



Arrêt du 18 avril 2011

Composition

Francesco Parrino (président du collège),
Vito Valenti, Madeleine Hirsig-Vouilloz, juges,
Pascal Montavon, greffier.

Parties

A. _____,
représentée par Me Antoine Bagi,
1001 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

Assurance-invalidité (décision du 7 août 2009)

Faits :**A.**

La ressortissante française A._____, née le 8 mai 1957, a travaillé en Suisse durant les années 2001 à 2004 (pce 13). Elle exerça sa dernière activité en tant qu'ouvrière dans une entreprise de conditionnement alimentaire. Elle fut licenciée en mars 2004 pour raison de restructuration de l'entreprise l'employant (pce 18). Elle ne reprit pas d'activité lucrative. En date du 12 octobre 2006 elle déposa une demande de prestations d'invalidité auprès de l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Vaud faisant valoir des problèmes de dos en relation avec un canal lombaire étroit (OAI-VD, pce 1).

B.

L'OAI-VD porta au dossier les documents ci-après dans le cadre de l'instruction:

- Un certificat médical du Dr B._____, médecin traitant, daté du 3 octobre 2006, attestant d'une invalidité résultant d'un problème de canal lombaire étroit (pce 2),
- Un rapport du Dr B._____ du 6 novembre 2006, posant le diagnostic de canal lombaire étroit L3-L4, L4-L5, status s'aggravant, relevant les plaintes de lombalgies, fatigabilité, limitation du périmètre de marche, n'indiquant pas de déficience neurologique, notant une indication opératoire refusée par l'intéressée pour l'instant (pce 6), relevant que l'activité exercée jusqu'alors ne pouvait plus l'être mais qu'une activité adaptée à mi-temps (ou 6 h. par jour) en position assise, sans port de charge excédant 5 kg, sans exposition au froid était exigible avec une diminution de rendement, notant une faible motivation à une reprise d'activité et un risque important d'absentéisme (pce 7),
- Deux correspondances du Dr C._____, Centre de chirurgie du rachis, datées des 27 septembre 2006 et 23 janvier 2007, notant que l'intéressée avait renoncé à une intervention pour sténose lombaire du fait d'une amélioration de la symptomatologie (pce 16),
- Un questionnaire à l'employeur daté du 16 février 2007 notant un emploi à plein temps non adapté du 8 juillet 2002 au 31 mars 2004, relevant deux périodes d'incapacité de travail à 100% en fin d'année 2003 de 15 et 10 jours (pce 18) [en raison d'un accident à la main gauche sans conséquence invalidante (cf. pce 24)],

- Un rapport SMR du 20 juin 2007 notant la nécessité d'un examen rhumatologique (pce 25),
- Un rapport d'examen clinique rhumatologique du 14 août 2007 daté du 21 septembre 2007, signé du Dr D. _____, notant le développement de lombalgies, selon l'assurée, depuis 2003, lesquelles étaient devenues plus fortes et avaient irradié à tout le corps depuis 2005, la nécessité d'une médication antalgique, une aboulie, une intolérance aux bruits, relevant un bon status général (153.5cm/55kg), une boiterie d'appui du membre inférieur gauche, la marche sur la pointe des pieds possible, difficile sur les talons à gauche, un accroupissement légèrement limité entraînant des lombalgies et gonalgies, un status bien orienté aux 3 modes, des douleurs généralisées à l'examen du rachis, une mobilité normale des membres supérieurs avec douleurs évoquées à la palpation, pas d'amyotrophie, pas de synovite, une discrète arthrose nodulaire des doigts, une mobilité normale des membres inférieurs avec douleurs à la palpation, pas d'amyotrophie, pas de synovite, posant le diagnostic avec répercussion sur la capacité de travail de rachialgies diffuses dans le cadre de troubles statiques et dégénératifs du rachis avec canal lombaire étroit, relevant – appréciant l'examen clinique - une mobilité lombaire et cervicale très diminuée avec des signes de non organicité sous forme de démonstrativité, des douleurs diffuses sans substrat et non de type fibromyalgique, un status neurologique sans particularité, retenant une capacité de travail nulle dans l'activité antérieure depuis le 30 mars 2004 mais entière à compter de cette date dans le cadre d'une activité adaptée permettant d'alterner deux fois par heure la position assise / debout, sans soulèvement régulier de poids excédant 5 kg, sans port de charges d'un poids excédant 12 kg, sans travail en position porte-à-faux statique prolongée du tronc (pce 31),
- Une prise de position du SMR Suisse romande, datée du 9 octobre 2007, signée du Dr E. _____, résumant le rapport du Dr D. _____ et confirmant une capacité de travail de 100% dans une activité adaptée telle que définie par le rapport du Dr D. _____ (pce 32).

C.

Sur la base de ce qui précède, l'OAI-VD établit une évaluation économique de l'invalidité de l'assurée en date du 22 novembre 2007, dont il ne résulte aucune perte de gain. Il retient comme base de comparaison le revenu de l'assurée avant invalidité établi à Fr. 34'788.95

indexé 2005 et compara ce montant avec celui résultant de la prise en compte d'un revenu 2005 avec invalidité de Fr. 44'163.44. Ce dernier montant fut établi sur la base d'un revenu selon l'Enquête suisse sur la structure des salaires 2004 de Fr. 3'893.00 (TA 1, niveau de qualification 4 pour des tâches simples et répétitives) pour 40 h./sem et de Fr. 4'048.72 pour 41.6 h./sem. selon l'horaire usuel toutes branches confondues, indexé (+ 1%) et annualisé 2005 à Fr. 49'070.49 sous déduction de 10% pour circonstances personnelles justifiant un abattement du revenu de référence (pce 34).

D.

Par communication du 12 décembre 2007 l'OAI-VD informa l'assurée qu'elle remplissait les conditions d'une aide au placement et qu'elle allait bénéficier ainsi d'un soutien à cet effet (pce 39). Par correspondance non datée reçue le 20 décembre suivant, l'intéressée déclina l'aide au placement indiquant avoir été opérée du dos quelque 3 mois auparavant et n'être pas en mesure après sa 8^{ème} opération de reprendre une activité professionnelle (pce 41). Un certificat médical du Dr B._____ daté du 26 octobre 2007 porté au dossier indiqua que son état de santé justifiait l'obtention d'une pension d'invalidité de catégorie 2 (pce 43). L'intéressée confirma renoncer à l'aide au placement par une lettre-type de l'OAI-VD datée du 23 mars 2008 (pce 49).

Le Dr B._____ adressa à l'OAI-VD un rapport médical enregistré le 19 janvier 2009 faisant état d'un canal lombaire étroit et de fibromyalgie, d'une médication antalgique et anti-inflammatoire, d'une opération en septembre 2007 du canal lombaire étroit, de douleurs actuelles modérées, de lombalgies, de limitation dans le port de charges et de flexion très limitée du rachis, d'une très faible capacité de travail résiduelle, de la possibilité d'activités uniquement en position assise, d'une limite de port de charges de 5kg, de capacités de concentration, d'adaptation et de résistance limitées (pce 55). Selon un rapport médical du 1^{er} octobre 2007 joint signé du Dr F._____, les suites opératoires furent très satisfaisantes avec disparition quasi complète de la douleur (pce 56). Un rapport médical de la Dresse G._____ du 5 juin 2008 confirma un bon status postopératoire, quelques douleurs lombaires résiduelles, un dynamisme recouvré (pce 59).

Par une note interne du 28 janvier 2009 l'OAI-VD nota que l'intéressée pouvait exercer une activité à plein temps adaptée lui permettant d'obtenir un revenu supérieur à celui obtenu avant invalidité et constata l'inexistence d'un préjudice économique (pce 61).

E.

Par projet de décision du 28 janvier 2009 l'OAI-VD informa l'assurée qu'il était apparu de son dossier une incapacité de travail entière dans l'exercice de sa profession habituelle depuis le 30 mars 2004 mais qu'il existait une pleine capacité de travail raisonnablement exigible laissant la possibilité d'alterner 2 fois par heure la position assise et debout, sans soulèvement de charges d'un poids excédant 5 kg et sans travail en porte-à-faux statique prolongé du tronc. Comparant les revenus avant et après invalidité, dont le dernier établi selon l'Enquête suisse sur la structure des salaires 2004 indexé 2005, l'OAI-VD indiqua que celui-ci étant supérieur au revenu sans invalidité elle ne présentait pas une capacité de gain entamée et implicitement de droit à une rente d'invalidité ni par ailleurs de droit à des mesures professionnelles (pce 62).

Par correspondance du 5 février 2009, le Dr B. _____ informa l'OAI-VD avoir pris connaissance du projet de refus de rente et indiqua l'admettre au vu de l'état actuel de santé de sa patiente notant une discordance entre l'état de santé de l'intéressée et les possibilités de travail alléguées par l'assurée. Il nota un rachis avec discarthrose étagée et arthrose inter-apophysaire documentée (cf. pce 65) et une médication régulière antalgique. Il réserva l'opposition de l'intéressée au projet de décision (pce 63). L'intéressée forma opposition contre ce projet en date du 19 mars 2009 faisant valoir ses griefs de décembre 2007 (pce 68). L'OAI-VD en accusa réception le 23 mars suivant (pce 69).

Invité à se déterminer sur l'opposition au projet de décision, le Dr E. _____ de l'OAI-VD nota dans son rapport du 27 avril 2009 que les suites opératoires avaient été très satisfaisantes avec la disparition quasi-complète des douleurs, qu'un examen neurologique avait révélé un status normal et qu'en juin 2008 l'évolution favorable avait été confirmée. Il nota que le médecin traitant de l'assurée avait le 5 février 2009 déclaré admettre pour sa part le refus de prestations AI au vu de l'état de santé actuel de sa patiente relevant une discordance entre les capacités de travail réelle et alléguée. Il conclut à une amélioration de l'état de santé depuis le rapport SMR du 9 octobre 2007 et nota que les conclusions de ce rapport restaient valables (pce 71). L'OAI-VD informa l'assurée en date du 28 juillet 2009 que sa contestation du 19 mars 2009 n'avait apporté aucun élément susceptible de modifier sa position (pce 77).

F.

Par décision du 7 août 2009 l'Office de l'assurance-invalidité pour les

assurés résidant à l'étranger (OAIE) rejeta la demande de prestations à l'adresse de l'assurée dans les termes du projet de décision (pce 78).

G.

Contre cette décision, l'assurée, représentée par Me A. Bagi, interjeta recours auprès du Tribunal de céans en date du 14 septembre 2009 concluant avec suite de frais et dépens à l'annulation de la décision attaquée et à l'octroi d'une rente entière d'invalidité, subsidiairement au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle instruction et décision. Elle fit valoir que l'on ne saurait suivre l'autorité inférieure concernant son hypothétique capacité de travail strictement adaptée à ses limitations fonctionnelles, que la décision attaquée était excessive et ne reposait pas sur un avis médical circonstancié de ses rachialgies diffuses dans le cadre de troubles statiques et dégénératifs du rachis avec canal lombaire étroit, qu'une expertise neutre permettrait d'évaluer au mieux son état de santé. Elle réserva un mémoire ampliatif (pce TAF 1).

H.

Invité à se déterminer sur le recours, l'OAIE en proposa le rejet dans sa réponse du 13 octobre 2009 faisant sienne la détermination de l'OAI-VD du 7 octobre précédent. Dans celle-ci l'OAI-VD releva que selon le rapport du SMR du 21 septembre 2007 la capacité de travail de l'intéressée était totale dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles et qu'en l'occurrence dans l'industrie légère un grand nombre de postes étaient adaptés aux limitations fonctionnelles de l'intéressée (pce TAF 3).

I.

Par réplique du 4 janvier 2010 l'intéressée fit valoir que l'autorité inférieure ne s'était fondée que sur le rapport SMR du 21 septembre 2007 pour établir sa détermination sans avoir eu recours à d'autres investigations. Elle indiqua avoir déposé le 4 novembre 2009 un dossier auprès de la Maison départementale des personnes handicapées pour que sa qualité de travailleur handicapé lui soit reconnue, qu'en date du 23 novembre 2009 son médecin traitant avait attesté un état de santé justifiant la révision de son taux d'invalidité. Elle confirma ses conclusions et joignit à sa réplique un certificat du Dr B. _____ du 23 novembre 2009 indiquant que la révision du taux d'invalidité de l'intéressée était justifiée (pce TAF 8). Par acte complémentaire du 26 février 2010 l'intéressée produisit une décision de l'assurance-maladie française du 29 décembre 2009 lui reconnaissant le statut de bénéficiaire d'une pension

d'invalidité de 2^{ème} catégorie (invalide absolument incapable d'exercer une activité rémunérée) à compter du 26 octobre 2009 (pce TAF 10).

J.

Par duplique du 14 avril 2010 l'OAIE maintint sa détermination en se référant à la prise de position de l'OAI-VD du 29 mars 2010 indiquant que les nouveaux arguments de la recourante n'étaient pas de nature à modifier la décision du 7 août 2009. Dans un avis médical du SMR signé du Dr E. _____ du 23 mars 2010, requis par l'OAI-VD, il fut relevé que la nouvelle documentation n'apportait aucune information de nature médicale permettant de revenir sur la décision prise (pce TAF 12).

K.

Par décision incidente du 20 avril 2010 le Tribunal de céans adressa à l'intéressée la duplique précitée pour connaissance et requit de sa part une avance sur les frais de procédure de Fr. 300.-, montant dont elle s'acquitta dans le délai imparti (pces TAF 13 s.).

L.

Par acte du 10 juin 2010 l'intéressée adressa au Tribunal de céans un rapport médical du 10 décembre 2009 relatif au changement de catégorie d'invalidité, lequel indiqua notamment des plaintes actuelles douloureuses cervico-dorsales avec à l'examen une accentuation de la cyphose dorsale et des contractures musculaires douloureuses para vertébrales et des trapèzes engendrant un retentissement fonctionnel important, l'intéressée ne pouvant plus assumer seule ses tâches ménagères. Le rapport releva qu'à l'évidence l'état actuel au niveau rachidien était devenu totalement incompatible avec l'exercice d'une activité professionnelle d'autant plus que le manque de qualification ne permettait d'envisager qu'un travail physique (pce TAF 15).

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 administratif 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 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. En application de 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'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. A cette date sont également entrés en vigueur son annexe II qui règle la coordination des systèmes de sécurité sociale, le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (RS 0.831.109.268.1), s'appliquant à toutes les rentes dont le droit prend naissance au 1^{er} juin 2002 et ultérieurement et se substituant à toute convention de sécurité sociale liant deux ou plusieurs Etats (art. 6 du règlement), et enfin le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relatif à l'application du règlement (CEE) n° 1408/71 (RS 0.831.109.268.11). Selon l'art. 3 du règlement (CEE) n° 1408/71 les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et les ressortissants suisses bénéficient de l'égalité de traitement. Selon l'art. 20 ALCP, sauf

disposition contraire découlant de l'annexe II, les accords de sécurité sociale bilatéraux entre la Suisse et les Etats membres de la Communauté européenne sont suspendus dès l'entrée en vigueur du présent accord, dans la mesure où la même matière est régie par le présent accord. Dans la mesure où l'accord, en particulier son annexe II qui régit la coordination des systèmes d'assurances sociales (art. 8 ALCP) ne prévoit pas de disposition contraire, l'organisation de la procédure de même que l'examen des conditions à l'octroi d'une rente d'invalidité suisse ressortissent au droit interne suisse.

2.2. L'art. 80a LAI rend expressément applicables dans la présente cause, s'agissant d'une ressortissante de l'Union européenne, l'ALCP et les règlements (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 et (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relativement à l'application du règlement (CEE) n° 1408/71.

2.3. De jurisprudence constante l'octroi d'une rente étrangère d'invalidité ne préjuge pas l'appréciation de l'invalidité selon la loi suisse (arrêt du Tribunal fédéral I 435/02 du 4 février 2003 consid. 2; Revue à l'intention des caisses de compensation [RCC] 1989 p. 330). Même après l'entrée en vigueur de l'ALCP, le degré d'invalidité d'un assuré qui prétend une rente de l'assurance-invalidité suisse est déterminé exclusivement d'après le droit suisse (ATF 130 V 257 consid. 2.4).

3.

L'examen du droit aux prestations 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 131 V 9 consid. 1, 130 V 445 consid. 1.2 et les références). Par conséquent, les dispositions de la 5^{ème} révision de la LAI entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008 sont applicables mais il est également fait référence aux dispositions en vigueur antérieures s'agissant du droit à la rente jusqu'au 31 décembre 2007.

4.

La recourante a présenté sa demande de rente le 12 octobre 2006. En dérogation à l'art. 24 LPGA, l'art. 48 al. 2 LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 prévoit que si l'assuré présente sa demande de rente plus de douze mois après la naissance du droit, les prestations ne sont allouées que pour les douze mois précédant le dépôt de la demande. En l'espèce, le Tribunal peut se limiter à examiner si la recourante avait droit

à une rente le 12 octobre 2005 ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 7 août 2009, date de la décision attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 129 V 1 consid. 2.1 et ATF 121 V 362 consid. 1b). Il est à cet égard précisé que la documentation médicale produite ultérieurement à la date de la décision attaquée ne peut être prise en compte que dans la mesure où elle concerne l'état de santé de l'assuré avant la date de la décision dont est recours ou permet une meilleure compréhension de l'état de santé sous revue.

5.

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 LPG/LAI et
- avoir versé des cotisations à l'AVS/AI suisse durant une année au moins (art. 36 LAI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007). A compter du 1^{er} janvier 2008, l'assuré doit toutefois compter au moins trois années de cotisations (art. 36 LAI dans sa nouvelle teneur selon la modification du 6 octobre 2006). 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, la recourante a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus d'une année au total et remplit, partant, la condition de la durée minimale de cotisations en vigueur au jour du dépôt de sa demande. Il reste dès lors à examiner si elle est invalide au sens de la LAI.

6.

6.1. Aux termes de l'art. 8 LPG/LAI, 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.

6.2. 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. 1 LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 et art. 28 al. 2 LAI en vigueur dès le 1^{er} janvier 2008). 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. 28 al. 1^{er} LAI (art. 29 al. 4 à partir du 1^{er} janvier 2008) - 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 LPGGA) - 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).

6.3. Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI, le droit à une rente naît dès que l'assuré présente une incapacité 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; voir ATF 121 V 264 consid. 6). 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). Une incapacité de travail de 20% doit être prise en compte pour le calcul de l'incapacité de travail moyenne selon la let. b de l'art. 29 al. 1 LAI (cf. chiffre marginal 2020 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [Pratique VSI] 1998 p. 126 consid. 3c). Depuis le 1^{er} janvier 2008, l'art. 28 al. 1 LAI prévoit que 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 LPGGA) d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable; c. au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGGA) à 40 % au moins.

6.4. 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 LPGA dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008).

7.

7.1. La requérante a travaillé en dernier lieu à temps complet comme ouvrière dans le conditionnement alimentaire en position debout jusqu'en mars 2004. Elle n'a ensuite plus exercé d'activité lucrative.

7.2. Or, la notion d'invalidité, dont il est question à l'art. 8 LPGA 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 LPGA, applicable par le renvoi de l'art. 28 al. 2 LAI (art. 28a al. 1 LAI à compter du 1^{er} janvier 2008), 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 dite générale).

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).

8.

En l'espèce, il est établi que la requérante souffre notamment de douleurs au rachis résultant d'un canal lombaire étroit pour lequel elle a été opérée en 2007.

Eu égard au fait qu'il ne s'agit pas là d'un état de santé stabilisé, la let. a

de l'art. 29 al. 1 LAI est inapplicable; seule peut entrer en considération la let. b de cette disposition légale prévoyant en principe une période d'attente d'une année à partir du début de l'incapacité de travail déterminante pour le début du droit à la rente.

9.

9.1. 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.

9.2. 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).

10.

En l'espèce il résulte du rapport SMR du 21 septembre 2007 suite à l'examen clinique rhumatologique du 14 août 2007 que le Dr D. _____ a retenu le diagnostic avec répercussion sur la capacité de travail de rachialgies diffuses dans le cadre de troubles statiques et dégénératifs du rachis avec canal lombaire étroit. Le Dr D. _____ a relevé un status neurologique sans particularité, des douleurs diffuses sans substrat et non de type fibromyalgique avec des signes de non organicité sous forme de démonstrativité. Les membres supérieurs et inférieurs ont présenté une mobilité normale sans amyotrophie ni synovite ce qui a permis au Dr D. _____ de retenir que l'assurée avait depuis mars 2004 une capacité de travail nulle dans sa dernière activité en position constante debout mais une capacité de travail entière dans une activité adaptée permettant d'alterner deux fois par heure la position assise / debout, sans soulèvement régulier de poids excédant 5 kg, sans port de charge d'un

poids excédant 12 kg, sans travail en position porte-à-faux statique prolongée du tronc. Contrairement à ce que prétend l'intéressée, les limitations évoquées dans l'activité exigible sont conciliables avec de nombreux postes de travail dans l'industrie légère à l'établi.

En septembre 2007, soit après l'examen clinique du SMR, l'intéressée s'est faite opérer du canal lombaire. Or il résulte de la documentation médicale au dossier que les suites opératoires ont été favorables et que les douleurs ont quasiment disparu. Ceci résulte tant du rapport médical du 1^{er} octobre 2007 du Dr F. _____ que du rapport médical de la Dresse G. _____ du 5 juin 2008. Par ailleurs, le Dr B. _____, médecin traitant de l'assurée, a indiqué dans une prise de position du 5 février 2009 qu'il comprenait le projet de refus de rente d'invalidité au vu de l'état de santé actuel de sa patiente, relevant une discordance entre la capacité de travail résiduelle réelle et alléguée. Il n'appert pas du dossier qu'à la date de la décision attaquée et antérieurement l'intéressée ait été dans une incapacité de travail déterminante du point de vue de l'assurance-invalidité de 40% au moins sur une année de sorte que le Tribunal de céans peut confirmer que l'intéressée, à la date de la décision attaquée, présentait une capacité de travail entière dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles.

11.

11.1. 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.

11.2.

11.2.1. Le revenu de la personne valide se détermine en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce qu'elle aurait effectivement réalisé au moment déterminant si elle était en bonne santé (ATF 129 V 224 consid. 4.3.1). A ce titre, il convient en général de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé après la survenance de l'atteinte à la santé, le Tribunal fédéral admet pour le calcul de l'invalidité le recours aux données statistiques suisses telles qu'elles ressortent de l'Enquête sur la structure des salaires (ESS) publiées par l'Office fédéral de la statistique (ATF 126 V 75 consid. 3b/aa et bb).

Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, lorsqu'un assuré a réalisé un revenu sans invalidité nettement inférieur au salaire statistique usuel de la branche en raison de facteurs étrangers à l'invalidité et qu'il ne désire pas s'en contenter délibérément, il convient d'abord d'effectuer un parallélisme des deux revenus à comparer, soit en augmentant de manière appropriée le revenu sans invalidité effectivement réalisé ou en le remplaçant par les données statistiques, soit en réduisant de manière appropriée la valeur statistique du revenu d'invalidité (ATF 134 V 322 consid. 4.1). Est à considérer comme nettement inférieur au sens de cette jurisprudence, un salaire effectivement réalisé qui est inférieur d'au moins 5% au salaire statistique usuel de la branche (ATF 135 V 297 consid. 6.1.2). Si une différence au moins aussi grande devait apparaître, le parallélisme ne peut porter que sur la part qui dépasse le taux minimal de 5% (loc. cit. consid. 6.1.3).

11.2.2. En l'espèce, l'OAI-VD a établi une évaluation de l'invalidité économique de l'assurée en comparant son dernier revenu indexé valeur 2005 de Fr. 34'788.95 avec le revenu que l'assurée aurait pu réaliser en 2005, une année après le cas d'assurance, dans des activités simples et répétitives selon l'Enquête suisse sur la structure des salaires 2004 avec indexation 2005 et est parvenu, après la prise en compte d'un abattement de 10% pour circonstances personnelles à un revenu avec invalidité de Fr. 44'163.44. Il suit de cette comparaison des revenus que l'intéressée ne subirait aucun préjudice économique du fait de son invalidité. Ce calcul ne peut toutefois pas être confirmé parce que, comme on le verra dans le considérant suivant, il fallait effectuer un parallélisme des revenus à comparer.

11.2.3. La recourante a cessé son activité le 31 mars 2004. Pour définir le salaire avant invalidité, il faut se référer aux revenus concrètement perçus par l'intéressée. Il ressort du questionnaire rempli par l'employeur que le salaire s'est monté en 2003 à Fr. 31'253.35. Indexé à 2005 (cf. Evolution des salaires nominaux, des prix à la consommation et des salaires réels de l'Office fédéral de la statistique [OFS]), le revenu annuel sans invalidité de comparaison s'établit à Fr. 31'912.73 (+ 0.7% pour 2004, + 1.4% pour 2005). Ce résultat s'écarte légèrement de celui de l'OAI-VD, dont le montant de Fr. 34'788.95 n'est toutefois pas compréhensible et qui ne peut donc être retenu (cf. pce 34 in fine).

