

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 22 mars 2010

Présidence de M. JOMINI
Juges : Mme Lanz Pleines et M. Gerber, juge suppléant
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

B._____, à Payerne, représenté par Me Christine Magnin, avocate à Fribourg,

et

OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITE POUR LE CANTON DE VAUD, à Vevey, intimé.

Art. 7 let. b et 8 let. d Convention Suisse-Yougoslavie, 39 LAI et 42 LAVS.

E n f a i t :

A. B._____, agriculteur, né le 25 octobre 1957, est arrivé en juin 1998 en Suisse en provenance du Kosovo et a demandé l'asile. Après qu'un cancer de la gorge (carcinome supraglottique) ait été diagnostiqué le 17 septembre 1998, il a subi le 18 février 1999 une laryngectomie totale avec pose d'une prothèse "Provox" pour la voix. Il a été renvoyé de Suisse en juillet 2000. Il y est revenu en novembre 2000 et a été mis en date du 6 mars 2001 au bénéfice d'une admission provisoire (permis F). Il n'a pas exercé d'activité lucrative en Suisse et n'a jamais cotisé à l'AVS.

B. En date du 12 mai 2005, B._____ a déposé une demande de prestations AI.

C. Un rapport médical du médecin traitant de B._____, le Dr K._____ à Moudon, daté du 2 juin 2005, diagnostiqua notamment une laryngectomie totale avec évidement cervical fonctionnel pour un carcinome épidermoïde bien différencié de stade pN0 M0 G2, suivis de radiothérapie adjuvante, une trachéotomie et mise en place d'une canule. Selon ce rapport, l'activité exercée par B._____ n'était plus exigible en raison du diagnostic et du traitement subséquent: B._____ ne pouvait utiliser qu'une seule main, l'autre étant requise pour parler, d'où une grande difficulté de communication.

D. Le Dr A._____, oto-rhino-laryngologiste au [...], a produit un rapport médical à la demande de l'office AI du canton de Vaud en date du 3 octobre 2005 sur la base d'un dernier examen le 8 avril 2005. Il diagnostiqua un carcinome épidermoïde du larynx de stade pT4 pN0 M0, un status post-laryngectomie total et évidement ganglionnaire cervical fonctionnel suivi d'une radiothérapie adjuvante. Il releva parmi les plaintes subjectives, des douleurs cervicales intermittentes postérieures et latérales ainsi qu'une communication difficile malgré la prothèse de Provox en place. Celle-ci étant non fonctionnelle, elle a été changée le 8 avril 2005. Il constata que B._____ était en rémission tumorale et avait une induration cervicale post-radique et post-opératoire. Selon le rapport

du Dr A._____, B._____ a besoin, depuis février 1999, d'assistance d'un tiers pour accomplir les actes ordinaires de la vie.

E. Selon un rapport du 6 avril 2006 du Dr D._____, du service médical régional (SMR) Suisse romande, établi sans examen clinique de l'assuré, le cancer se développait depuis des années et était déjà présent en juin 1998, à un stade pas ou encore peu symptomatique. Le cancer était en rémission complète. Il estima que la capacité de travail dans l'activité habituelle ou dans une activité adaptée était de 100% avec les limitations fonctionnelles suivantes : éviter les activités impliquant la conversation et l'utilisation de moyens de communication vocaux, les environnements particulièrement poussiéreux ainsi que les conditions climatiques extrêmes. Cette capacité de travail était valable à partir de la fin du délai de carence, à savoir, en octobre 1999. Le rapport relevait qu'une laryngectomie totale était certes une intervention majeure et mutilante, privant ces patients de l'utilisation normale de la voix et de la parole, mais n'entraînait pas de répercussions ailleurs qu'au niveau cervical; certains problèmes d'alimentation liés à la sécheresse après radiothérapie pouvaient également persister, mais n'avaient pas de répercussion négative directe sur la capacité de travail. Ce rapport précisait en outre que "dans le cas d'un assuré sans formation, ouvrier agricole, ne parlant pas le français, aucune incapacité de travail ne peut être retenue à cause de cette maladie du larynx, si l'on fait abstraction de quelques situations particulières qui sont à éviter", conformément aux limitations fonctionnelles susmentionnées.

F. L'Office AI pour le canton de Vaud a rendu un préavis en date du 6 mars 2007 rejetant la demande au double motif que le demandeur avait recouvré une capacité de travail entière conformément à l'avis du SMR et qu'il ne remplissait pas la condition de la durée minimale de cotisation d'un an prévue pour l'octroi d'une rente ordinaire par l'art. 36 LAI (loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité, RS 831.20), applicable en vertu de l'art. 8 let. b de la Convention du 8 juin 1962 entre la Confédération suisse et la République Populaire Fédérative de Yougoslavie relative aux assurances sociales (ci-après convention, RS

0.831.109.818.1). Par acte du 22 mars 2007, B._____ s'est déterminé en concluant à l'octroi d'une rente extraordinaire en vertu de l'art. 39 LAI en relation avec les art. 7 et 8 de la convention. Le 20 décembre 2007, l'OAI a rendu une décision prononçant le rejet de la demande, en substance pour les mêmes motifs que ceux du préavis.

G. Par acte du 31 janvier 2008, B._____ a formé recours contre la décision de l'OAI du 20 décembre 2007. Il conclut à l'annulation de la décision attaquée, au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour qu'elle procède à une expertise sur les capacités de travail du recourant et à l'octroi de dépens. Il conteste le refus d'une rente extraordinaire et estime qu'en raison des contradictions entre le rapport du SMR et les rapports médicaux des Drs K._____ et A._____, il n'est pas possible de se fonder sur l'avis du SMR. D'autre part, il considère remplir les conditions d'octroi d'une rente extraordinaire.

Dans sa réponse du 4 avril 2008, l'intimé conclut au rejet du recours. Il explique en substance que le recourant ne remplit pas les conditions pour l'octroi d'une rente extraordinaire qui, en vertu de l'art. 2 de la convention, sont fixées par l'art. 39 al.1 LAI et l'art. 42 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10).

En réplique, le recourant a contesté, le 16 juin 2008, l'interprétation de la convention par l'autorité intimée.

Dupliquant le 1^{er} septembre 2008, l'intimé a indiqué en substance que les arguments développés par le recourant n'étaient pas de nature à remettre en question ses conclusions.

E n d r o i t :

1. Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) s'appliquent à l'AI (art. 1 LAI [loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-

invalidité, RS 831.20]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte - ce qui est le cas des décisions en matière d'assurance-invalidité (cf. art. 57a LAI) - sont sujettes à recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 58 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). En l'espèce, le recours, interjeté en temps utile auprès du tribunal compétent, est donc recevable.

La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, RSV 173.36), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et qui s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD), est immédiatement applicable dans la présente cause (cf. la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA-VD). La cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

2. Se pose en premier lieu, la question du droit matériel applicable *ratione temporis*. Celui-ci est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, étant précisé que le juge n'a 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 132 III 523 consid. 4.3). En d'autres termes, la législation applicable en cas de changement de règles de droit demeure celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (cf. ATF 129 V 1 consid. 1.2).

3. a) Selon l'art. 6 al. 2 LAI, les étrangers ont droit aux prestations de l'assurance-invalidité, sous réserve de l'art. 9 al. 3 LAI, aussi longtemps qu'ils conservent leur domicile ou leur résidence habituelle en Suisse, mais seulement s'ils comptent, lors de la survenance de l'invalidité, au moins une année entière de cotisations ou dix années de résidence ininterrompue en Suisse.

Demeurent toutefois réservées les dispositions dérogatoires des conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la Suisse avec un certain nombre d'Etats pour leurs ressortissants respectifs.

b) Le 8 juin 1962, la Suisse a conclu avec la Yougoslavie, une Convention de sécurité sociale entrée en vigueur au 1^{er} mars 1964 (RS 0.831.109.818.1; ci-après, la convention). Cette convention reste applicable dans toutes les régions de l'ancienne Yougoslavie, soit la Bosnie et Herzégovine, la Serbie et le Monténégro. Sont exceptées la Croatie, la Slovénie et la Macédoine avec lesquelles la Suisse a conclu depuis des conventions de sécurité sociale. S'agissant du Kosovo, la région dont le recourant provenait, la convention passée avec la Yougoslavie est applicable jusqu'au 31 mars 2010, que ce soit à titre de province de la Serbie avant la reconnaissance de la République du Kosovo par la Suisse le 27 février 2008 ou, depuis cette reconnaissance, en vertu des principes sur la succession des Etats. L'inapplicabilité de la convention avec la Yougoslavie aux ressortissants kosovars depuis le 1^{er} avril 2010 (RO 2010 p. 1203) est sans effet sur la question du droit à une rente qui doit être tranchée conformément au droit en vigueur lors des faits déterminant les conséquences juridiques. C'est donc au regard des dispositions de la convention qu'il y a lieu d'examiner si le recourant satisfait aux conditions d'assurance.

L'art. 2 de la convention avec la Yougoslavie dispose que "sous réserve de la présente Convention et de son Protocole final, les ressortissants suisses et yougoslaves jouissent de l'égalité de traitement quant aux droits et obligations résultant des dispositions énumérées à l'article premier".

4. Le litige porte exclusivement sur le droit à une rente extraordinaire de l'assurance-invalidité. Le recourant ne requiert en effet pas l'octroi d'une rente ordinaire de l'assurance-invalidité. Même s'il critique l'un des deux motifs de refus d'une rente ordinaire qui est invoqué dans l'acte attaqué, à savoir l'absence d'invalidité, la décision attaquée fonde le refus d'une rente ordinaire aussi sur le motif que le recourant ne

remplit pas la condition de la durée minimale de cotisation d'un an à l'issue du délai de carence d'un an (art. 6 al. 2 LAI). Comme ce motif n'est pas critiqué par le recourant, il n'y a pas lieu d'examiner le bien-fondé du refus d'une rente ordinaire.

5. Le recourant prétend avoir droit à une rente extraordinaire de l'assurance-invalidité en raison de sa résidence en Suisse pendant cinq ans avant le dépôt de la demande de prestations, le 12 mai 2005.

a) Selon les art. 8 let. d et 7 let. b de la convention, les ressortissants yougoslaves n'ont droit à une rente extraordinaire que s'ils conservent leur domicile en Suisse et si, immédiatement avant la date à partir de laquelle ils demandent la rente, ils ont résidé en Suisse de manière ininterrompue pendant cinq années entières au moins.

Selon l'art. 9 du protocole final de la convention, un ressortissant yougoslave qui quitte la Suisse pour une période ne dépassant pas trois mois chaque année civile, n'interrompt pas sa résidence en Suisse au sens des art. 7 let. b et 8 let. d de la convention en ce qui concerne le droit aux rentes extraordinaires. Dans des cas exceptionnels, tels que ceux de force majeure, une prolongation du délai de trois mois peut être accordée. Cette règle est applicable par analogie au délai de résidence exigé à l'article 23, 2^e alinéa, lettre b, pour les rentes ordinaires. D'autre part les périodes pendant lesquelles un ressortissant yougoslave résidant en Suisse a été exempté de l'AVS ne comptent pas pour le délai prévu aux art. 7 let. b et 8 let. d de la convention.

aa) Selon une jurisprudence rendue au sujet de dispositions analogues d'autres conventions de sécurité sociale, le moment déterminant pour examiner si la condition de la résidence ininterrompue en Suisse pendant cinq ans au moins est remplie doit être fixé non pas à la date du dépôt de la demande, ni à celle de la survenance de l'événement assuré, mais au jour où le droit à la rente a effectivement pris naissance. Le délai de cinq ans se calcule rétroactivement depuis la date à laquelle

s'ouvre le droit de l'assuré à une rente (ATF 108 V 73 consid. 2, 122 V 386 consid. 1a).

bb) Le moment de l'ouverture du droit à une rente extraordinaire est régi par l'art. 29 LAI. Selon l'art. 29 al. 1 LAI, tel qu'en vigueur avant le 1^{er} janvier 2008, le droit à la rente prend naissance au plus tôt à la date dès laquelle l'assuré présente une incapacité de gain durable de 40% au moins (art. 7 LPGA) ou a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année sans interruption notable (art. 6 LPGA).

Selon la décision attaquée, le droit à la rente (c'est-à-dire la survenance des conditions ouvrant le droit éventuel à la rente) remonte au mois de septembre 1999, une fois le délai d'attente d'une année écoulé après le diagnostic du cancer de la gorge. Le recourant ne soutient pas que cette date serait erronée et que le droit à la rente serait né postérieurement à cette date. Or, le recourant n'avait pas en septembre 1999 cinq années de résidence ininterrompue en Suisse.

b) Le recourant ne remplit pas en outre les conditions posées par le droit interne pour l'octroi d'une rente extraordinaire.

Quand bien même la lettre de l'art. 8 let. d de la convention ne fait pas référence aux conditions du droit interne, contrairement aux dispositions correspondantes de conventions signées ultérieurement (cf. "aux mêmes conditions que les ressortissants suisses", par. ex. art. 11 de la Convention de sécurité sociale du 1^{er} mai 1969 entre la Suisse et la République de Turquie, RS 0.831.109.763.1; art. 16 de la Convention de sécurité sociale du 4 juin 1996 entre la Confédération suisse et la République de Hongrie, RS 0.831.109.418.1), cela est implicite. Cela ressort clairement du message relatif à l'approbation de la convention avec la Yougoslavie qui précise dans le commentaire de l'art. 7b que les ressortissants yougoslaves domiciliés en Suisse auront également droit aux rentes extraordinaires de l'AVS "aux mêmes conditions que les ressortissants suisses", sous réserve toutefois des conditions de

résidences prévues spécifiquement par la convention (Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'approbation d'une convention sur les assurances sociales conclue entre la Suisse et la Yougoslavie du 4 mars 1963, in: Feuille Fédérale [FF] 1963 I 670 ss, p. 682).

Selon l'art. 39 al. 1 LAI, "le droit des ressortissants suisses aux rentes extraordinaires est déterminé par les dispositions de la LAVS", donc par l'art. 42 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-veillesse et survivants, RS 831.10). Aux termes de l'art. 42 al. 1 LAVS, dans sa version en vigueur depuis l'introduction de la 10^{ème} révision de l'AVS le 1^{er} janvier 1997, les ressortissants suisses qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse ont droit à une rente extraordinaire s'ils ont le même nombre d'années d'assurance que les personnes de leur classe d'âge, mais ne peuvent pas prétendre à une rente ordinaire parce qu'ils n'ont pas été soumis à l'obligation de verser des cotisations pendant une année entière au moins. C'est à tort que le recourant prétend déduire de la jurisprudence fédérale (ATF 122 V 386) que l'exigence d'un même nombre d'années d'assurance ne s'applique pas aux personnes soumises à la convention avec la Yougoslavie, car cette jurisprudence a été rendue sur la base de la teneur de l'art. 42 LAVS avant sa modification par la 10^{ème} révision de l'AVS.

aa) Le cercle des bénéficiaires d'une rente extraordinaire est ainsi limité aux personnes qui comptent un nombre d'années d'assurance égal à celui de leur classe d'âge, mais qui, "sans faute de leur part", n'ont pu cotiser durant la période minimale et qui, de ce fait, ne peuvent prétendre une rente ordinaire; entrent dans cette catégorie les personnes qui n'étaient pas encore soumises à l'obligation de cotiser durant une année entière lors de la survenance de l'invalidité (assurés mineurs) ou celles qui, lors de l'instauration de l'AVS, ne pouvaient plus satisfaire à cette exigence (génération transitoire) ou encore celles qui, pendant toute la durée d'assurance, étaient dispensées de payer des cotisations (cf. Message du Conseil fédéral concernant la 10^{ème} révision de l'assurance-veillesse et survivants du 5 mars 1990, in: FF 1990 II pp. 1 ss, spéc. p. 99).

L'exigence d'avoir "le même nombre d'années d'assurance que les personnes de leur classe d'âge" ne vise pas toutes les années d'assurance dès la naissance – pour être assurée en Suisse dès sa naissance, une personne doit être domiciliée en Suisse dès ce moment – mais seulement celles pour lesquelles la loi prévoit une obligation générale de cotiser, telles qu'elles sont en principe déterminantes pour le calcul d'une rente ordinaire. Il s'agit donc des années d'assurance accomplies dès le 1^{er} janvier qui suit la date où la personne a eu 20 ans révolus (cf. art. 2 LAI en corrélation avec l'art. 3 LAVS ainsi que art. 36 al. 2 LAI en corrélation avec les art. 29 al. 2, 29bis et 29ter LAVS; ATF 131 V 390 consid. 2.4).

Ne sont en revanche pas visées par l'art. 42 LAVS les personnes comptant une lacune de cotisations parce qu'elles n'ont pas été assujetties à l'assurance pendant une certaine période de leur vie. Les rentes extraordinaires soumises à limites de revenu auxquelles les assurés placés dans cette situation pouvaient prétendre avant la dixième révision de l'AVS, si la rente ordinaire partielle dont ils bénéficiaient était inférieure à la rente extraordinaire (cf. art. 42 al. 1 LAVS, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996), ont en effet été transférées dans le régime des prestations complémentaires (cf. ATF 124 V 271 consid. 1a; Kieser, Alters- und Hinterlassenenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], no 118 p. 78). Il en va de même des rentes extraordinaires allouées aux personnes qui ne pouvaient prétendre de rente ordinaire d'invalidité, faute d'avoir été assujetties à l'assurance-vieillesse et invalidité suisse – et par conséquent d'avoir verse des cotisations – pendant une année au moins avant la survenance de l'invalidité.

bb) Le recourant ne compte pas un nombre d'années d'assurance égal à celui des personnes de sa classe d'âge, puisqu'il n'a pas été assujetti à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité avant de s'être constitué un domicile en Suisse (art. 1 al.1 LAVS et art. 1 LAI, dans leur teneur respective jusqu'au 31 décembre 1996 et 31 décembre 2002), au plus tôt en juin 1998.

c) Il découle de ce qui précède que le recourant ne remplit ni la condition des art. 8 let. d et 7 let. b de la convention avec la Yougoslavie ni celle des art. 39 al. 1 LAI et 42 al. 1 LAVS. Il n'a donc pas droit à une rente extraordinaire.

6. Le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

Dans la mesure où le refus d'une rente ordinaire et d'une rente extraordinaire est confirmé pour d'autres motifs que l'inexistence d'une invalidité, le recourant conserve la possibilité de requérir l'octroi de prestations complémentaires si, par hypothèse et comme il le soutient, les conditions matérielles d'octroi d'une rente de l'assurance-invalidité étaient remplies (art. 4 al. 1 let. d LPC [loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, RS 831.30]). La question des prestations complémentaires n'a toutefois pas à être examinée plus en détail dans la présente procédure, étant rappelé qu'il n'incombe pas à l'Office AI de statuer à ce sujet (cf. art. 21 LPC et art. 6 al. 1 LVPC [loi vaudoise du 13 novembre 2007 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, RSV 831.21]).

Compte tenu de l'ampleur de la procédure, les frais de justice sont arrêtés à 250 fr. et mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 69 al. 1bis LAI; cf. aussi art. 49 al. 1 LPA-VD et art. 2 al. 1 TFJAS [tarif des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales, RSV 173.36.5.2]).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 55 al. 1 LPA-VD).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

I. Le recours est rejeté.

II. La décision de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud du 20 décembre 2007 est confirmée.

III. Les frais de justice, arrêtés à 250 fr. (deux cent cinquante francs), sont mis à la charge de B._____.

IV. Il n'est pas alloué de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Christine Magnin (pour B._____),
- Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud,
- Office fédéral des assurances sociales (OFAS),

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :