

# **BVGer C-6959/2017 vom 11. Februar 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-02-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-6959\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6959_2017)

FR: TAF C-6959/2017 du 11 février 2021

IT: TAF C-6959/2017 del 11 febbraio 2021

## **Regeste**

Droit à la rente

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Selon l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) et sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal de céans, en relation avec les art. 33 let. d LTAF et 69 al. 1 let. b de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20), connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par l'OAIE.

### **E. 1.2**

Selon l'art. 37 LTAF, la procédure devant le Tribunal est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement. En vertu de l'art. 3 let. dbis 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. À cet égard, conformément à l'art. 2 LPGA, en relation avec l'art. 1 al. 1 LAI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité à moins que la LAI ne déroge expressément à la LPGA.

### **E. 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.

### **E. 1.4**

Déposé en temps utile dans les formes requises par la loi (art. 60 LPGA et 52 PA) et l'avance de frais ayant été payée dans le délai imparti (art. 63 al. 4 PA, art. 69 al. 2 LAI), le recours est recevable.

### **E. 2.1**

La procédure dans le domaine des assurances sociales est régie par la maxime inquisitoire (ATF 138 V 218 consid. 6). L'autorité administrative et, en cas de recours, le Tribunal constatent les faits d'office (cf. art. 12 PA, art. 43 al. 1, 1ère phrase, LPGA). Par conséquent, il leur appartient d'établir d'office un constat conforme et complet des faits pertinents (ATF 136 V 376 consid. 4.1.1). Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués par les parties (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (ATF 139 V 349, 136 V 376 consid. 4.1,

132 V 105 consid. 5.2.8). L'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 122 V 157 consid. 1a, 121 V 204 consid. 6c; Moser/Beusch/Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2e éd. 2013, p. 25 n. 1.55).

### **E. 2.2**

Le litige selon la décision attaquée a pour objet le nouveau calcul de la demi-rente d'invalidité du recourant à compter du 1er août 2017 établi par décision de l'OAIE du 7 novembre 2017 à la suite de la survenance d'un droit à une rente d'invalidité allouée à l'épouse du recourant à compter du 1er août 2017.

### **E. 2.3**

Le recourant conclut à l'octroi d'une rente entière à compter du 1er août 2017 pour le motif d'une aggravation de son état de santé suite à la pose d'une prothèse totale du genou le 23 novembre 2016. À l'appui de son recours, il fait valoir un taux d'invalidité supérieur à 41% tel qu'il aurait été retenu par la décision attaquée. Toutefois, la décision attaquée ne mentionne aucunement un taux d'invalidité de 41%. De la page 2 de la décision jointe à son recours, il ressort que le recourant se rapporte à la décision de rente allouée à son épouse, mentionnant un degré d'invalidité de 41% à compter du 1er janvier 2012 et fondant un droit à un quart de rente à compter du 1er août 2017 en raison d'un dépôt de la demande tardif. Le recourant est ainsi dans l'erreur quant au motif de son recours. La modification du montant de sa rente ne ressortit aucunement à des motifs médicaux.

### **E. 2.4**

Dans le cadre d'un recours, la décision est l'objet formel de la contestation. Il en découle directement le principe selon lequel, en procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. En revanche, dans la mesure où aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet, et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF 125 V 414 consid. 1a, 124 II 364 consid. 1c, 119 Ib 36 consid. 1b). Il en résulte, que l'objet du litige ne peut aller au-delà de l'objet de la contestation (ATF 144 I 11 consid. 4.3, 125 V 413 consid. 1). Le recourant ne peut ainsi pas invoquer des raisons médicales pour une modification de la rente comme objet du recours (ATF 110 V 48 consid. 3b). Par conséquent, la demande d'octroi d'une rente entière à compter du 1er août 2017 en raison d'une aggravation de son état de santé à la suite de l'opération du genou le 23 novembre 2016 ne peut être examinée dans le cadre de la présente procédure (voir cep. consid. 2.5).

### **E. 2.5**

Contrairement à la détermination de l'autorité inférieure exprimée dans la réponse au recours, la demande de prise en compte d'une aggravation de l'état de santé ne nécessite pas une demande formelle per se de révision du droit à la rente. Par économie de procédure et conformément à la pratique judiciaire (cf. arrêts du TAF C-1025/2016 du 9 mai 2018 consid. 6.10, C-4911/2008 du 2 juin 2010 consid. 13 ss), la demande peut être retenue sur la base de l'acte de recours et doit être transmise à l'instance compétente pour être traitée en tant que demande de révision, suite à la pose d'une prothèse totale du genou le 23 novembre

2016, avec les rapports médicaux présentés dans le cadre de ce recours.

