



Arrêt du 18 septembre 2013

Composition

Francesco Parrino (président du collège),
Vito Valenti, Elena Avenati-Carpani, juges,
Yann Grandjean, greffier.

Parties

X. _____,
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 23 octobre 2012).

Faits :**A.**

A.a X. _____ est un ressortissant espagnol, né le 22 mars 1964 et domicilié à (...) (not. pce TAF 1). Marié, l'intéressé est père de deux enfants. Il a travaillé en Suisse durant plus de 5 ans, entre 1981 et 1986, dans le domaine de la construction, ainsi qu'en Espagne en qualité d'assistant magasinier (pces 1, 8 et 45).

A.b Le 6 août 1997, l'intéressé a été victime d'un accident du travail dont il est ressorti avec une fracture du diaphyse de l'humérus droit et du cubitus droit (voir également pce 34). Dans le courant de l'année 2008 (date exacte inconnue), l'intéressé s'est vu diagnostiquer un cancer du rectum et a subi à ce titre un traitement associant radiothérapie et chimiothérapie. En dépit de ces soins, l'intéressé a dû se voir pratiquer une amputation abdomino-périnéale le 4 mars 2009. Il doit depuis lors porter une poche de colostomie (pces 4, 19-21). Le 28 décembre 2009, l'intéressé a dû subir une nouvelle opération pour une volumineuse hernie de la paroi abdominale à l'endroit de la poche de colostomie (pces 3 et 20). Le 11 août 2010, l'intéressé a dû une nouvelle fois être opéré suite à la récurrence de son hernie (pce 31). Le 12 juillet 2011, suite à une nouvelle récurrence, sa poche de colostomie a été nouvellement positionnée (pce 29).

B.

B.a Le 27 avril 2010, X. _____ a déposé une première demande de rente d'invalidité, datée du 10 octobre 2009 auprès de l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE; pces 1 à 10).

B.b Le 16 juin 2010, l'OAIE a demandé à l'intéressé de fournir diverses informations relatives à sa demande de prestations. Le 8 septembre 2010, le même Office a mis en demeure l'intéressé de produire les pièces nécessaires, lui rappelant l'obligation qui lui est faite de collaborer à l'établissement des faits et à l'examen du bien-fondé de sa demande. L'Office l'a également averti du fait que, sans les documents nécessaires, il ne pourrait pas examiner sa demande et lui a imparti un délai de 30 jours pour produire les documents requis (pce 12).

B.c Le 1^{er} novembre 2010, en l'absence de réaction de l'intéressé, l'OAIE a rendu une décision de non-entrée en matière sur la demande du 27 avril 2010 (pce 13).

C.

C.a Le 1^{er} décembre 2011, par acte reçu le 20 décembre 2011, X. _____ a déposé une nouvelle demande de rente d'invalidité par le biais du Ministère espagnol du travail et de l'immigration (pces 22-25). Dans sa demande, l'intéressé a fait savoir qu'il n'exerçait plus d'activités lucratives et que son invalidité était consécutive à un accident de travail ou à une infirmité professionnelle. Il a également fait savoir qu'il bénéficiait d'une rente mensuelle de 946 euros 78 de la part de l'Institut national espagnol de la Sécurité sociale dès le 12 novembre 1999 (pce 23).

Au cours de l'instruction de sa demande, l'intéressé a fourni les documents suivants:

- une attestation d'assurance du 12 décembre 2011 de la Commission administrative espagnole pour la sécurité sociale des travailleurs à l'étranger, établissant que l'intéressé a compté comme période d'assurance ou assimilée 6927 jours entre 1987 et 2009 (pce 22),
- une expertise E 213 de l'Institut national de sécurité sociale espagnole (INSS), datée du 9 avril 2010, dont il résulte un status après fracture de l'humérus droit et du cubitus droit, les séquelles de la colostomie de décembre 2009 sans récurrence du cancer; le médecin de l'INSS estime que l'intéressé ne peut plus travailler comme assistant magasinier mais qu'il pourrait reprendre une activité adaptée sans limitations (pce 21),
- une deuxième expertise E 213 signée le 11 mai 2010 par la Dresse A. _____ qui reprend, pour l'essentiel, les mêmes constatations que celle du 9 avril 2010 (pce 21),
- une troisième expertise E 213 non datée et en grande partie illisible (pce 21),
- un certificat daté du 2 janvier 2010 portant sur l'intervention chirurgicale du 28 décembre 2009 (pce 20, déjà versé aux actes pce 3),
- un rapport médical de synthèse du 19 octobre 2009 (pce 19),
- un rapport médical du 13 mars 2009 consécutif à la colostomie du 4 mars 2009 (pce 18, déjà versé aux actes, pce 4),

- une décision de l'Institut national espagnol de la Sécurité sociale datée du 10 novembre 1998, attestant d'une incapacité permanente partielle de travail (pce 17),

C.b L'INSS a été invitée le 16 janvier 2012 à produire une expertise E 213 lisible, datée et dactylographiée. L'intéressé a été également invité à produire divers autres documents nécessaires à l'établissement des faits (pces 26 et 27). Le 29 février 2012 ont été produits les documents suivants:

- un certificat d'hospitalisation du 28 octobre 1997 (pce 35), une attestation du 23 août 1997 (pce 33) et une attestation médicale d'incapacité totale de travail du 10 décembre 2004 (pce 34) relative à son accident de travail,
- une copie d'un jugement du Tribunal supérieur de justice de (...) compétent en matière de droit social du 7 avril 2011, confirmant une décision du 16 novembre 2010 reconnaissant une incapacité de travail permanente et absolue dès le 23 avril 2010 (pce 32),
- un certificat médical du 23 août 2010 mentionnant une évolution favorable après la colostomie du 11 août 2010 (pce 31),
- un certificat médical du 19 juillet 2011 concernant une nouvelle opération de colostomie du 12 juillet 2011 et retenant une évolution chirurgicale favorable (pce 29),
- un certificat médical du 15 novembre 2011 mentionnant un traitement pour radiothérapie et chimiothérapie, un état après opération de colostomie avec pose d'une poche permanente et une incapacité de travail (pce 30),
- le questionnaire rempli par l'assuré le 17 février 2012 attestant une résiliation du contrat de travail pour le 31 octobre 2009, avec dernier jour de travail le 25 septembre 2008 (pce 28),
- le questionnaire de l'employeur du 16 février 2012 indiquant une activité lucrative d'assistant magasinier du 1^{er} novembre 2006 au 24 septembre 2008 pour un salaire annuel de 15'331 euro 92 et la résiliation du contrat de travail pour le 31 octobre 2009 pour cause de maladie (pce 28).

Les expertises E 213 produites avec les écritures du 29 février 2012 (pces 37 à 39) sont des copies de celles déjà versées aux actes (pce 21). L'OAIE a donc réitéré sa demande de production par courrier du 7 mars 2012 (pce 40). Ont été produits une nouvelle copie des E 213 déjà versées aux actes (pces 41 à 43).

C.c Le 16 avril 2012, l'OAIE a saisi le médecin de l'Office AI en vue d'apprécier l'incapacité de travail de l'intéressé (pce 44).

Le 23 mai 2012, le premier médecin saisi, le Dr B. _____, a conclu à une incapacité de travail de 70% dès le 4 mars 2009, date de la colostomie définitive, et à une pleine capacité de travail pour des activités de substitution dès cette même date. Le praticien a retenu le cancer du rectum comme diagnostic principal de l'atteinte, et l'accident du travail comme diagnostic associé ayant des répercussions sur la capacité de travail (déficit persistant dans la pronation et la supination du poignet droit, dans la flexion et l'extension du coude droit et dans l'abduction de l'épaule droite) (pce 46).

Le 8 août 2012, le médecin de l'OAIE, la Dresse C. _____, saisie par l'OAIE le 22 juin 2012 (pce 48), a remis son rapport duquel il ressort que l'accident de travail survenu en 1997 n'a pas occasionné d'incapacité de travail durable, dès lors que l'intéressé a travaillé régulièrement par la suite, et que seul le cancer du rectum a causé à l'intéressé une incapacité de travail. Il ressort également du rapport du médecin de l'OAIE que l'incapacité de travail a débuté le 25 septembre 2008 (voir pce 45), c'est-à-dire au moment où les investigations qui ont conduit au diagnostic cancéreux ont débuté; cette incapacité est évaluée à 80% pour l'activité de magasinier dès cette date compte tenu des multiples complications subies par l'intéressée (hernies à répétition). S'agissant d'activités légères ne nécessitant pas de porter de lourdes charges supérieures à 5 kilos, de se pencher et de s'accroupir à répétition, selon le même praticien, l'intéressé avait une incapacité de 80% du 25 septembre 2008, puis s'est réduite dès le 1^{er} mai 2009 pour se situer à 20%. Cette date est fixée sur la base de la colostomie définitive, datant du 4 mars 2009 et de trois mois de convalescence (pce 49).

En annexe II de la même réponse (pce 49), le médecin de l'Office AI liste les activités de substitution exigibles. Il retient de manière non exhaustive: concierge, gardien d'immeuble ou de chantier, surveillant de parking ou de musée, vente par correspondance, caissier, vendeur de billets, en-

enregistrement, classement ou archivage, commissionnaire, saisie de données ou scannage.

C.d Le 28 août 2012, l'OAIE a procédé à l'évaluation de l'invalidité selon la méthode générale applicable aux personnes salariées (pce 50). L'Office a procédé au calcul du revenu sans invalidité sur la base de l'activité d'assistant magasinier dans une entreprise d'installation d'isolation, exercée en Espagne jusqu'au 24 septembre 2008.

Se fondant non pas sur des données espagnoles, indisponibles auprès du Bureau international du travail, ou peu fiables méthodologiquement, l'Office s'est fondé sur les données statistiques suisses de l'Office fédéral de la statistique (OFS). Il s'en est suivi que le salaire mensuel brut en 2010 pour un salarié ayant des activités simples et répétitives dans le domaine de la construction se montait à 5'092 frs pour 40 heures par semaine et à 5'270 frs 22 pour 41.7 heures par semaine.

En ce qui concerne le revenu d'invalidité, selon la prise de position du médecin de l'Office AI, des activités de substitution impliquant des activités simples et répétitives pouvaient être exigées de l'intéressé à raison de 20% dès le 25 septembre 2008 jusqu'au 1^{er} juin 2009, et à 80% dès cette date. Selon les statistiques de l'OFS retenues pour des activités de services personnels (4'256 frs), des activités administratives et de soutien (4'501 frs), le commerce en gros (4'869 frs) et le commerce de détail (4'508 frs), il y avait lieu de retenir un salaire brut mensuel moyen de 4'533 frs 50 pour 40 heures par semaine et de 4'726 frs 17 pour 41.7 heures en 2010. L'OAIE a tenu compte de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles, notamment le taux d'exigibilité des activités de substitution, l'âge et le manque de formation de l'intéressé en appliquant une réduction de 10% de ses attentes salariales. Il s'en est suivi que pour une activité à 20% (du 25 septembre 2008 au 1^{er} juin 2009), le revenu avec invalidité de l'intéressé se montait à 850 frs 71 et à 3'402 frs 84 pour une activité à 80% pour la période courant dès les 1^{er} juin 2009. Le taux d'invalidité de l'intéressé s'est donc monté à 83.86% $([5720 \text{ frs } 22 - 850 \text{ frs } 71] / 5720 \text{ frs } 22 \times 100)$, arrondis à 80%, pour la période du 25 septembre 2008 au 1^{er} juin 2009 et à 35.43% $([5270 \text{ frs } 22 - 3402 \text{ frs } 84] / 5270 \text{ frs } 22 \times 100)$, arrondis à 35%, pour la période courant dès le 1^{er} juin 2009.

C.e Le 31 août 2012, l'OAIE a notifié à l'intéressé un projet de décision tendant à refuser sa demande qui se fondait sur l'évaluation de son invalidité, un taux d'invalidité de 35% étant insuffisant pour ouvrir le droit à

une rente. L'Office a relevé qu'il était sans importance que l'activité exigible ait été ou non réellement été exercée (pce 51).

C.f Le 3 octobre 2012, l'intéressé s'est déterminé, par l'intermédiaire de son représentant, sur le projet de décision du 31 août 2012. En substance, l'intéressé a fait valoir qu'il avait suffisamment cotisé pour bénéficier d'une rente d'invalidité en Suisse et que, du point de vue de l'INSS, il souffrait d'une invalidité permanente absolue; il concluait à l'octroi d'une rente d'invalidité (pce 52).

C.g Par décision du 23 octobre 2012, l'OAIE a refusé l'octroi d'une rente d'invalidité à l'intéressé se fondant sur les motifs invoqués dans le projet de décision (pce 54).

D.

D.a Par acte du 15 novembre 2012, expédié le 23 novembre 2013, l'intéressé, par l'intermédiaire de son représentant, a déposé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision du 23 octobre 2012 (pce TAF 1).

En substance, le recourant a avancé les mêmes arguments que dans sa détermination sur le projet de décision de l'OAIE, à savoir qu'il a rappelé les décisions prises par les autorités administratives et judiciaires espagnoles compétentes en matière de droit social, qui lui reconnaîtraient une invalidité incompatible avec l'exercice d'une activité professionnelle de substitution telle que retenue par la décision querellée; il conclut à l'annulation de cette décision et à l'octroi d'une rente entière, subsidiairement à l'octroi de trois quarts de rente, plus subsidiairement d'une demi-rente, encore plus subsidiairement d'un quart de rente, sous suite de frais et dépens.

Il joint à son mémoire une attestation de l'arrêt du 16 novembre 2010 d'un tribunal de La Corogne le reconnaissant invalide, un copie des certificats médicaux des 23 août 2010, 18 juillet et 15 novembre 2011 et l'attestation d'incapacité totale de travail du 10 décembre 2004 déjà aux actes.

D.b Le 15 novembre 2012, invité à répondre au recours par ordonnance du 29 novembre 2012 (pce TAF 2), l'OAIE a fait valoir en substance les motifs qui avaient conduit à la décision querellée (pce TAF 3). Il relève particulièrement que le recourant n'a produit dans ses écritures aucun document médical de nature à faire modifier son appréciation quant à son

incapacité de travail. Il rappelle également que c'est le droit suisse qui est déterminant pour l'évaluation de l'invalidité et que les décisions étrangères en la matière ne sauraient lier l'autorité suisse. Il conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée.

D.c Le 21 février 2013, invité à répliquer par ordonnance du 28 janvier 2013, le recourant a, par l'intermédiaire de son représentant, réitéré pour l'essentiel ses argumentations précédentes (pce TAF 6).

D.d Invité par décision incidente du 6 mars 2013 à faire une avance de frais, le recourant s'en est acquitté dans le délai imparti (pces TAF 7 à 9).

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 fédéral 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) et l'avance de frais ayant été fournie, le recours est recevable.

1.5 En application de l'art. 40 al. 1 let b du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI, RS 831.201) l'OAIE est compétente pour enregistrer et examiner les demandes des assurés domiciliés à l'étranger, sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – des al. 2 et 2^{bis} dudit article.

2.

2.1 Le droit applicable est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, le juge n'ayant pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 129 V 4 consid. 1.2). Lors d'un changement de législation durant la période déterminante, le droit éventuel à des prestations se détermine selon l'ancien droit pour la période antérieure et selon le nouveau dès ce moment-là (application *pro rata temporis*; ATF 130 V 445, voir aussi arrêt du Tribunal fédéral 8C_870/2012 du 8 juillet 2013 consid. 2.2).

2.2 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 donc applicables *in casu* (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. On précisera que le règlement (CEE) n° 1408/71 – auquel l'ALCP renvoyait pour la période antérieure courant jusqu'au 31 mars 2012 – contenait une disposition similaire à son art. 3 al. 1.

2.3 Il sied en outre de souligner que 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). Ainsi, même après l'entrée en vigueur de l'ALCP, le degré d'invalidité d'un assuré qui prétend à une rente de l'assurance-invalidité suisse est déterminé exclusivement d'après le droit suisse (art. 46 al. 3 du règlement [CE] n° 883/2004, en relation avec l'annexe VII dudit règlement respectivement, pour le droit en vigueur jusqu'au 31 mars 2012, art. 40 al. 4 en relation avec l'annexe V du Règlement n° 1408/71; voir aussi ATF 130 V 253 consid. 2.4; arrêt du Tribunal fédéral I 376/05 du 5 août 2005 consid. 3.1), étant précisé que la documentation médicale et administrative fournie par les institutions de sécurité sociale d'un autre Etat membre doit être prise en considération (art. 49 al. 2 du règlement [CE] n° 987/2009).

2.4 Pour ce qui est du droit interne, les modifications consécutives à la 6^{ème} révision de la LAI, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2012, trouvent également application en l'espèce, étant précisé que les nouvelles normes n'ont pas apporté de changements par rapport à l'ancien droit quant à l'évaluation de l'invalidité dont il convient de procéder *in casu*.

2.5 En dérogation à l'art. 24 LPGA, l'art. 29 al. 1 LAI prévoit que le droit à la rente prend naissance au plus tôt à l'échéance d'une période de 6 mois à compter de la date à laquelle l'assuré a fait valoir son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGA.

2.6 Concrètement le Tribunal peut se limiter à examiner si le droit à une rente était né jusqu'au 23 octobre 2012, 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. 1.2; 129 V 222, consid. 4.1; 121 V 362 consid. 1b).

3.

3.1 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; art. 4, 28, 29 al. 1 LAI);
- compter au moins trois années de cotisations (art. 36 al. 1 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).

3.2 En l'espèce, le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus de trois années et remplit donc la condition de durée minimale de cotisation. Il reste à examiner s'il est invalide.

4.

4.1 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.

4.2 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 LAI). 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). Depuis l'entrée en vigueur des nouveaux règlements n° 883/2004 et n° 987/2009, les ressortissants suisses et de l'Union européenne qui présentent un taux d'invalidité de 40% au moins, ont droit à un quart de rente en application de l'art. 28 al. 1 LAI indépendamment de leur domicile et résidence (art. 4 du règlement 883/04).

4.3 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 travail 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).

4.4 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).

5.

5.1 Le recourant a travaillé en Suisse durant plus de 5 ans, entre 1981 et 1986, dans le domaine de la construction, ainsi qu'en Espagne en qualité d'assistant magasinier (pces 1, 8 et 45). Son contrat de travail y a été résilié pour le 31 octobre 2009 pour cause de maladie (pce 28). Il n'a pas retravaillé depuis.

5.2 La notion d'invalidité telle qu'elle résulte de l'art. 8 LPGGA et de l'art. 4 LAI est de nature économique et juridique, et non médicale (ATF 116 V 246 consid. 1b). Autrement dit, l'assurance-invalidité couvre seulement les pertes économiques liées à une atteinte à la santé, résultant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident, et non l'atteinte à la santé en tant que telle. Le taux d'invalidité d'une personne exerçant une activité lucrative est ainsi fixé d'après la comparaison des revenus prévue par l'art. 16 LPGGA aux termes duquel 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.

5.3 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).

6.

6.1

6.1.1 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. Pour accomplir leurs tâches les offices AI sont tenus, au stade de la procédure administrative, de confier une expertise à un médecin indépendant lorsqu'elle se révèle nécessaire pour clarifier les aspects médicaux du cas (MICHEL VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], Berne 2011, n° 2891). Il ne faut cependant recourir à une expertise que si des moyens plus simples et économiques ne suffisent pas à se prononcer (rapports médicaux, renseignements), ou encore en présence de controverses médicales sur le cas concret (STÉPHANE BLANC, La procédure administrative en assurance-invalidité, Fribourg 1999, p. 142).

6.1.2 L'assureur examine les demandes, prend d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin (art. 43 al. 1, 1^{ère} phrase, LPGA). L'assuré doit se soumettre à des examens médicaux ou techniques si ceux-ci sont nécessaires à l'appréciation du cas et qu'ils peuvent être raisonnablement exigés (art. 43 al. 2 LPGA). Selon l'art. 28 al. 2 LPGA, celui qui fait valoir son droit à des prestations doit fournir gratuitement tous les renseignements nécessaires pour établir ce droit et fixer les prestations dues. L'art. 43 al. 3 LPGA dispose que si l'assuré refuse de manière inexcusable de se conformer à son obligation de renseigner ou de collaborer à l'instruction, l'assureur peut se prononcer en l'état du dossier ou clore l'instruction et décider de ne pas entrer en matière; il doit lui avoir adressé une mise en demeure écrite l'avertissant des conséquences juridiques et lui impartissant un délai de réflexion convenable. Le dispositif est complété par l'art. 7b al. 2 LAI prévoyant qu'il peut être renoncé à la mise en demeure et au délai de réflexion si l'assuré ne communique pas les renseignements dont l'Office AI a besoin

pour remplir les tâches qui lui sont assignées par la loi. Selon la jurisprudence, la mise en demeure doit indiquer de façon suffisamment explicite ce que l'autorité attend de l'assuré (arrêt du Tribunal fédéral 9C_961/2008 du 30 novembre 2009 consid. 6.2; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, Zurich/Bâle/Genève 2009, art. 43 LPGA n° 52 et art. 21 LPGA n° 90). En outre, lorsque l'assuré ne donne pas suite à une mise en demeure, l'administration peut prononcer une décision de non-entrée en matière uniquement si les informations requises sont nécessaires pour éclaircir l'état des faits et déterminer les prestations dues et qu'elle ne peut se procurer celles-ci sans frais importants. Cela signifie par voie de conséquence que dès lors que l'autorité inférieure peut se prononcer sur la base de l'état de fait, la sanction de la non-entrée en matière ne lui est plus ouverte (arrêt du Tribunal fédéral 9C_345/2007 du 26 mars 2008 consid. 4; KIESER, op. cit., art. 43 LPGA n° 52). Inversement, dès lors que le dossier ne lui permet pas de se prononcer, l'autorité inférieure prononce une décision de non-entrée en matière.

6.1.3 D'une manière générale, le fait que l'administré doive coopérer à l'établissement des faits ne dispense pas l'autorité de constater les faits d'office. Cette règle vaut également dans les cas où l'administré ne collabore pas à l'établissement des faits. L'autorité, quant à elle, conserve son devoir de constater d'office les faits, indépendamment du comportement de la partie. Le devoir d'instruction de l'autorité ne devrait pas prendre fin du fait que l'administré a violé son obligation de collaborer. Les deux devoirs sont en principe indépendants et l'autorité doit s'efforcer d'établir les faits quand bien même la partie ne coopère pas (CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, thèse Fribourg, Zurich/Genève/Bâle 2008, n° 159 ss et 790; voir également ATF 97 V 173; STÉPHANE BLANC, La procédure administrative en assurance-invalidité, Fribourg, 1999, p. 117).

6.2 En l'espèce, durant la phase d'instruction de la demande de rente d'invalidité, l'OAIE a sollicité, à maintes reprises, de la part de l'INSS la production de pièces et de documents. En particulier, la production de l'expertise E 213 a été requise à deux reprises les 16 janvier et 7 mars 2012 (pces 27 et 40). L'INSS n'a toutefois pas produit les documents requis ou seulement de manière incomplète. Or, devant les difficultés rencontrées pour obtenir ces renseignements, l'autorité inférieure était face à une alternative. Si l'autorité inférieure estimait que le dossier restait incomplet malgré les tentatives d'obtenir les documents médicaux auprès de l'INSS, elle pouvait prononcer une non-entrée en matière une fois l'assuré mis en demeure de fournir ces documents. Elle l'avait d'ailleurs fait à

l'occasion de la première demande de rente d'invalidité déposée par le recourant (pces 1 à 10). Si cette même autorité estimait en revanche qu'une décision au fond était possible, elle pouvait statuer en l'état du dossier. Or, en l'espèce, l'autorité inférieure a fait le choix de se prononcer matériellement sur la demande du recourant. Conformément au consid. 6.1.3 ci-dessus, il lui incombait dès lors de constater d'office les faits. Le tribunal de céans devra donc examiner si les faits à la base de la décision attaquée ont été établis de manière exacte et complète (art. 49 let. b PA).

6.3 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). Il est à relever dans ce cadre, en ce qui concerne la valeur probante des rapports établis par les médecins traitants, que le juge peut et doit tenir compte du fait que, selon l'expérience, le médecin traitant est enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier (ATF 125 V 351 consid. 3a, 122 V 160 consid. 1c et les références). Cette réserve s'applique également aux rapports médicaux que l'intéressé sollicite de médecins non traitants spécialement mandatés pour étayer un dossier médical (cf. dans ce sens relativement aux expertises de parties: arrêt du Tribunal fédéral 8C_558/2008 du 17 mars 2009 consid. 2.4.2). Toutefois le simple fait qu'un certificat médical est établi à la demande d'une partie et est produit pendant la procédure ne justifie pas en soi des doutes quant à sa valeur probante (ATF 125 V 351 consid. 3b/dd et les références citées).

7.

7.1 En l'espèce, le recourant a été atteint par deux affections. Il a été victime d'un accident du travail dont il est ressorti avec une fracture du diaphyse de l'humérus droit et du cubitus droit ayant eu pour conséquence un déficit persistant dans la pronation et la supination du poignet droit, dans la flexion et l'extension du coude droit et dans l'abduction de l'épau-

le droite (pce 46). Dans le courant de l'année 2008 (date exacte inconnue), l'intéressé s'est vu diagnostiquer un cancer du rectum et a subi à ce titre un traitement associant radiothérapie et chimiothérapie. En dépit de ces soins, l'intéressé a dû se voir pratiquer une amputation abdomino-périnéale le 4 mars 2009. Il doit depuis lors porter une poche de colostomie (pces 4, 19-21). Le 28 décembre 2009, l'intéressé a dû subir une nouvelle opération pour une volumineuse hernie de la paroi abdominale à l'endroit de la poche de colostomie (pces 3 et 20). Le 11 août 2010, l'intéressé a dû une nouvelle fois être opéré suite à la récurrence de son hernie (pce 31). Le 12 juillet 2011, suite à une nouvelle récurrence, sa poche de colostomie a été nouvellement positionnée (pce 29).

7.2 Dans son rapport du 23 mai 2012, Dr B. _____ retenait que le recourant était invalide à raison de 70% pour la période dès le 4 mars 2009, date de la colostomie, pour l'activité de magasinier. En revanche, pour les activités de substitution, l'incapacité était de 0% dès le 4 mars 2009 (pce 46).

Dans son rapport du 8 août 2012, la Dresse C. _____ retenait que celui-ci était invalide à raison de 80% pour la période dès le 25 septembre 2008, et ce de manière définitive pour l'activité de magasinier, en raison des complications opératoires consécutives (hernies à répétition). En revanche, pour les activités de substitution, à savoir les activités légères ne nécessitant pas de porter de charges supérieures à 5 kilos, de se pencher, de s'accroupir à répétition, l'incapacité était de 80% du 25 septembre 2008 au 1^{er} juin 2009, puis de 20%. Le rapport ne se prononçait pas sur l'éventuelle fin de l'incapacité et retenait la nécessité de faire débiter l'incapacité de travail au 25 septembre 2008 car cela correspondrait au début des investigations ayant conduit aux traitements de radiothérapie et de chimiothérapie préopératoires. Il réformait sur ce point le premier rapport qui ne faisait débiter l'incapacité qu'au 4 mars 2009, soit à la date de la colostomie.

7.3

7.3.1 Les deux rapports des médecins de l'Office AI, les Drs B. _____ et C. _____ sur lesquelles reposent la décision querellée sont sommairement motivées: ils ne justifient pas leurs conclusions notamment quant aux taux d'incapacité de travail du recourant. Par conséquent, ces deux rapports ne sont pas de nature, indépendamment de leurs conclusions, à emporter la conviction de l'autorité de recours. De plus, ils ont été effec-

tués sur la base du dossier médical du recourant, dont l'autorité de recours va relever le caractère lacunaire dans les considérants ci-après.

7.3.2 L'expertise E 213 qui fait partie du dossier médical a été produite, mais dans des versions qui n'étaient soit pas datées, soit pas signées. La seule version datée était du 9 avril 2010 (pce 21) et la seule version signée datait du 11 mai 2010 (pce 21), c'est-à-dire environ deux ans et demi avant la prise de la décision querellée le 23 octobre 2012. Outre l'écoulement du temps qui pouvait à lui seul altérer la qualité des conclusions de l'auteur de ces expertises E 213, le recourant a subi dans cet intervalle plusieurs opérations, décrites ci-dessus. Or ces opérations ont potentiellement modifié la capacité de travail du recourant. En l'état, ce point ne peut être établi. En conséquence de quoi, la version de l'expertise E 213 figurant au dossier et sur laquelle les médecins de l'Office AI se sont prononcés était obsolète; l'autorité inférieure aurait dû prendre des mesures pour l'actualiser, éventuellement en s'adressant directement à l'assuré pour lui demander de fournir les documents médicaux en sa possession.

7.3.3 En règle générale, il incombe à un médecin qui s'écarte des conclusions d'un rapport d'expertise d'indiquer les raisons médicales qui le conduisent à des conclusions différentes. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Le deuxième rapport, celui de la Dresse C. _____, divergeait sur plusieurs points du premier rapport du Dr B. _____: sur le début de l'incapacité de travail, sur son éventuelle fin ainsi que sur les taux d'incapacité aussi bien pour l'activité de magasinier que pour une activité de substitution.

Le rôle de l'expert médical dans une discipline médicale spécifique suppose des connaissances correspondantes bien établies de la part de l'expert qui établit le rapport. Le second rapport d'un médecin de l'Office AI a conclu à l'absence de causalité entre l'accident du travail et l'incapacité du recourant, alors que cette causalité était retenue par le premier rapport. Or celui-ci a été réalisé par une oncologue et hématologue, qui s'est ainsi prononcée sur une question qui ne relevait pas de son domaine de compétence, à savoir une question orthopédique.

7.3.4 Par ailleurs, les pièces médicales figurant au dossier du recourant posent plusieurs problèmes quant à leur valeur probante. Les derniers certificats médicaux établis par les médecins traitants du recourant et figurant au dossier sont les suivants: un certificat médical du 23 août 2010 mentionnant une évolution favorable après la colostomie du 11 août 2010

(pce 31), un certificat médical du 19 juillet 2011 concernant une nouvelle opération de colostomie du 12 juillet 2011 et retenant une évolution chirurgicale favorable (pce 29) et un certificat médical du 15 novembre 2011 mentionnant un traitement par radiothérapie et chimiothérapie, un état après opération de colostomie avec pose d'une poche permanente et une incapacité de travail (pce 30). L'autorité de recours retient, d'une part, que ces certificats sont brefs et ne contiennent que peu d'indications sur l'état de santé du recourant et les traitements qui lui ont été administrés. Le recourant a subi des traitements lourds, en particulier une radiothérapie et une chimiothérapie, pour combattre son cancer. Il a également subi de nombreuses opérations suite à une hernie à répétition et en lien avec le positionnement de sa poche de colostomie. D'autre part, aucun certificat médical n'indique réellement les conséquences de ces traitements et opérations. Ces certificats ne se prononcent pas en particulier sur la capacité de travail résiduelle du recourant. Seul celui du 15 novembre 2011 fait état d'une incapacité de travail. Cela étant, cette incapacité n'est pas chiffrée et, quand bien même on la supposerait totale, l'autorité de recours ne peut que constater que ce certificat n'est pas motivé. On ignore ainsi comment cette appréciation a été portée. L'autorité inférieure ne pouvait dès lors pas se fonder sur le certificat du 15 novembre 2011 pour porter son appréciation. Là aussi, l'autorité inférieure dans l'exercice de son devoir d'instruction aurait dû poursuivre plus avant pour établir ce degré d'incapacité.

7.3.5 Enfin, les certificats médicaux figurant au dossier font état d'une amélioration de l'état de santé du recourant dans la mesure où son affection tumorale serait en rémission (notamment pce 21). Dès lors, la question d'une rente d'invalidité limitée dans le temps se pose. Aucun des rapports des médecins de l'Office AI ne se prononce clairement sur la question des périodes de convalescence du recourant et *a fortiori* sur son état de santé actuel. La Dresse C. _____ l'estime à 3 mois sur le fondement d'une expérience générale (pce 49) et non dans le cas particulier du recourant. On peine donc à évaluer un éventuel recouvrement de la capacité de travail du recourant, qui aurait éventuellement entraîné le droit à une rente limitée dans le temps.

7.4 Il s'ensuit que le dossier est lacunaire. D'une part, la durée de l'incapacité de travail n'a pas été établie de manière précise, ni même ses causes exactes. Le taux moyen de cette incapacité pour l'activité principale comme pour les activités de substitution n'a pas été évalué de manière à emporter la conviction. D'autre part, les conclusions médicales ne sont pas motivées, en particulier sur l'appréciation du taux d'incapacité du

recourant. L'autorité de recours ne peut dès lors pas se prononcer. Compte tenu de ce qui précède, le recours du 23 novembre 2012 doit être admis, la décision du 23 octobre 2012 annulée et la cause renvoyée à l'autorité inférieure qui rendra une nouvelle décision après avoir complété l'instruction.

8.

8.1 Le recourant ayant eu partiellement gain de cause dans le sens d'un renvoi de la cause à l'autorité inférieure (cf. ATF 132 V 215 consid. 6.2), il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 63 PA). L'avance de frais de 400 francs lui est remboursée.

8.2 Le recourant est représenté. Ayant eu partiellement gain de cause, il lui est alloué une indemnité de dépens de 1'000 francs (art. 7 ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'OAIE, en sa qualité d'autorité, n'y a pas droit (art. 7 al. 3 FITAF).

(Le dispositif figure à la page suivante.)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est partiellement admis et la décision du 23 octobre 2012 est annulée. La cause est renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle effectue un complément d'instruction conformément au considérant 7 et rende une nouvelle décision.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. Le montant de 400 francs versé à titre d'avance de frais est restitué au recourant sur le compte bancaire qu'il aura désigné une fois le présent arrêt entré en force.

3.

Il est alloué au recourant une indemnité de 1'000 francs à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

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

Le président du collège :

Le greffier :

Francesco Parrino

Yann Grandjean

Indication des voies de droit :

Pour autant que les conditions au sens des art. 82 ss, 90 ss et 100 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) soient remplies, 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. 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 :