué de manière aussi concrète que possible si bien qu'il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé, ou, à défaut de salaire de référence, au salaire théorique qu'il aurait pu obtenir selon les salaires théoriques statistiques disponibles. L'administration doit de plus tenir compte pour le salaire d'invalide de référence d'une diminution de celui-ci, cas échéant, pour raison d'âge, de limitations dans les travaux dits légers ou de circonstances particulières. La jurisprudence n'admet à ce titre pas de déduction globale supérieure à 25 % (ATF 126 V 75 consid. 5).

10.

10.1 En l'espèce il y a ainsi lieu de procéder à une évaluation de l'invalidité selon la méthode générale. En effet, l'intéressé exercerait aujourd'hui encore une activité lucrative s'il ne se considérait pas inapte au travail. Dans sa comparaison de salaires du 18 juillet 2013, l'OAIE a retenu un salaire mensuel sans invalidité de CHF 5'753.57 et un salaire mensuel d'invalidité de CHF 3'760.55, tenant compte d'un abattement de 20 %, ce qui correspond à un degré d'invalidité de 34,64 % (AI pce 30). Ces chiffres se basent sur les données statistiques de l'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS). La comparaison doit être effectuée entre les salaires réalisés dans le même pays, c'est pourquoi le salaire réalisé par le recourant au Luxembourg ne peut pas être retenu. Le degré d'invalidité dans une activité adaptée étant inférieure à 40 %, le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

10.2 Dans le cadre de cette demande de rente, il est utile de rappeler que, selon un principe général valable en assurances sociales, l'assuré a l'obligation de diminuer le dommage et doit entreprendre de son propre chef tout ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui afin d'atténuer autant que possible les conséquences de son invalidité (ATF 130 V 97 consid. 3.2 et les références citées; ATF 123 V 233 consid. 3c). Dans ce contexte, il convient de souligner que ni l'âge, ni la situation familiale ou économique, un arrêt prolongé de l'activité professionnelle ou même le refus d'exercer une activité médicalement exigible ne constituent un critère relevant pour l'octroi d'une rente d'invalidité (arrêt du Tribunal fédéral I 175/04 du 28 janvier 2005 consid. 3).

11.

11.1 Le recours, manifestement infondé, doit partant être rejeté dans une procédure à juge unique (art. 85^{bis} al. 3 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS, RS 831.10], applicable par le renvoi de l'art. 69 al. 2 LAI).

11.2 Les frais de procédure, fixés à 400 francs, sont mis à la charge du recourant (art. 63 al. 1 PA, applicable par le truchement de l'art. 37 LTAF). Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant dont il s'est acquitté au cours de l'instruction.

11.3 Il n'est pas alloué d'indemnité de dépens (art. 7 al. 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173. 320.2]).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure de CHF 400.- sont mis à la charge du recourant et sont prélevés sur l'avance de même montant déjà fournie.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. _____ ; Recommandé)
- à l'Office fédéral des assurances sociales (Recommandé)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

La juge unique :

La greffière :

Madeleine Hirsig-Vouilloz

Nicole Ricklin

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 LTF). 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :