

# **BVGer C-3784/2010 vom 29. Februar 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-02-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-3784\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-3784_2010)

FR: TAF C-3784/2010 du 29 février 2012

IT: TAF C-3784/2010 del 29 febbraio 2012

## **Regeste**

Evaluation de l'invalidité

## **Erwägungen**

### **E. 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), entrée en vigueur le 1er janvier 2007, 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 concernant l'octroi de rente d'invalidité prises par l'OAIE.

### **E. 1.2**

Selon l'art. 37 LTAF la procédure devant le Tribunal de céans est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement. En vertu de l'art. 3 let. 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. 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 26bis et 28 à 70), à moins que la LAI ne déroge 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 et dans les formes requises par la loi (art. 60 LPGA et 52 PA), le recours est recevable.

### **E. 2.1**

L'accord entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (ALCP, RS 0.142.112.681) est entré en vigueur le 1er juin 2002. A cette date sont également entrés en vigueur son annexe II qui règle la coordination des systèmes de sécurité sociale, le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés,

aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (RS 0.831.109. 268.1), s'appliquant à toutes les rentes dont le droit prend naissance au 1er juin 2002 et ultérieurement et se substituant à toute convention de sécurité sociale liant deux ou plusieurs Etats (art. 6 du règlement), et enfin le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relatif à l'application du règlement (CEE) n° 1408/71 (RS 0.831.109.268.11). Selon l'art. 3 du règlement (CEE) n° 1408/71 les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et les ressortissants suisses bénéficient de l'égalité de traitement. Selon l'art. 20 ALCP, sauf disposition contraire découlant de l'annexe II, les accords de sécurité sociale bilatéraux entre la Suisse et les Etats membres de la Communauté européenne sont suspendus dès l'entrée en vigueur du présent accord, dans la mesure où la même matière est régie par le présent accord. Dans la mesure où l'accord, en particulier son annexe II qui régit la coordination des systèmes d'assurances sociales (art. 8 ALCP) ne prévoit pas de disposition contraire, l'organisation de la procédure de même que l'examen des conditions à l'octroi d'une rente d'invalidité suisse ressortissent au droit interne suisse.

### **E. 2.2**

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

### **E. 2.3**

De jurisprudence constante l'octroi d'une rente étrangère d'invalidité ne préjuge pas l'appréciation de l'invalidité selon la loi suisse (arrêt du Tribunal fédéral I 435/02 du 4 février 2003 consid. 2; Revue à l'intention des caisses de compensation [RCC] 1989 p. 330). Même après l'entrée en vigueur de l'ALCP, le degré d'invalidité d'un assuré qui prétend une rente de l'assurance-invalidité suisse est déterminé exclusivement d'après le droit suisse (ATF 130 V 253 consid. 2.4).

### **E. 3**

L'examen du droit à des prestations selon la LAI est régi par la teneur de la LAI au moment de la décision entreprise eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 136 V 24 consid. 4.3; 130 V 445 consid. 1.2 et les références). Les dispositions de la 5e révision de la LAI entrées en vigueur le 1er janvier 2008 sont applicables et les dispositions citées ci-après sont sauf précision contraire celles en vigueur à compter du 1er janvier 2008. Toutefois, le droit à la rente s'étendant jusqu'au 31 décembre 2007 s'examine à la lumière des anciennes normes, ce qui motive qu'il y soit fait également référence si nécessaire. Ne sont en revanche pas applicables les dispositions de la 6e révision de la LAI (premier volet) en vigueur dès le 1er janvier 2012 (RO 2011 5659, FF 2010 1647).

### **E. 4**

Le recourant a présenté sa demande de rente le 5 décembre 2007. En dérogation à l'art. 24 LPGa, l'art. 48 al. 2 LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 prévoit que si l'assuré présente sa demande de rente plus de douze mois après la naissance du droit, les prestations ne sont allouées que pour les douze mois précédant le dépôt de la demande. En l'espèce, le Tribunal peut se limiter à examiner si le recourant avait droit à une rente le 5 décembre 2006 ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 27 avril 2010, date de la décision

attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 129 V 1 consid. 2.1 et ATF 121 V 362 consid. 1b).

## **E. 5**

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); - avoir versé des cotisations à l'AVS/AI suisse durant une année au moins (art. 36 LAI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007). A compter du 1er janvier 2008, l'assuré doit toutefois compter au moins trois années de cotisations (art. 36 LAI dans sa nouvelle teneur selon la modification du 6 octobre 2006). Dans ce cadre, les cotisations versées à une assurance sociale assimilée d'un Etat membre de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre échange (AELE) peuvent également être prises en considération, à condition qu'une année au moins de cotisations puisse être comptabilisée en Suisse (FF 2005 4065; art. 45 du règlement 1408/71). Le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus d'une année et remplit donc la condition de la durée minimale de cotisations en vigueur au jour du dépôt de la demande. Il reste à examiner s'il est invalide au sens de la LAI.

### **E. 6.1**

Aux termes de l'art. 8 LPGA, est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée. L'art. 4 al. 1 LAI précise que l'invalidité peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident. L'al. 2 de cette disposition mentionne que l'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération.

### **E. 6.2**

Un assuré a droit à un quart de rente s'il est invalide à 40% au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50% au moins, à trois-quarts de rente s'il est invalide à 60% au moins et à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins (art. 28 al. 1 LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 et art. 28 al. 2 LAI en vigueur dès le 1er janvier 2008). Suite à l'entrée en vigueur le 1er juin 2002 de l'accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne, la restriction prévue à l'art. 28 al. 1ter LAI (art. 29 al. 4 à partir du 1er janvier 2008) - selon laquelle les rentes correspondant à un taux d'invalidité inférieur à 50% ne sont versées qu'aux assurés qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse (art. 13 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 le 1er janvier 2008, l'art. 28 al. 1 LAI prévoit que l'assuré a droit à une rente aux conditions suivantes: a. sa capacité de gain ou sa capacité d'accomplir ses travaux habituels ne peut pas être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles; b. il a présenté une incapacité de travail (art. 6 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.

### **E. 6.3**

Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007, le droit à une rente naît dès que l'assuré présente une incapacité durable de 40% au moins (lettre a) ou dès qu'il a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année sans interruption notable (lettre b; voir ATF 121 V 264 consid. 6). D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la lettre a s'applique si l'état de santé de l'assuré est stabilisé

et a acquis un caractère essentiellement irréversible, la lettre b si l'état de santé est labile, c'est-à-dire susceptible d'une amélioration ou d'une aggravation (ATF 111 V 21 consid. 2). Une incapacité de travail de 20% doit être prise en compte pour le calcul de l'incapacité de travail moyenne selon la let. b de l'art. 29 al. 1 LAI (cf. chiffre marginal 2020 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [Pratique VSI] 1998 p. 126 consid. 3c).

#### **E. 6.4**

Par incapacité de travail on entend toute perte, totale ou partielle, résultant d'une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (art. 6 LPGGA). L'incapacité de gain est définie à l'art. 7 LPGGA et consiste dans toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré, sur un marché du travail équilibré, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles. Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable (art. 7 al. 2 LPGGA dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2008).

#### **E. 7.1**

Le recourant a travaillé en dernier lieu à plein temps au Portugal jusqu'à fin décembre 2005 dans la construction comme maçon indépendant. Il n'a ensuite plus exercé d'activité lucrative.

#### **E. 7.2**

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

#### **E. 7.3**

Dans les cas où il est particulièrement difficile de déterminer les revenus avant et après l'invalidité, tout particulièrement s'agissant des indépendants, la jurisprudence admet que l'évaluation de la perte de gain soit faite, exceptionnellement, par une méthode dite extraordinaire. Celle-ci consiste à déterminer les répercussions économiques de la baisse de rendement sur la situation concrète où se déploie l'activité (cf. ATF 128 V 29 consid. 1; Michel Valterio, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Zurich 2011, n° 2183). Concrètement, en application de cette méthode, on constate d'abord l'empêchement dû à l'atteinte à la santé et, ensuite, on examine

les effets de cet empêchement sur la capacité de gain (VSI 1998 p. 121; SVR 1996 IV n. 74 consid. 2b). Toutefois, si l'intéressé a cessé toute activité indépendante, on peut renoncer à l'application de la méthode de calcul extraordinaire et appliquer la méthode générale. Dans ce cas là, en effet, la comparaison des activités exercées avant et après la survenance de l'invalidité n'est plus possible (Valterio, op. cit. n° 2184; arrêt du Tribunal fédéral I 499/02 du 17 juin 2003 consid. 6 et les références).

#### **E. 7.4**

Selon une jurisprudence constante, les données fournies par le médecin constituent néanmoins un élément utile pour apprécier les conséquences de l'atteinte à la santé et pour déterminer quels travaux on peut encore raisonnablement exiger de l'assuré (ATF 115 V 133 consid. 2, 114 V 310 consid. 3c, RCC 1991 p. 329 consid. 1c).

#### **E. 8**

En l'espèce, il est établi que le recourant a été atteint d'un cancer du côlon diagnostiqué fin 2006, opéré début 2007, traité par chimiothérapie jusqu'en juillet 2007 et souffre principalement d'une perte de l'ouïe à droite, de faiblesses des membres inférieurs et supérieurs consécutives à la chimiothérapie. Eu égard au fait qu'il ne s'agit pas là d'un état de santé stabilisé, la let. a de l'art. 29 al. 1 LAI est inapplicable; seule peut entrer en considération la let. b de cette disposition légale prévoyant en principe une période d'attente d'une année à partir du début de l'incapacité de travail déterminante pour le début du droit à la rente.

#### **E. 9.1**

L'art. 69 RAI prescrit que l'office de l'assurance-invalidité réunit les pièces nécessaires, en particulier sur l'état de santé du requérant, son activité, sa capacité de travail et son aptitude à être réadapté, ainsi que sur l'indication de mesures déterminées de réadaptation; à cet effet peuvent être exigés ou effectués des rapports ou des renseignements, des expertises ou des enquêtes sur place, il peut être fait appel aux spécialistes de l'aide publique ou privée aux invalides.

#### **E. 9.2**

Le Tribunal des assurances doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle que soit leur provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Avant de conférer pleine valeur probante à un rapport médical, il s'assurera que les points litigieux ont fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prend également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il a été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale sont claires et enfin que les conclusions de l'expert sont dûment motivées (ATF 125 V 351 consid. 3a et les références).

#### **E. 9.3**

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 (Valterio, op. cit., 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). La jurisprudence ne requiert pas qu'il faille toujours procéder à une expertise interdisciplinaire lorsqu'une personne souffre d'atteintes à sa santé physique et psychique (Valterio, op. cit., n° 2914). Plus pragmatiquement l'administration peut procéder à une appréciation anticipée des preuves pour juger de la non nécessité d'une expertise médicale si le dossier est complet (cf. ATF 135 V 2 consid. 1.3).

### **E. 10.1**

En l'espèce l'assuré a développé un cancer du côlon qui a été opéré avec succès en janvier 2007 et a ensuite suivi une chimiothérapie de 6 mois selon le rapport du Dr C.\_\_\_\_\_ du 30 juillet 2009. Il n'apparaît pas au dossier de complications médicales à la suite de l'intervention chirurgicale. Un premier rapport E 213 du 15 janvier 2008 relève un bon état général mais des paresthésies aux quatre membres, une diminution de la force motrice et des rachialgies. Ce status a été confirmé par plusieurs rapports médicaux successifs avec le diagnostic compatible de polyneuropathie sensitive moteur évoqué par le Dr C.\_\_\_\_\_. Les rapports E 213 d'août et novembre 2009 retiennent à la suite des diagnostics précités une capacité de travail limitée dans l'ancienne activité et une pleine capacité de travail dans une activité adaptée. Le rapport de la Dresse D.\_\_\_\_\_ du 29 décembre 2009 fait toujours état d'une polyneuropathie sensitive de type mixte au niveau des membres et relève un status sans métastase, exempt de tumeur. Enfin un EMG du 4 janvier 2010 conclut à une polyneuropathie sensitive modérée des membres supérieurs et inférieurs. Les symptômes de la littérature médicale liés au cancer du côlon mentionnés par le représentant de l'assuré ne sont pas évoqués cliniquement, l'assuré n'a pas souffert d'une perte de poids selon les rapports E 213 successifs.

### **E. 10.2**

Dans sa prise de position du 15 janvier 2010 le Dr E.\_\_\_\_\_, retenant le status post opératoire d'un carcinome du côlon avec complication de polyneuropathie senso-moteur, considéra que l'intéressé ne pouvait plus exercer son ancienne activité lourde dans la construction mais pouvait exercer une activité légère adaptée à 80% dès le 1er janvier 2007 et à 100% dès le 1er août 2007. Il motiva cela par le fait que l'intervention chirurgicale ne s'était pas suivie de complication et que seules des paresthésies aux quatre membres affectaient l'assuré. Dans sa prise de position du 27 août 2010 la Dresse F.\_\_\_\_\_, oncologue, a indiqué partager la prise de position du Dr E.\_\_\_\_\_ confirmant la possibilité pour l'assuré d'exercer à 100% une activité adaptée. Les rapports E 213 de la sécurité sociale portugaise ont constamment indiqué que l'intéressé était en mesure d'exercer une activité adaptée à plein temps. Il s'ensuit qu'aucun rapport médical au dossier ne permet de mettre en doute le bien-fondé des médecins du service médical de l'OAIE. Implicitement une expertise médicale ou un examen clinique de l'intéressé en Suisse ne saurait se justifier (cf. supra consid. 9.3).

### **E. 10.3**

Les Drs E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_ ont retenu que l'intéressé était en mesure de reprendre une activité légère adaptée à 100% à compter du 1er août 2007, soit à la fin de la chimiothérapie. En principe une appréciation établie sur un examen clinique est nécessaire pour déterminer à partir de quand une activité lucrative est à nouveau exigible. Or en l'espèce un tel examen clinique au milieu de l'année 2007 manque. Il appert toutefois que l'intervention chirurgicale s'est déroulée sans complication, que la chimiothérapie a été cessée en juillet 2007 sans autre suivi médical connu. Dans son rapport du 30 juillet 2009 le

Dr C. \_\_\_\_\_ ne signale d'ailleurs rien de particulier suite à la fin de la chimiothérapie. Il en est de même du rapport de la Dresse D. \_\_\_\_\_ daté du 29 décembre 2009. Seule est signalée une polyneuropathie sensitive de type mixte, atteinte qui ne permet plus à l'intéressé d'exercer une activité lourde mais qui ne l'empêcherait pas d'exercer une activité légère. Dans les divers rapports E 213 il est signalé une expression dépressive et précisément dans le rapport E 213 du 14 novembre 2009 un syndrome dépressif. Il n'apparaît toutefois pas au dossier une documentation médicale étayant l'énoncé du syndrome dépressif de sorte que ces énoncés ne peuvent justifier des mesures d'instructions, ce d'autant que l'intéressé ne fait pas valoir souffrir de troubles d'ordre psychiatrique. Il s'ensuit de ce qui précède que le Tribunal de céans peut retenir une pleine capacité de travail de l'intéressé dans une activité légère adaptée à compter du 1er août 2007. La perte de l'ouïe à droite qui n'a, il est vrai pas été discutée par les médecins de l'OAIE, n'est pas de nature à modifier cette appréciation. Ce handicap remonte d'ailleurs à un accident de 1995 selon le rapport du Dr Nunes du 26 août 2009 et n'a pas empêché l'intéressé de travailler jusqu'à fin 2005.

#### **E. 11.1**

Selon l'art. 16 LPGA, pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui, après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré.

#### **E. 11.2**

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

#### **E. 12.1**

En l'espèce il y a lieu de procéder à une évaluation de l'invalidité selon la méthode générale par une comparaison de revenus sur la base de données statistiques 2008 car il doit être admis que, bien qu'ayant cessé son activité fin 2005 pour des raisons non médicalement déterminantes, c'est à compter de janvier 2007 que l'intéressé a présenté une incapacité de travail déterminante dans sa profession de maçon ne lui permettant que d'exercer une activité légère adaptée à 80% puis à 100% à compter d'août 2007 mais que ce n'est qu'au 1er janvier 2008 que ce serait ouvert théoriquement pour lui, cas échéant, le droit à une rente d'invalidité. En effet, selon la jurisprudence, les salaires avant et après invalidité doivent

être pris en compte / indexés jusqu'à la date de la survenance du droit théorique éventuel à la rente suite au délai d'attente d'une année (ATF 128 V 174 et 129 V 222). L'OAIE a effectué une comparaison de revenus en Euro sur la base de revenus théoriques portugais en retenant une perte de gain de 29% (pce 64). Le calcul en tant que tel n'a pas été contesté par le recourant représenté par un mandataire professionnel. Son résultat ne permet pas d'avoir droit à une rente d'invalidité. L'issue de la procédure ne serait pas différente même en référence à un calcul établi selon les données statistiques suisses (cf. Enquête suisse sur la structure des salaires [ESS] 2008).

### **E. 12.2**

Il y a lieu de retenir comme base de comparaison sans invalidité le revenu que l'intéressé aurait pu obtenir en Suisse en 2008 en tant que maçon selon l'ESS 2008 table TA1 niveau de qualification 3 correspondant à une activité avec connaissances spécialisées, soit Fr. 5'602.- pour 40 h./sem. et Fr. 5'826.08 pour 41.6 h./sem. selon le temps de travail usuel dans la construction.

### **E. 12.3**

Le salaire après invalidité doit être fixé sur la base des données statistiques résultant de l'Enquête suisse sur les salaires 2008 (table TA1). En l'occurrence les activités de substitution proposées par le Dr E. \_\_\_\_\_, avec la restriction à juste titre aux activités légères, s'inscrivent dans la détermination du revenu médian toutes branches confondues dans le secteur privé de la production pour des activités simples et répétitives (niveau 4) à 100%, soit Fr. 4'806.- pour 40 h./sem. et Fr. 4'998.24 pour 41.6 h./sem. selon le temps de travail usuel de ce secteur, sous déduction d'un abattement de 15% pour tenir compte d'une activité limitée aux tâches légères et de l'âge de l'assuré, soit Fr. 4'248.50.-. La réduction du salaire statistique d'invalidé, selon la jurisprudence, ne peut être examinée par un tribunal qu'avec une certaine retenue, étant donné que l'administration jouit d'une marge d'appréciation importante en la matière (ATF 126 V 75). En l'occurrence l'abattement retenu est adéquat car l'atteinte à la santé de l'intéressé ne l'entrave pas dans des activités légères notamment de surveillance et sans port de charges. De nombreuses activités d'entre elles peuvent être exercées sans efforts moyennement importants, de sorte que ces activités sont adaptées aux possibilités du recourant. De plus, la majeure partie de ces postes ne nécessite pas de formation particulière autre qu'une mise au courant initiale.

### **E. 12.4**

En comparant le salaire mensuel avant invalidité de Fr. 5'826.08.- avec celui après invalidité de Fr. 4'248.50.-, on obtient une perte de gain de 27.07% arrondie à 27% ( $[5'826.08 - 4'248.50] : 5'826.08 \times 100$ ). Même indexés valeurs 2010, année de la décision attaquée, les revenus à comparer ne permettent pas d'atteindre un taux d'invalidité égal ou supérieur à 40%. Il appert de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

### **E. 13**

Dans le cadre de cette demande de rente, il est utile de rappeler que, selon un principe général valable en assurances sociales, l'assuré a l'obligation de diminuer le dommage et doit entreprendre de son propre chef tout ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui afin d'atténuer autant que possible les conséquences de son invalidité (ATF 130 V 97 consid. 3.2 et les références citées; ATF 123 V 233 consid. 3c). Dans ce contexte, il convient de souligner que ni l'âge, ni la situation familiale ou économique, un arrêt prolongé de l'activité

professionnelle ou même le refus d'exercer une activité médicalement exigible ne constituent un critère relevant pour l'octroi d'une rente d'invalidité (arrêt du Tribunal fédéral I 175/04 du 28 janvier 2005 consid. 3).

#### **E. 14.1**

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

#### **E. 14.2**

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

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