En se référant au Tableau TA1 relatif aux salaires bruts standardisés de l'ESS 2004 de l'OFS, valeur dans le domaine de l'industrie alimentaire et boissons (femme, niveau de qualification 4), on retient pour la recourante un revenu statistique mensuel moyen de Fr. 3'652, à savoir annuellement Fr. 43'824.-. Cette donnée doit être adaptée au nombre d'heures hebdomadaires effectuées en moyenne en 2004 dans ce secteur (41.4 h/sem., La Vie économique 12-2009, B 9.2), soit Fr. 45'357.84. Après

indexation (+ 1.4%), on obtient pour 2005 un montant de Fr. 45'992.84.

Il apparaît donc qu'en l'espèce, la recourante réalisait, en exerçant son activité lucrative habituelle, un revenu représentant le 69.39% (Fr. 31'912.73 x 100 / Fr. 45'992.84) du salaire usuel de la branche. Dans la mesure où le salaire effectivement obtenu est nettement inférieur (30.61%) au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral et que les autres conditions sont réalisées en l'espèce, il convient d'effectuer un parallélisme des revenus à comparer. La valeur statistique du revenu d'invalide sera donc réduite de 25.61% (cf. consid. 11.2.1).

11.3. Les activités de substitution proposées par les médecins experts sont des activités légères comparables à des activités simples et répétitives, pour une femme, de niveau de qualification 4, selon le Tableau TA1, toutes branches confondues induisant une valeur plus favorable à la recourante (revenu mensuel selon l'ESS 2004: Fr. 3'893.-, à savoir annuellement Fr. 46'716.-). Adapté au nombre d'heures hebdomadaires effectuées en moyenne en 2004 (41.6 h/sem., La Vie économique 12-2009, B 9.2), le revenu théorique annuel d'une activité de substitution à 100% doit être porté à Fr. 48'584.64 pour une activité à 100%. Après indexation, on obtient un montant de Fr. 49'070.48 pour 2005 (+1%).

En raison du parallélisme des revenus et de l'incapacité de travail dans les activités de substitution, ce salaire théorique doit être réduit de 25.61%, de sorte que le salaire annuel d'invalide s'établit à Fr. 36'503.53.

Compte tenu de l'âge de l'assurée, de son handicap, le Tribunal de céans considère qu'il convient d'appliquer un taux de réduction du salaire d'invalide de 15%, attendu que le maximum admis par la jurisprudence est de 25% (ATF 126 V 75). Son revenu annuel d'invalide est dès lors de Fr. 31'028.-.

11.4. La comparaison du revenu sans invalidité de Fr. 31'912.73 au revenu d'invalide de Fr. 31'028 fait apparaître un préjudice économique de 2.77%, arrondi à 3%, taux d'invalidité insuffisant pour avoir droit à une rente d'invalidité.

12.

Dans ses écritures la recourante a fait valoir une aggravation de son état de santé ultérieurement à la date de la décision dont est recours. Cette aggravation ne peut être prise en compte dans la présente cause du fait

qu'elle est manifestement survenue, si tel est le cas, après le 7 août 2009. Il se justifie toutefois au vu des pièces produites de retourner le dossier à l'autorité inférieure afin qu'il considère la réplique de la recourante du 4 janvier 2010 et le rapport médical du 10 décembre 2009 comme une nouvelle demande de rente d'invalidité.

13.

13.1. Les frais de procédure, fixés à CHF 300.-, sont mis à la charge de la recourante (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 elle s'est acquittée au cours de l'instruction.

13.2. Vu l'issue du litige, 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.

Le dossier est retourné à l'autorité inférieure afin qu'elle considère la réplique du 4 janvier 2010 comme une nouvelle demande de rente d'invalidité.

3.

Les frais de procédure d'un montant de Fr. 300.- sont mis à la charge de la recourante et sont compensés par l'avance de même montant déjà fournie.

4.

Il n'est pas alloué de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé :

– à la recourante (Acte judiciaire)

– à l'autorité inférieure (n° de réf. _)

– à l'Office fédéral des assurances sociales

Le président du collège :

Le greffier :

Francesco Parrino

Pascal Montavon

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 fédérale 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :