

BVGer C-5539/2008 vom 5. Juli 2010

Bundesverwaltungsgericht, 2010-07-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5539_2008

FR: TAF C-5539/2008 du 5 juillet 2010

IT: TAF C-5539/2008 del 5 luglio 2010

Regeste

Assurance-invalidité (AI)

Erwägungen

E. 1.1

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, 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 les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE) concernant l'octroi de prestations d'invalidité peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 69 al. 1 let. b de la Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20), celui-ci est dès lors compétent pour connaître de la présente cause.

E. 1.2

En vertu de l'art. 3 let. dbis PA, auquel renvoie l'art. 37 LTAF, 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 la présente 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. Or, l'art. 1 al. 1 LAI mentionne que 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 donc recevable quant à la forme.

E. 2

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, ch. 2.2.6.5, p. 265). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal administratif fédéral définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (cf. art. 12

PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). En conséquence, 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, ATF 121 V 204 consid. 6c; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 61.31 consid. 3.2.2; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Bâle 2008, p. 22 n. 1.55, Alfred Kölz / Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd. Zurich 1998 n. 677).

E. 3.1

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. 3.2

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. 3.3

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 consid. 2 du 4 février 2003; 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 à une rente de l'assurance-invalidité suisse est déterminé exclusivement d'après le droit suisse. En effet, selon l'art. 40 par. 4 du Règlement (CEE) n° 1408/71, la décision prise par l'institution d'un Etat membre au sujet de l'état d'invalidité d'un requérant ne s'impose à l'institution de tout autre Etat membre concerné, qu'à la condition que la concordance des conditions relatives à l'état d'invalidité entre les législations de ces Etats soit reconnue à

l'annexe V, ce qui n'est pas le cas pour les relations entre la Suisse et chacun des autres États membres (ATF 130 V 253 consid. 2.4). Toutefois, conformément à l'art. 40 du Règlement (CEE) n° 574/72, lors de l'évaluation du degré d'invalidité, l'institution d'un État membre doit prendre en considération les documents et rapports médicaux ainsi que les renseignements d'ordre administratif recueillis par l'institution de tout autre État membre. Chaque institution conserve néanmoins la faculté de faire procéder à l'examen du requérant par un médecin de son choix.

E. 3.4

La décision litigieuse est datée du 30 juillet 2008. S'agissant du droit applicable, il convient donc encore de préciser que le 1er janvier 2008 les modifications de la LAI introduites par la nouvelle du 6 octobre 2006 (5e révision) sont entrées en vigueur (RO 2007 5129). Eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 445 consid. 1.2), si le cas d'assurance survient avant le 1er janvier 2008, ce sont les normes en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 qui s'appliquent. Selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant jusqu'au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 116 V 246 consid. 1a et les arrêts cités). En l'espèce, le recourant a déposé une demande de prestations AI le 23 mai 2007 auprès des autorités compétentes portugaises qui ne l'ont transmise qu'en janvier 2008 à l'OAIE. La première date est déterminante conformément à l'art. 86 in fine du Règlement (CEE) n° 1408/71 qui prescrit que la date à laquelle les demandes, les déclarations et recours ont été introduits auprès d'une autorité ou d'une juridiction du second État est considérée comme la date de l'introduction auprès de l'autorité, de l'institution ou de la juridiction compétente pour en connaître. Dans sa demande, le recourant se prévalait d'une atteinte à la santé ayant pris naissance en mars 2007, partant le cas d'assurance est survenu au plus tôt en mars 2008 (cf. art. 29 de la LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007). Les modifications de la 5ème révision de la LAI sont donc applicables et les dispositions citées ci-après sont, sauf précision contraire, celles en vigueur à compter du 1er janvier 2008.

E. 4

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 et 4, 28, 28a, 29 al. 1 LAI), - avoir versé des cotisations à l'AVS/AI durant au moins une année (art. 36 LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007), respectivement, à compter du 1er janvier 2008, durant trois années au total, dont au moins une en Suisse, auprès d'une assurance sociale assimilée d'un État membre de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre échange (FF 2005 p. 4291; art. 45 du règlement [CEE] 1408/71). En l'occurrence, le recourant remplit la condition liée à la durée minimale de cotisations tant sous l'ancien droit que sous le nouveau droit. Il reste dès lors à examiner si l'intéressé pouvait être qualifié d'invalide au sens de la LAI.

E. 5.1

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

gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération.

E. 5.2

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 peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (art. 6 LPGA). L'incapacité de gain est définie à l'art. 7 LPGA et consiste dans toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré, sur un marché de 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.

E. 5.3

L'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%, à trois-quarts de rente s'il est invalide à 60% et à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins (art. 28 al. 1 LAI)

E. 5.4

Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI (texte en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007), le droit à une rente naît dès que l'assuré présente une incapacité de gain 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; ATF 121 V 264 ss). 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; ATF 99 V 98 consid. 1; ATF 96 V 42 consid. 1). Le délai d'attente selon l'art. 29 al. 1 let. b LAI est réputé avoir commencé dès qu'il a été possible de constater une incapacité de travail de 20% (chiffre marginal 2020 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence de l'assurance-invalidité [CIIAI] de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS], dans sa version valable dès le 1er janvier 2004; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [Pratique VSI] 2/1998 p. 126 consid. 3c).

E. 5.5

Aux termes des art. 8 LPGA et 4 al. 1 LAI, l'objet assuré n'est pas l'atteinte à la santé physique, mais les conséquences économiques de celles-ci, à savoir une incapacité de gain probablement permanente ou de longue durée. Ainsi le taux d'invalidité ne se confond pas nécessairement avec le taux d'incapacité fonctionnelle déterminé par le médecin; ce sont les conséquences économiques objectives de l'incapacité fonctionnelle qu'il importe d'évaluer (ATF 110 V 273 consid. 4). Le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que les données fournies par les médecins constituent un élément utile pour déterminer quels travaux peuvent encore être exigés de l'assuré (ATF 125 V 256 consid. 4, ATF 115 V 133 consid. 2, ATF 114 V 310 consid. 3c, ATF 105 V 156 consid. 1; RCC 1991 p. 331 consid. 1c).

E. 6.1

Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu un recours) a besoin de documents que le médecin, éventuellement aussi d'autres spécialistes, doivent lui fournir. L'art. 69 RAI prescrit que l'Office AI réunit les pièces nécessaires, en

particulier sur l'état de santé du requérant, son activité, sa capacité de travail et son aptitude à être réadapté, ainsi que sur l'indication de mesures déterminées de réadaptation; à cet effet peuvent être exigés ou effectués des rapports ou des renseignements, des expertises ou des enquêtes sur place, il peut être fait appel aux spécialistes de l'aide publique ou privée aux invalides.

E. 6.2

La tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. Il lui appartient de décrire les activités que l'on peut encore raisonnablement attendre de l'assuré compte tenu de ses atteintes à la santé (influence de ces atteintes sur sa capacité à travailler en position debout et à se déplacer; nécessité d'aménager des pauses ou de réduire le temps de travail en raison d'une moindre résistance à la fatigue, par exemple), en exposant les motifs qui le conduisent à retenir telle ou telle limitation de la capacité de travail. C'est l'administration qui doit en principe examiner quelles possibilités de réadaptation concrètes existent pour l'assuré, compte tenu de l'ensemble des circonstances, en particulier de ses caractéristiques physiques et psychiques ainsi que de sa situation professionnelle et sociale, considérées de manière objective (ATF 113 V 22 consid. 4a, ATF 109 V 25; Jürg Maeschi, Kommentar zum Bundesgesetz über die Militärversicherung [MVG] vom 19. Juni 1992, no 38 ss p. 320). Cela étant, lorsqu'il est clair d'emblée que l'exercice d'activités relativement variées est encore exigible de l'intéressé, un renvoi général à un marché du travail équilibré, structuré de telle sorte qu'il offre un éventail d'emplois diversifié, est suffisant (VSI 1998 p. 296 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral I 636/06 du 22 septembre 2006 consid. 3.2)