### **E. 2.6**

Dans la procédure de recours, le recourant ne soulève aucune objection quant au nouveau calcul de sa rente à la suite de la survenance du cas d'assurance de son épouse. En tant que juridiction de première instance dans les procédures d'assurance invalidité, le TAF a pleine cognition, mais n'est pas obligé d'examiner une décision contestée dans tous ces éléments, il se limite en principe aux griefs soulevés (arrêts du TAF C-7296/2016 du 23 novembre 2018 consid. 6.4 avec les réf.; C-2656/2015 du 24 février 2016 consid. 2.2 avec les réf.). Ainsi, le recours, dans la mesure où le nouveau calcul de la rente allouée n'est pas contesté, objet de la décision attaquée, pourrait être rejeté sans autre examen. Toutefois, étant donné que le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office et n'est pas lié par les griefs invoqués par les parties, un contrôle lui est ouvert sans requête expresse des parties, à condition qu'un grief à l'encontre de la décision soit manifeste et qu'il apparaisse comme tel lors d'un contrôle *prima facie* (voir arrêts du TAF C-2272/2019 du 19 mai 2020 consid. 4.5 et 5, C\_6369/2017 du 31 juillet 2019 consid. 6, C-4798/2013 du 29 octobre 2015 p. 6 in fine, C-5851/2013 du 31 octobre 2014 consid. 5). C'est le cas in casu, s'agissant de la durée de cotisations de 1 année et 10 mois prise en compte alors que dans les décisions des 29 novembre 1993, 10 octobre 1997, 26 novembre 1997 et les communications des 25 mai 1999, 11 février 2003, 13 septembre 2006, 19 janvier 2010 et 12 mars 2013 une durée de cotisations d'une année et 6 mois avait toujours été retenue et sans que la décision du 7 novembre 2017 ne fasse état des motifs de la nouvelle durée de cotisations retenue (cf. *infra* consid. 7). En conséquence le calcul de la rente nouvellement allouée au recourant doit être examiné en détail dans le cadre de cet arrêt.

### **E. 3.1**

L'affaire présente un aspect transfrontalier dans la mesure où le recourant, ressortissant espagnol, ayant travaillé en Suisse, est domicilié en Espagne, État membre de l'Union européenne (UE). Est dès lors applicable, à la présente cause, l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes (ALCP, RS 0.142.112. 681) conclu entre la Suisse et la Communauté européenne et ses États membres, dont l'annexe II règle la coordination des systèmes de sécurité sociale (art. 8 ALCP). Dans ce contexte, l'ALCP et l'art. 80a LAI font référence depuis le 1er 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 (ci-après : règlement n° 883/2004, RS 0.831.109.268.1), 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 (ci-après règlement n° 987/2009, RS 0.831.109.268.11; art. 1 al. 1 de l'annexe II en relation avec la section A de l'annexe II). À compter du 1er janvier 2015, sont également applicables dans les relations entre la Suisse et les États membres de l'Union européenne (UE) les modifications apportées notamment au règlement n° 883/2004 par les règlements (UE) n° 1244/2010 (RO 2015 343), n° 465/2012 (RO 2015 345) et n° 1224/2012 (RO 2015 353).

### **E. 3.2**

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 État membre, que les ressortissants de celui-ci. Dans la mesure où l'ALCP et son annexe II ne prévoient pas de disposition

contraire, la procédure ainsi que les conditions à l'octroi d'une rente d'invalidité sont déterminées exclusivement d'après le droit suisse (art. 8 ALPC; art. 46 al. 3 du règlement (CE) n°883/2004; ATF 130 V 253 consid. 2.4). 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 ainsi déterminé exclusivement d'après le droit suisse (ATF 130 V 253 consid. 2.4), cela tant pour la procédure que pour le droit matériel.

#### **E. 4.1**

Le droit matériel applicable est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants ou ayant des conséquences juridiques se sont produits, le juge n'ayant pas, en principe, à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision attaquée, sous réserve de dispositions particulières de droit transitoire (ATF 136 V 24 consid. 4.3, 129 V 1 consid. 1.2). Les faits qui sont survenus postérieurement, et qui ont modifié cette situation, doivent normalement faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 132 V 215 consid. 3.1.1; arrêt du TF 9C\_839/2017 du 24 avril 2018 consid. 4.2).

#### **E. 4.2**

En l'occurrence, la LAI et la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10), à laquelle renvoie l'art. 36 al. 2 LAI pour le calcul des rentes d'invalidité, sont applicables dans leurs teneurs au moment de l'ouverture du droit à la rente de l'épouse de l'assuré (deuxième cas d'assurance), soit au 1er août 2017. L'art. 31 LAVS dispose cependant que si le montant d'une rente doit être modifié suite à la naissance du droit à la rente du conjoint (...) les règles de calcul applicables au premier cas de rente sont déterminantes. La nouvelle rente calculée en vertu de ces dispositions devra être actualisée. Il s'ensuit que les bases de calcul antérieures doivent être prises en compte.

#### **E. 5.1**

Selon l'art. 36 al. 2 LAI, les dispositions de la LAVS sont applicables par analogie au calcul des rentes ordinaires de l'assurance-invalidité. Ce renvoi à une application par analogie des règles de la LAVS ne permet pas de déroger aux règles de calcul des art. 29bis à 41 LAVS (cf. ATF 124 V 159 consid. 3 s.). L'art. 36 al. 2 LAI réserve des dispositions complémentaires. Ainsi en est-il des art. 32 à 32bis RAI. L'art. 32 al. 1 RAI notamment énonce que les art. 50 à 53bis du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS, RS 831.101) sont applicables par analogie aux rentes ordinaires de l'assurance-invalidité. L'art. 32 al. 2 RAI énonce que la réduction des deux rentes d'un couple en vertu de l'art. 37 al. 1bis LAI (qui prévoit l'application par analogie de l'art. 35 LAVS) s'effectue en fonction de la rente du conjoint qui présente le degré d'invalidité le plus élevé. L'art. 32bis RAI réglant le cas de la renaissance d'une invalidité n'est in casu pas applicable.

#### **E. 5.2**

En particulier, on relèvera les points ci-après s'agissant du nouveau calcul - cas échéant (cf. l'art. 31 LAVS) - du montant de la rente ordinaire d'invalidité, octroyé sous l'ancien droit, résultant du fait que le conjoint a atteint l'âge de la retraite ou est devenu invalide (2e événement assuré).

##### **E. 5.2.1**

Lorsque l'un des conjoints a été mis au bénéfice d'une rente avant le 1er janvier 1997 et que l'autre conjoint a droit à une rente après le 31 décembre 1996, le nouveau droit (10<sup>ème</sup> révision de la LAVS) est applicable aux rentes des deux conjoints (cf. Disp. Trans. let. c al. 1 de la 10<sup>e</sup> révision de la LAVS). La rente dont le droit est né avant le 1er janvier 1997 est ainsi recalculé selon le nouveau droit.

### **E. 5.2.2**

Le calcul des rentes ordinaires est en principe déterminé par la période de cotisations (consid. 5.2.3), le revenu annuel moyen revalorisé résultant des revenus soumis à cotisation entre le 1er janvier qui suit la date où l'ayant droit a eu 20 ans révolus et le 31 décembre qui précède la réalisation du risque assuré complété, le cas échéant, de la moyenne des bonifications pour tâches éducatives et pour tâches d'assistance sur la même période résultant de la division desdites bonifications par la durée de cotisations déterminante (consid. 5.2.4), l'application d'un facteur de revalorisation à la moyenne des revenus soumis à cotisation (consid. 5.2.5) et enfin le revenu annuel moyen résultant de ce qui précède porté au revenu annuel moyen déterminant directement supérieur de l'échelle de rente applicable (art. 29bis ss LAVS, voir ég. les art. 50 ss RAVS; consid. 5.2.6).

### **E. 5.2.3**

La période de cotisations

#### **E. 5.2.3.1**

La période de cotisations est déterminante dans le calcul du droit à la rente (cf. art. 29bis al. 1 LAVS). Sont considérées comme années de cotisations les périodes durant lesquelles une personne a payé des cotisations à l'assurance obligatoire ou facultative (art. 1a et 2 LAVS) et - sous réserve d'être domiciliée en Suisse (art. 1a al. 1 let. a LAVS) - les périodes pendant lesquelles son conjoint a payé au moins le double de la cotisation minimale et les périodes pour lesquelles des bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance peuvent être prises en compte (art. 29ter LAVS). L'art. 50 RAVS prévoit qu'une année de cotisations est entière lorsqu'une personne a été assurée au sens des art. 1a ou 2 LAVS pendant plus de onze mois au total et que, pendant ce temps-là, elle a versé la cotisation minimale ou qu'elle présente des périodes de cotisations au sens de l'art. 29ter al. 2 let. b et c LAVS (périodes assurées du fait du versement par le conjoint du double de la cotisation annuelle minimale et périodes ouvrant le droit à des bonifications pour tâches éducatives ou d'assistance).

#### **E. 5.2.3.2**

La durée de cotisations est réputée complète si l'assuré présente entre le 1er janvier qui suit l'année où il a eu 20 ans révolus et le 31 décembre qui précède la réalisation du risque assuré (âge de la retraite ou décès, in casu ouverture du droit à une rente d'invalidité) le même nombre d'années de cotisations que les assurés de sa classe d'âge (art. 29ter al. 1 LAVS). Dans le cas contraire, la rente est partielle. Celle-ci correspond à une fraction de la rente complète (art. 38 al. 1 LAVS). Lors du calcul de cette fraction, il est tenu compte du rapport existant entre les années entières de cotisations de l'assuré et celles de sa classe d'âge (art. 38 al. 2 LAVS). L'échelle de rente afférente à une durée de cotisations complète est l'échelle 44. Une durée de cotisation incomplète donne lieu à une échelle de rente 1-43 (cf. art. 52 RAVS).

#### **E. 5.2.3.3**

La résidence en Suisse sans activité lucrative ni domicile n'est pas constitutive de période d'assurance. Ainsi, les permis de travail de saisonnier (permis A), supprimés en 2002 avec l'entrée en vigueur de l'ALCP (cf. supra consid. 3.1), n'emportaient pas la constitution d'un domicile, contrairement aux autorisations de séjour (permis B) et d'établissement (permis C) emportant en principe la constitution d'un domicile (cf. arrêts du TF I 486/00 du 30 septembre 2004 consid. 2.1, I 524/02 du 25 novembre 2002 consid. 2.1, H 195/01 du 17 juillet 2002 consid. 1.4). L'obtention ou non d'une autorisation de séjour ou d'établissement de la part de la police des étrangers n'était/n'est pas un critère décisif pour déterminer si une personne s'était/s'est valablement constituée un domicile au sens du droit civil (art. 23 ss du Code civil du 10 décembre 1907 [CC, RS 210]; cf. notamment ATF 125 III 100 consid. 3, 125 V 76 consid. 2a et les références; voir également arrêts du Tribunal fédéral des assurances K 34/04 du 2 août 2005 consid. 3 et K 38/01 du 24 décembre 2002 consid. 6 non publié in ATF 129 V 77 et arrêt du TF 9C\_914/2008 du 31 août 2009 consid. 6.1). De même, une autorisation de séjour de courte durée (Permis L) pour une activité lucrative de courte durée ou pour d'autres séjours à caractère temporaire n'emporte pas en soi la constitution d'un domicile, un examen de l'ensemble des circonstances est nécessaire (voir ATF 125 III 100 consid. 3, 113 V 261 consid. 2; arrêts du TF 9C\_914/2008 consid. 6.1 cité, 9C\_559/2016 du 19 mai 2017 consid. 4.3, 8C\_967/2010 du 20 avril 2011 consid. 4.6).

#### **E. 5.2.3.4**

Si la durée de cotisations est incomplète - sans que l'on se trouve dans le cas visé par l'art. 52a RAVS (voir infra) -, les périodes de cotisations accomplies avant le 1er janvier suivant l'accomplissement des 20 ans révolus seront prises en compte à titre subsidiaire aux fins de combler les lacunes de cotisations apparues depuis cette date (art. 52b RAVS). Les périodes de cotisations entre le 31 décembre précédant la réalisation du cas d'assurance et la naissance du droit peuvent être prises en compte pour combler les lacunes de cotisations (art. 52c 1ère phrase RAVS). Cas échéant, des années d'appoint peuvent compléter la durée de cotisations (voir art. 52d RAVS).

#### **E. 5.2.3.5**

Selon art. 52a RAVS, si une personne ne présente pas, entre le 1er janvier qui suit l'accomplissement de la 20e année et le 31 décembre précédant la réalisation du cas d'assurance, une durée de cotisations d'une année entière, la somme de tous les revenus provenant d'une activité lucrative sur lesquels des cotisations ont été versées dès l'âge de 17 ans révolus jusqu'à la naissance du droit à la rente, ainsi que la somme des bonifications pour tâches éducatives et pour tâches d'assistance sont divisées par l'ensemble des années et des mois durant lesquels la personne a versé des cotisations.

#### **E. 5.2.4**

Le revenu annuel moyen

##### **E. 5.2.4.1**

Selon les art. 29quater et 30 LAVS, la rente est calculée sur la base du revenu annuel moyen. Il se compose de la moyenne des revenus de l'activité lucrative revalorisés selon un facteur de revalorisation établi annuellement (cf. infra consid. 5.2.5) et de la moyenne des bonifications pour tâches éducatives et des bonifications pour tâches d'assistance résultant de la division desdites bonifications par la durée de cotisations déterminante. Celui-ci est porté au revenu annuel moyen déterminant directement supérieur selon les tables des rentes émises régulièrement par le Conseil fédéral (cf. art. 30bis LAVS).

#### **E. 5.2.4.2**

En vertu de l'art. 29quinquies al. 3 LAVS, les revenus que les époux ont réalisés pendant les années civiles de mariage commun sont répartis et attribués pour moitié à chacun des époux. La répartition est effectuée en particulier lorsque les deux conjoints ont droit à une rente (al. 3 let. a). Les revenus réalisés pendant l'année de mariage ainsi que durant l'année de la dissolution du mariage ne sont pas soumis au partage (art. 50b al. 3 RAVS). Aux termes de l'art. 29quinquies al. 4 LAVS, seuls sont soumis au partage et à l'attribution réciproque les revenus réalisés : a. entre le 1er janvier de l'année suivant celle durant laquelle la personne a atteint 20 ans révolus et le 31 décembre qui précède l'ouverture du droit à la rente du conjoint qui le premier peut y prétendre et b. durant les périodes où les deux conjoints ont été assurés auprès de l'assurance-vieillesse et survivants suisse.

#### **E. 5.2.4.3**

En vertu de l'art. 29sexies LAVS, les assurés peuvent prétendre à une bonification pour tâches éducatives pour les années durant lesquelles ils exercent l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants âgés de moins de 16 ans. Les père et mère détenant conjointement l'autorité parentale ne peuvent toutefois pas prétendre deux bonifications cumulées. Son montant est établi par la disposition précitée. L'art. 29sexies al. 3 LAVS précise que la bonification pour tâches éducatives attribuée pendant les années civiles de mariage est répartie par moitié entre les conjoints. La répartition ne porte cependant que sur les bonifications acquises au cours de la période comprise entre le 1er janvier de l'année suivant celle durant laquelle la personne a atteint 20 ans révolus et le 31 décembre qui précède la réalisation de l'événement assuré pour le conjoint qui, le premier, a droit à la rente. Les modalités d'attributions font l'objet des art. 52e-f RAVS. En particulier, en application de l'art. 52f al. 1 RAVS le droit à une bonification pour tâches éducatives s'ouvre l'année suivant celle de la naissance de l'enfant.

#### **E. 5.2.4.4**

Les revenus provenant d'une activité lucrative réalisés durant les années de jeunesse (art. 52b RAI) sur lesquels l'assuré a payé des cotisations sont pris en compte si des périodes de cotisations comprises dans cet espace ont servi au comblement de lacunes postérieures. Au contraire, les revenus sur lesquels des cotisations ont été payées entre le 31 décembre précédant la réalisation du cas d'assurance et la naissance du droit ne sont pas pris en considération pour le calcul de la rente (art. 52c RAVS).

#### **E. 5.2.4.5**

Le cas d'assurance survenu avant qu'une année entière d'assurance ne puisse être comptabilisée avant le 31 décembre précédant la réalisation du risque assuré nécessite un traitement particulier. Si une personne - comme in casu - ne présente pas, entre le 1er janvier qui suit l'accomplissement de la 20e année et le 31 décembre précédant la réalisation du cas d'assurance, une durée de cotisations d'une année entière, la somme de tous les revenus provenant d'une activité lucrative sur lesquels des cotisations ont été versées dès l'âge de 17 ans révolus jusqu'à la naissance du droit à la rente, ainsi que la somme des bonifications pour tâches éducatives et pour tâches d'assistance sont divisées par l'ensemble des années et des mois durant lesquels la personne a versé des cotisations (art. 52a RAVS). Pour les rentes AI, le mois de cotisations au cours duquel naît le droit à la rente d'invalidité est pris en compte pour combler les lacunes de cotisations du fait que l'ouverture du droit à la rente est établi au 1er jour du mois de la survenance du risque assuré, soit antérieurement

au jour effectif du risque assuré, alors qu'en matière de droit à la rente de vieillesse le droit à la rente s'ouvre le 1er jour du mois suivant celui du risque assuré (art. 29 al. 2 LAI [Etat au 1er janvier 1990; RO 1987 447], art. 29 al. 3 LAI [Etat au 1er janvier 2017, RO 2007 5129], art. 21 al. 2 LAVS [Etat au 1er janvier 1990 (RO 1957 264) et au 1er janvier 2017 (RO 1996 2466)]; arrêt du TFA I 78/00 du 14 juin 2002 consid. 3 et 4 in VSI 2003 p. 288; Directives concernant les rentes [DR] de l'assurance vieillesse, survivants et invalidité fédérale, Cm 5050 [valable dès le 1er janvier 2004]). La prise en compte de ce mois est en cohérence avec l'art. 50 RAVS selon lequel un mois entamé vaut le mois. Si le registre de l'arrêt publié in VSI mentionne une comptabilisation potestative (« peut être pris en compte »), le consid. 3 dudit arrêt du TFA fait état de la prise en compte du mois entamé (« le mois civil (entamé) au cours duquel naît le droit à la rente d'invalidité doit alors être pris en compte comme mois entier de cotisations »). Le Cm 5050 de la DR (Etat au 1er janvier 2017) souligne également la nécessité de prendre en compte ce mois.

### **E. 5.2.5**

Le facteur de revalorisation

#### **E. 5.2.5.1**

La somme des revenus de l'activité lucrative est revalorisée en fonction de l'indice des rentes prévu à l'art. 33ter LAVS. Le Conseil fédéral détermine annuellement les facteurs de revalorisation (art. 30 al. 1 LAVS). Pour les déterminer, on divise l'indice des rentes selon l'art. 33ter al. 2 LAVS par la moyenne, pondérée par le facteur 1.1, des indices des salaires de toutes les années civiles inscrites depuis la première inscription dans le compte individuel (CI) de l'assuré jusqu'à l'année précédant la survenance du cas d'assurance (art. 51bis RAVS). En cas de durée de cotisations complète, la première inscription est l'année suivant celle de l'accomplissement de la 20e année, même si la période de cotisations fait apparaître une lacune de cotisations comblée au moyen d'années de jeunesse (DR, Cm 5302).

#### **E. 5.2.5.2**

En cas de durée de cotisations incomplète, le facteur de revalorisation est celui de l'année civile pour laquelle la première inscription a été portée au CI entre celle qui suit l'accomplissement de la 20e année et celle de l'ouverture du droit à la rente (cf. DR, Cm 5305).

#### **E. 5.2.5.3**

Si le risque assuré survient - comme in casu - avant qu'une personne ait, entre le 1er janvier qui suit l'accomplissement de la 20e année et le 31 décembre précédant la réalisation du risque assuré, été soumise à l'obligation de cotiser durant une année entière au moins, et auquel cas on aura pris en compte les années de jeunesse et les revenus correspondants, il faudra considérer comme déterminante pour le choix du facteur de revalorisation - et ce à titre exceptionnel - la première année civile pour laquelle des cotisations ont été payées (DR, Cm 5304).

#### **E. 5.2.6**

Des tables (Tables des rentes) émises régulièrement par le Conseil fédéral déterminent le montant des rentes (art. 30bis LAVS) selon le revenu annuel moyen déterminant calculé selon l'art. 29quater LAVS.

### **E. 5.2.7**

Selon l'art. 31 LAVS, si le montant d'une rente doit être modifié suite à la naissance du droit à la rente du conjoint ou à la dissolution du mariage, les règles de calcul applicables au premier cas de rente sont déterminantes. La nouvelle rente calculée en vertu de ces dispositions devra être actualisée. Ainsi, le nouveau calcul est effectué à la date de la survenance du premier événement assuré et - en tenant compte désormais des revenus partagés - les mêmes calculs comparatifs doivent être effectués que lors de la fixation de la rente qui a été versée jusque-là (DR, Cm 5707). En l'occurrence, l'échelle de rente déterminée lors du premier calcul de rente s'applique également à la nouvelle rente, les revenus provenant d'une activité lucrative sont partagés durant les périodes de mariage commun et ce jusqu'au 31 décembre précédant la réalisation du risque assuré pour le premier conjoint ayant droit à la rente (art. 29quinquies al. 4 let. a LAVS). Le revenu annuel moyen est ensuite recalculé en tenant compte des règles de calcul ainsi que des tables déterminantes au moment du premier événement assuré. Il est ensuite actualisé en fonction des dispositions issues des révisions de l'AVS et de l'AI et des adaptations de rentes intervenues jusqu'au moment de la mutation (DR, Cm 5708; Michel Valterio, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], 2011, n° 1069).

### **E. 5.2.8**

Si aucun revenu provenant de l'activité lucrative ne doit être partagé pendant la durée du mariage, il n'y a pas lieu de procéder à un nouveau calcul de la rente du premier conjoint lors de la survenance du cas d'assurance du deuxième conjoint (DR, Cm 5710).

### **E. 5.3**

Au titre de la garantie des droits acquis, si la survenance de l'évènement assuré est antérieure au 1er janvier 2008 (entrée en vigueur de la 5e révision de l'AI), toutes les mutations (survenance du deuxième cas d'assurance, mariage, divorce, séparation et veuvage) continuent d'être régies par l'ancien droit (durée de cotisation minimale d'une année, supplément de carrière, réduction des rentes pour enfant et d'orphelin pour cause de surassurance) (Cm 5727 DR).

### **E. 5.4**

Selon l'art. 37 al. 1bis LAI, si les deux conjoints ont droit à une rente, l'art. 35 de la LAVS est applicable par analogie. Selon cette dernière disposition, la somme des deux rentes pour un couple s'élève au plus à 150% du montant maximal de la rente de vieillesse si a. les deux conjoints ont droit à une rente de vieillesse, b. un conjoint a droit à une rente de vieillesse et l'autre à une rente de l'assurance-invalidité. L'art. 32 al. 2 RAI précise que la réduction des deux rentes d'un couple s'effectue en fonction de la rente du conjoint qui présente le degré d'invalidité le plus élevé. Selon la pratique des offices AI, si les conjoints sont titulaires de rentes dont les fractions sont différenciées (entière/demie, demie/quart, entière/quart ou trois-quarts/quart), il n'y a pas lieu de procéder au plafonnement (DR, Cm 5529).

### **E. 6.1**

En l'espèce, pour la rente allouée à compter du 1er mai 1990, le revenu annuel moyen déterminant a été établi à 28'800.- francs. Il a été retenu une durée de cotisations de 1 an et 6 mois, l'échelle de rente 44 sur 44 et un degré d'invalidité de 100% (AI pce 31 p. 10). Pour toutes les décisions ultérieures, les bases de calcul ont été celles indiquées pour la rente allouée au 1er mai 1990, excepté le taux d'invalidité et le revenu annuel moyen déterminant

qui a été adapté à 32'400.- francs au 1er janvier 1992, à 33'840.- francs au 1er janvier 1993 (AI pce 33 p. 13, 15) et à 35'820.- francs dans la communication du 26 novembre 1997 concernant le versement des rentes à compter du 1er décembre 1997 (AI pces 7, 31 p. 6). L'OAI-B. \_\_\_\_\_ a établi le revenu annuel moyen déterminant au 1er mai 1990 de 28'800.- francs en prenant les revenus de 1987 pour 5 mois selon le CI (Fr. 12'582.-), les revenus de 1989 pour 9 mois à compter d'avril (Fr. 4'755.-) et ceux de 1990 pour 4/12 mois (Fr. 3'070.-/Fr. 9'212.-) totalisant 20'407.- francs, fondant un revenu annuel moyen pour une durée de cotisations de 1 année et 6 mois de 13'605 francs (Fr. 20'407.- : 18 x 12) porté au revenu annuel moyen directement supérieur de 14'400.- francs selon les Tables de rentes 1990 (Vol. II p. 6). À ce montant, un supplément de carrière de 100% selon la législation alors en vigueur a été ajouté vu le cas d'invalidité survenu en 1990, l'assuré né en 1969 ayant moins de 23 ans. Ce qui a établi le revenu annuel moyen déterminant à 28'800.- francs (AI pce 4 p. 3; Tables des rentes 1990 vol. 1 p. 63 [supplément de carrière] et 64 [Revenu annuel moyen déterminant avec supplément de carrière]). De 1994 à 1996 des revenus ont été portés sur le compte individuel de l'assuré (TAF pce 9 annexe).

### **E. 6.2**

L'OAI-E a procédé à un nouveau calcul de la rente d'invalidité du recourant par décision du 7 novembre 2017 avec effet au 1er août 2017. Ce nouveau calcul a été nécessaire du fait de l'ouverture du droit à une rente d'invalidité de l'épouse de l'assuré au 1er août 2017. Le droit à cette rente eut pu s'ouvrir au 1er janvier 2013 (demande tardive du 16 février 2017; art. 29 al. 1 LAI) mais cela est sans incidence sur les bases du nouveau calcul de la rente du recourant.

### **E. 6.3**

Selon le document « ACOR 10 » (cf. TAF pce 9), sur lequel repose le calcul de rente de la décision attaquée, les montants de revenus de - 12'582.- francs (pour 5 mois de cotisations) en 1987, - 4'755.- francs (pour 12 mois de cotisations) en 1989 et - 3'838.- francs (pour 5/12 mois de cotisations en référence à 9'212.- francs) en 1990 (soit 5 mois de janvier à mai 1990) ont été retenus du CI du recourant, soit un total de 21'175.- francs pour 22 mois de cotisations des années précitées.

### **E. 6.4**

Il appert du document « ACOR 10 », contrairement à l'exposé de l'OAI-E dans sa réponse au recours, que les revenus acquis durant les années de mariage des conjoints, qui se sont mariés en 1990, n'ont pas été répartis par moitié pour le nouveau calcul de la rente du recourant. Ceci à juste titre, son cas d'assurance est survenu en 1990, l'année-même de son mariage. En effet, aux termes de l'art. 29quinquies al. 4 LAVS (cf. supra consid. 5.2.4.2), seuls sont soumis au partage et à l'attribution réciproque les revenus réalisés : a. entre le 1er janvier de l'année suivant celle durant laquelle la personne a atteint 20 ans révolus et le 31 décembre qui précède l'ouverture du droit à la rente du conjoint qui le premier peut y prétendre et b. durant les périodes où les deux conjoints ont été assurés auprès de l'assurance-vieillesse et survivants suisse. Par ailleurs, l'année de la conclusion comme celle de la dissolution du mariage ne sont pas soumises au splitting selon l'art. 29quinquies al. 5 LAVS. Ainsi, le recourant s'étant marié en 1990 aucun partage des revenus entre les conjoints ne pouvait intervenir. Par ailleurs, conformément à l'art. 29sexies al. 3 LAVS (cf. supra consid. 5.2.4.3), c'est à juste titre que des bonifications pour tâches éducatives n'ont pas été prises en compte en faveur du recourant du fait que les enfants du recourant sont nés

en 1991 et 1993, soit après son cas d'assurance, et que lesdites bonifications ne peuvent être comptabilisées que pour les années suivant celle de la naissance du premier enfant, l'année du cas d'assurance étant déterminante pour le calcul de la rente.

### **E. 6.5**

Selon le calcul effectué par l'OAIE, en application de l'art. 52a RAVS (voir supra consid. 5.2.3.5), les années de jeunesse et les revenus acquis jusqu'à et y compris le mois d'ouverture du droit à la rente (le 1er mai 1990; voir supra consid. 5.2.4.5 et arrêt du TFA I 78/00 du 14 juin 2002 consid. 3 et 4 in VSI 2003 p. 288) ont été pris en compte vu qu'au 31 décembre précédant l'année de l'ouverture du droit à la rente, soit au 31 décembre 1989, l'assuré ne comptait pas au moins une année de cotisations au sens de l'art. 29bis al. 1 LAVS. La somme des revenus du recourant pris en compte jusqu'au mois y compris de l'ouverture du droit à la rente, s'est ainsi élevée pour les années 1987-1990 selon le document « ACOR 10 » à 21'175.- francs. Compte tenu d'une première inscription déterminante (cf. consid. 5.2.5.3) au CI en 1987, aucune revalorisation de ce montant ne devait intervenir en 1990 (cf. Tables des rentes 1990 vol. 1 p. 29, facteur de revalorisation : 1.000). Ces revenus ont déterminé en 1990 un revenu annuel moyen de 11'550.- francs (Fr. 21'175 : 22 x 12) et de 23'100.- francs avec la prise en compte d'un supplément de carrière maximum de 100% en application des art. 36 aLAI et 33 aRAI. Le revenu annuel moyen déterminant supérieur s'élevait en 1990 à 24'000.- francs (Tables des rentes 1990 vol. 2 p. 6). Valeur 2017, ce montant s'établit à 35'250.- francs (Fr. 24'000 : 9'600 [RAM min. 1990] x 14'100 [RAM min. 2017]). Au RAM de 35'250.- francs de l'échelle de rente 44 (cf. consid. 5.2.7) correspond une rente de 1'633.- francs pour une rente d'invalidité de 100% et de 817.- francs pour une demi-rente d'invalidité (Tables des rentes 2017). L'OAIE n'a toutefois pas relevé et expliqué dans sa décision du 7 novembre 2017 (AI pce 80) et dans sa réponse au recours (TAF pce 9) la modification de la durée de cotisations (1 année et 10 mois au lieu de 1 année et 6 mois). Cet élément de la nouvelle décision nécessite un examen approfondi (cf. consid. 2.6 in fine).

### **E. 7.1**

L'assuré est venu en Suisse en août 1987. De septembre 1987 à décembre 1989, l'assuré était au bénéfice d'un permis A de saisonnier, de décembre 1989 au 19 décembre 1990 d'un permis L pour un séjour de courte durée, puis d'un permis B et C ultérieurement (AI pce 6 p. 1 et supra A.a). Il appert du dossier que l'assuré a résidé en Espagne du 1er janvier 1988 au 1er avril 1989 (AI pce 23 p. 62). Dès lors, compte tenu que les permis A et L ne permettent pas de retenir un domicile en Suisse pour l'assuré (cf. supra consid. 5.2.3.3), c'est à juste titre que l'OAI-B.\_\_\_\_\_ avait retenu à la suite des 5 mois attestés de 1987 (Fr. 12'582.-; AI pce 3 p. 2) une période de cotisations de 9 mois (dès avril 1989) pour l'année 1989 en lien avec le revenu de 4'755.- francs. S'agissant de l'année 1990, l'OAI-B.\_\_\_\_\_ a cependant à tort (selon la pratique avant l'arrêt du TFA I 78/00 du 14 juin 2002) pris en compte 4 mois (Fr. 3'070 sur Fr. 9'212.-) précédant l'ouverture du droit à la rente au 1er mai 1990. En effet, selon la jurisprudence, pour une rente d'invalidité, dans le cas de l'art. 52a RAVS, le mois d'ouverture du droit à la rente doit être pris en compte (cf. supra consid. 5.2.4.5; arrêt du TFA I 78/00 cité consid. 3 et 4 in VSI 2003 p. 288; DR, Cm 5050). La durée de cotisations rectifiée de 1 année et 10 mois d'août à décembre 1987 et de janvier 1989 à mai 1990 nouvellement retenue par l'OAIE (AI pce 80 p. 5) dans la décision litigieuse (AI pce 80 p. 3) ne peut ainsi pas être confirmée. La décision attaquée doit dès lors être réformée.

## **E. 7.2**

Afin d'établir le revenu annuel moyen déterminant au 1er mai 1990 devant être adapté valeur 2017, il y a lieu de prendre les revenus de 1987 pour 5 mois selon le CI (Fr. 12'582.-), de 1989 pour 9 mois (d'avril à décembre; Fr. 4'755.-) et de 1990 pour 5 mois (Fr. 3'838.- [9'212 : 12 x 5]), soit 21'175.- francs dont il résulte un revenu annuel moyen sur 19 mois (1 année et 7 mois) de 13'374 francs (Fr. 21'175 : 19 x 12), porté au revenu annuel moyen déterminant de 13'440.- francs selon les Tables de rentes 1990 (Vol. 2 p. 6). À ce montant doit être ajouté un supplément de carrière de 100% selon les art. 36 al. 3 aLAI et 33 aRAI alors en vigueur en 1990, soit 26'880.- francs. Le montant de 26'880.- francs valeur 1990 s'établit à 39'480.- francs valeur 2017 (Fr. 26'880 : 9'600 [RAM min. 1990] x 14'100 [RAM min. 2017]). Au RAM de 39'480.- francs correspond une rente de 1'725.- francs pour une rente d'invalidité de 100% et de 863.- francs pour une demi-rente d'invalidité.

## **E. 8.1**

Vu ce qui précède, la décision attaquée doit être réformée dans le sens de l'octroi d'une demi-rente d'invalidité d'un montant de 863.- francs par mois en application de l'art. 31 LAVS à compter du 1er août 2017.

## **E. 8.2**

Selon l'art. 37 al. 1bis LAI, si les deux conjoints ont droit à une rente, l'art. 35 de la LAVS relatif au plafonnement des rentes est applicable par analogie. En l'espèce, le recourant étant au bénéficiaire d'une demi-rente et son épouse s'étant vu accorder un quart de rente (décision faisant l'objet d'un recours), il n'y a pas lieu de procéder à un plafonnement vu les rentes partielles allouées (cf. supra consid. 5.4 et DR, Cm 5529). L'issue du recours interjeté par l'épouse du recourant est réservée.

## **E. 9**

Avec son recours ayant conclu à la reconnaissance d'un taux d'invalidité de 70% et à une rente entière, subsidiairement au renvoi du dossier à l'autorité inférieure pour complément d'instruction et nouvelle décision (cf. consid. 2.5), le recourant a produit un bordereau de pièces comprenant des rapports médicaux. Le bordereau de pièces est transmis à l'autorité inférieure en tant que demande de révision déposée le 7 décembre 2017 (date du recours) dans la mesure où celui-ci n'a pas déjà été transmis à l'OAIE par le recourant comme l'a suggéré l'OAIE dans sa réponse au recours du 14 février 2018 (TAF pce 9).

## **E. 10.1**

Selon l'art. 63 al. 1 PA, en règle générale, les frais de procédure sont mis dans le dispositif à la charge de la partie qui succombe. Si celle-ci n'est déboutée que partiellement, ces frais sont réduits. À titre exceptionnel ils peuvent être entièrement réduits. En l'occurrence, le recourant a eu gain de cause sur un point essentiel de la décision attaquée, à savoir le montant de la rente allouée. Dans le cas présent le recourant n'a cependant pas obtenu ce qu'il demandait, à savoir l'entrée en matière sur un examen matériel du droit à la rente, non objet de la décision attaquée. Dès lors il sied de lui mettre 400.- francs de frais de procédure. Aucun frais de procédure n'est mis à la charge de l'autorité inférieure (art. 63 al. 2, 1ère phrase, PA). Dès lors, l'avance de frais versée par le recourant à hauteur de 800.- francs lui sera restituée à hauteur de 400.- francs une fois le présent arrêt entré en force.

## **E. 10.2**

Conformément aux art. 64 al. 1 PA et 7 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), le Tribunal alloue à la partie ayant obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés par le litige. Selon l'art. 14 FITAF les parties qui ont droit au dépens et les avocats commis d'office doivent faire parvenir avant le prononcé un décompte de leurs prestations au tribunal (al. 1). À défaut de décompte, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (al. 2, 2ème phrase). Les honoraires du représentant sont fixés, selon l'appréciation de l'autorité, en raison de l'importance et de la difficulté du litige, ainsi que d'après le travail et le temps que le représentant a dû y consacrer. En l'espèce, le recourant a agi par l'entremise de son mandataire, Me J.-M. Allimann. À défaut de décompte de prestations, il convient d'allouer au recourant une indemnité à titre de dépens de 800.- francs non soumise à la TVA (art. 1 et 8 de la loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée [LTVA, RS 641.20]) à charge de l'autorité inférieure. L'indemnité tient en particulier compte du travail du mandataire professionnel du recourant qui a préservé ses droits par le dépôt d'un recours à l'encontre d'une décision n'ayant pas entièrement établi les motifs de la baisse de la rente précédemment allouée. Le représentant a établi d'une part, un bref acte complété d'un bordereau de pièces notamment médicales, et, d'autre part, une brève écriture complétée d'un bordereau de nouvelles pièces concernant l'état de santé du recourant sans se prononcer sur l'objet même du litige pourtant exposé clairement par la réponse au recours.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.