E. 6.3

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

E. 7

En l'espèce la décision litigieuse se fonde sur l'avis médical du Dr E. _____ de l'OAIE qui se réfère essentiellement à l'expertise E 213 de la Dresse D. _____. Toutefois, le Dr E. _____ retient une capacité de travail de 60% dans l'ancienne activité alors que la Dresse D. _____ se contente d'indiquer que celle-ci n'est plus exigible à 100%, sans préciser s'il subsiste un pourcentage résiduel. La question de savoir si le travail exercé en dernier lieu est toujours exigible compte tenu de l'état de santé du recourant ne revêt pas ici une importance capitale si l'on admet que celui-ci peut travailler à temps complet dans une activité adaptée. En effet, en vertu d'un principe général valable en assurances sociales qui impose à l'assuré l'obligation de diminuer le dommage et d'entreprendre de son propre chef tout ce qu'on peut attendre de lui afin d'atténuer autant que possible les conséquences de son invalidité (ATF 130 V 97 consid. 3.2. avec les références), il peut être exigé du recourant, même s'il serait toujours capable d'exercer partiellement son ancien travail, de changer

d'activité. Ainsi le recourant a tort de conclure des dispositions topiques exposées dans la décision litigieuse qu'un quart de rente lui est reconnu mais non versé en raison de sa résidence à l'étranger. D'une part, 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. 29 al. 4 LAI (jusqu'au 31 décembre 2007 : 28 al. 1er LAI), selon laquelle les rentes correspondant à un taux d'invalidité inférieur à 50% ne sont versées qu'aux assurés qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse (art. 13 LPGA), n'est plus applicable à l'assuré ressortissant suisse ou d'un pays membre de l'Union européenne (ci-après: UE) qui a son domicile et sa résidence habituelle dans l'UE et, d'autre part, le degré d'invalidité ressortant de la comparaison des revenus est de 17% pour une activité de substitution exigible à 100%. Il faut donc examiner, sur la base de la documentation médicale figurant au dossier si, comme l'a retenu l'autorité intimée, le recourant conserve une capacité de travail entière dans une activité qui serait adaptée à ses limitations.

E. 8.1

La Dresse D. _____ indique un taux d'invalidité de 50% au yeux de la législation portugaise pour toute autre activité correspondant aux aptitudes de l'assuré mais estime pour sa part que dite activité pourrait être exercée à plein temps. C'est ce que va retenir le Dr E. _____. Le seul autre avis médical divergent est celui du Dr G. _____ qui plaide pour une incapacité totale dans n'importe quelle activité en se fondant principalement sur deux choses: d'une part, l'aggravation de l'état de santé du patient qui présente une coxarthrose débutante à droite et, d'autre part, sur la "Tabela Nacional de Incapacidade" qui lui reconnaît une incapacité de 70%.

E. 8.2

Il faut rappeler que seul le droit interne détermine les modalités de l'évaluation du taux d'invalidité (cf. supra consid. 3.2 et 3.3) qui est selon la loi suisse, une notion juridico-économique. En d'autres termes, seules sont couvertes les pertes économiques (atteignant un certain seuil) liées à une atteinte à la santé physique ou psychique et non la maladie en tant que telle. La table à laquelle il est fait référence repose sur un tout autre système puisqu'à chaque préjudice fonctionnel correspond un coefficient exprimé en pourcentage qui traduit la proportion de la perte de la capacité de travail résultant du dysfonctionnement (cf. Tablette p. 3, consultée sur le site Internet <http://www.verbojuridico.com/info/tni.html> le 17 juin 2010).

E. 8.3

Il sied également de citer dans ce contexte le principe jurisprudentiel qui veut que le juge peut et doit tenir compte du fait que selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc et réf. cit.; ULRICH MEYER-BLASER, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG*, Zurich 1997, p. 230) et à la divergence consacrée à ce sujet par la jurisprudence entre un mandat thérapeutique et un mandat d'expertise (ATF 124 I 170 consid. 4; arrêts du Tribunal fédéral I 676/05 du 13 mars 2006 consid. 2.4, I 783/05 du 18 avril 2006 consid. 2.2, U 58/06 du 2 août 2006 consid. 2.2). Il n'en reste pas moins qu'en l'espèce, le Dr G. _____ évoque une coxarthrose naissante à droite qui est objectivée par les clichés radiologiques et que le Dr E. _____ n'y fait aucune référence. Néanmoins, il est fort douteux qu'un début de coxarthrose à droite conduise à lui-seul à une incapacité de travail se répercutant sur le gain avec une ampleur

telle que le droit à la rente serait ouvert (minimum 40%). L'activité réputée convenable tient déjà compte des limitations au niveau de la hanche et ces activités sont donc déjà adaptées aux problèmes qui peuvent surgir d'une atteinte à l'autre hanche. Cas échéant, si l'état de santé devait se dégrader, l'assuré pourra toujours déposer une nouvelle demande. Pour le surplus, en dehors de séquelles qui n'entravent pas de manière significative la reprise d'une activité adaptée, le pronostic est plutôt favorable avec un bon repositionnement de l'articulation suite à une opération qui n'a pas entraîné de complications particulières. Il s'en suit que la Cour de céans ne voit pas de motif de s'écarter de la décision de l'autorité inférieure et admet qu'il est exigible que le recourant travaille à 100% dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles.

E. 9

Il convient encore d'examiner la perte de gain que le recourant subirait dans l'exercice d'une activité exigible à 100%.

E. 9.1.1

Selon la méthode ordinaire, l'invalidité est évaluée en comparant le revenu que l'intéressé pourrait obtenir en exerçant une activité qu'on peut raisonnablement attendre (revenu d'invalidé) sur un marché du travail équilibré avec le revenu qu'il aurait eu s'il n'était pas devenu invalide (revenu sans invalidité; jusqu'au 31 décembre 2002: art 28 al. 2 LAI; du 1er janvier au 31 décembre 2003: art. 1 al. 1 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGa; depuis le 1er janvier 2004 jusqu'au 31 décembre 2007: art. 28 al. 2 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGa; depuis le 1er janvier 2008 art. 28a al. 1 LAI). Ne sont pas déterminants les critères médico-théoriques, mais bien plutôt les répercussions de l'atteinte à la santé sur la capacité de gain (cf. par analogie, RAMA 1991 no U 130 p. 270 consid. 3b; voir aussi ATF 114 V 310 consid. 3c). Le fait que le recourant ne mette pas en valeur sa capacité résiduelle de travail pour des raisons étrangères à l'invalidité ne relève pas de l'assurance invalidité, car il s'agit là de facteurs qui ne sont pas liés à l'invalidité et que l'AI n'est pas tenue de prendre en charge (RCC 1991 p. 329 consid. 3c). Dans ce contexte, il convient de souligner que ni l'âge, ni la situation familiale ou économique, ni un arrêt prolongé de l'activité professionnelle ou même le refus d'exercer une activité médicalement exigible ne constituent des facteurs propres à influencer l'octroi d'une rente d'invalidité (arrêt du TF I 175/04 du 28 janvier 2005 consid. 3; VSI 1999 p. 247 consid. 1; Pratique VSI 1998 p. 296 consid. 3b).

E. 9.1.2

La notion du marché équilibré du travail est une notion théorique et abstraite, qui sert de critère de distinction entre les cas tombant sous le coup de l'assurance-chômage et ceux qui relèvent de l'assurance-invalidité. Elle implique, d'une part, un certain équilibre entre l'offre et la demande de main-d'oeuvre et, d'autre part, un marché du travail structuré de telle sorte qu'il offre un éventail d'emplois diversifiés. D'après ces critères on déterminera si, dans les circonstances concrètes du cas, l'invalidé a la possibilité de mettre à profit sa capacité résiduelle de gain, et s'il peut ou non réaliser un revenu excluant le droit à une rente (ATF 110 V 273 consid. 4b; VSI 1991 p. 332 consid. 3b; cf. ég. ATF 134 V 64 consid. 4.2.1). Pour évaluer l'invalidité, il n'y a pas lieu d'examiner si un invalide peut être placé eu égard aux conditions concrètes du marché du travail, mais uniquement de se demander s'il pourrait encore exploiter sa capacité résiduelle de travail lorsque les places de travail disponibles correspondent à l'offre de la main d'oeuvre (VSI 1998 p. 296 consid. 3b et les

références). On ne saurait toutefois se fonder sur des possibilités d'emploi irréalistes, ou se borner à prendre en considération un genre d'activité quasiment inconnu du marché du travail. On ne peut en effet parler d'une activité raisonnablement exigible au sens de l'art. 28a al. 1 LAI dans la mesure où elle n'est possible que sous une forme tellement restreinte que le marché du travail général ne la connaît pratiquement pas ou qu'à la condition de concessions irréalistes de la part d'un employeur (RCC 1991 p. 332 consid. 3b, 1989 p. 331 consid. 4a).

E. 9.2.1

En l'absence d'un revenu effectivement réalisé après la survenance de l'atteinte à la santé, la jurisprudence admet pour la détermination du salaire d'invalidé, le recours aux données statistiques suisses telles qu'elles ressortent de l'Enquête sur la structure des salaires (ci-après: ESS) publiée par l'Office fédéral de la statistique (ci-après: OFS; ATF 126 V 75 consid. 3b/aa et bb). Les rémunérations retenues par l'ESS 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 TF I 85/05 du 5 juin 2005).

E. 9.2.2

Le revenu sans invalidité quant à lui se détermine en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce que l'assuré aurait effectivement réalisé au moment déterminant s'il était en bonne santé. A ce titre il convient en général de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé. Toutefois, en raison de la disparité des niveaux de rémunération et des coûts de la vie entre les Etats, on ne saurait retenir en principe le montant du dernier salaire obtenu par le recourant dans son Etat de résidence (ATF 110 V 273 consid. 4d; arrêt du TF I 383/06 du 5 avril 2007 consid. 4.4) ou qu'il aurait pu obtenir, d'où la nécessité pour effectuer la comparaison des salaires de se référer à des données statistiques. L'important dans l'évaluation de l'invalidité est que les deux termes de la comparaison, à savoir revenu sans invalidité et revenu d'invalidé, soient équivalents, c'est à dire qu'ils se rapportent à un même marché du travail et à une même année de référence (ATF 110 V 273 consid. 4d; arrêt du TF I 383/06 du 5 avril 2007 consid. 4.4).

E. 9.2.3

Dans le cas particulier, la décision litigieuse se fonde, en application de la jurisprudence précitée, sur les données résultant de l'ESS 2006 et fixe le revenu sans invalidité du recourant à Fr. 5'422.-- ce qui équivaut au salaire auquel peuvent prétendre les hommes au bénéfice de connaissances professionnelles spécialisées (niveau de qualification 3) dans la construction. Or, il faut comparer les revenus en fonction de ce qu'ils étaient, ou auraient pu être, en 2008, douze mois après l'apparition des atteintes causant l'incapacité (art. 29 al. 1 let. b LAI dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2007; ATF 129 V 222, ATF 128 V 174), et non en 2006 ainsi que l'a fait l'autorité intimée (à sa décharge toutefois le fait que les données 2008 n'étaient encore disponibles au moment de l'élaboration de la décision litigieuse). Le salaire sans invalidité est donc de Fr. 5'602.- selon l'ESS 2008. Le niveau de qualification professionnelle retenue est contestable du moment qu'il ressort du dossier que le recourant ne peut se targuer d'aucune formation professionnelle et que son employeur n'en exigeait pas. Toutefois, ce chiffre lui étant favorable, il y a lieu de le conserver. Les salaires bruts standardisés se basent sur un horaire de travail de 40 heures, soit une durée hebdomadaire inférieure à la moyenne usuelle dans ce secteur en 2008 (41,6 heures, cf.

OFS, durée normale du travail dans les entreprises selon la division économique, en heures par semaine, T. 03.02.04.19), ce salaire hypothétique de Fr. 5'602.-- doit donc encore être adapté et s'élève en fait à Fr. 5'840.08.

E. 9.2.4

Eu égard à la jurisprudence précédemment exposée, le revenu d'invalidé doit également se fonder sur des valeurs statistiques. Il y a alors lieu de se rapporter à la valeur médiane ou valeur centrale afférente aux salaires bruts standardisés (ATF 124 V 321 consid. 3b/bb) et non à des chiffres tirés de secteurs d'activité particuliers (cf. arrêt du TF I 392/06 du 13 mars 2007 consid. 6.2). En l'espèce, ainsi que l'a retenu l'autorité inférieure, il doit donc être déterminé en fonction de ce que peuvent prétendre les hommes exerçant une activité simple et répétitive dans le secteur privé (valeur médiane ou centrale), dont un nombre suffisant est adapté aux limitations fonctionnelles du recourant (Fr. 4'935.-, cf ESS 2008 tableau TA 1, niveau de qualification 4). Adapté à l'horaire de travail hebdomadaire moyenne en 2008 (41,6 heures, cf. tableau précité), ce salaire s'élève à Fr. 5'132.40.

E. 9.2.5

Comme le recours aux salaires de l'ESS ne permet pas une appréciation très fine en fonction des groupes de professions particuliers ou des régions de travail, la jurisprudence permet de réduire le revenu hypothétique d'invalidé, tel qu'il résulte des statistiques, afin de tenir compte du fait que les possibilités pour l'assuré de réaliser un gain qui se situe dans la moyenne sont forcément diminuées. La mesure de cette réduction dépend de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier (limitations liées au handicap, âge, années de service, nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation) et relève en premier lieu de l'office AI, qui dispose pour cela d'un large pouvoir d'appréciation. La jurisprudence n'admet cependant à ce titre pas de déduction globale supérieure à 25% (ATF 126 V 75 consid. 5). En conséquence, le juge des assurances sociales ne peut, sans motif pertinent, substituer son appréciation à celle de l'administration; il doit s'appuyer sur des circonstances de nature à faire apparaître sa propre appréciation comme la mieux appropriée (Arrêt du TF I 133/07 du 21 janvier 2008, consid. 2.3; ATF 130 V 393 consid. 3.3, ATF 126 V 75 consid. 6, ATF 123 V 150 consid. 2 et les références). En l'espèce, l'OAIE a consenti un abattement de 5 % sur le revenu d'invalidé de l'assurée pour tenir compte des circonstances personnelles et professionnelles du cas. Bien que l'autorité aurait dû préciser les facteurs retenus, on comprend qu'il s'agit essentiellement en l'espèce du fait que le recourant a dû renoncer à l'exercice d'une activité lourde, profession qu'il pratiquait depuis longtemps et ne peut plus qu'exercer une activité de type léger. Il sied de remarquer qu'un abattement plus important n'entraînerait aucune modification de la décision litigieuse, le taux d'invalidité restant en deça des 40% ouvrant le droit à la rente. Le salaire d'invalidé est donc fixé à Fr 4'875.78.

E. 9.2.6

Le calcul comparatif des revenus fait apparaître un préjudice économique de 17 % (Fr. 5'840.08-4'875.78 X 100 / 5'840.08) une fois arrondi au pour-cent supérieur (ATF 130 V 122 consid. 3.2), pour une activité exigible à 100%, ce qui est insuffisant pour ouvrir le droit à une rente.

E. 10

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté et la décision du 30 juillet 2008 confirmée.

E. 10.1

La procédure de recours en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI devant le Tribunal administratif fédéral est onéreuse (cf. art. 69 al. 2 LAI). Le recourant, qui succombe, doit donc s'acquitter des frais de justice fixés, compte tenu de la charge liée à la procédure, à Fr. 300.-- (art. 63 al. 1 règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Ils sont compensés par l'avance de frais déjà versée de Fr. 300.-.

E. 10.2

Compte tenu de l'issue du litige, il n'est pas alloué de dépens (art. 7 al. 1 FITAF a contrario).

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