

# **BVGer C-6976/2008 vom 22. April 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-04-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-6976\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6976_2008)

FR: TAF C-6976/2008 du 22 avril 2010

IT: TAF C-6976/2008 del 22 aprile 2010

## **Regeste**

Assurance-invalidité (AI)

## **Erwägungen**

### **E. 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'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE).

#### **E. 1.1**

Conformément à 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. 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. 1.2**

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. 1.3**

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. 3.1**

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.

### **E. 3.2**

Le droit applicable est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, le juge n'ayant pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 129 V 4 consid. 1.2). Par conséquent, le droit à une rente de l'assurance-invalidité doit être examiné au regard de l'ancien droit pour la période jusqu'au 31 décembre 2007 et, après le 1er janvier 2008, en fonction des modifications de la LAI consécutives à la 5ème révision de cette loi, étant précisé que, pour le droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse objet du présent litige, l'application des nouvelles dispositions de la 5ème révision de la LAI pour la période du 1er janvier au 17 septembre 2008, date de la décision attaquée, ne serait pas plus favorable au recourant (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1224/2008 du 28 janvier 2010 consid. 2.2). Par conséquent, sauf indication contraire, les dispositions citées ci-après sont celles en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007.

### **E. 3.3**

En l'occurrence, la demande de prestations de l'assurance-invalidité a été déposée le 11 juin 2005. En dérogation à l'art. 24 LPGA, l'art. 48 al. 2 LAI 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. Concrètement le Tribunal peut se limiter à examiner si le recourant avait droit à une rente le 11 juin 2004 (12 mois avant le dépôt de la demande) ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 17 septembre 2008, date de la décision attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 129 V 1 consid. 1.2; ATF 129 V 222, consid. 4.1; ATF 121 V 362 consid. 1b).

#### **E. 4**

Selon les normes applicables, tout requérant, pour avoir droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse, doit remplir cumulativement les conditions suivantes: d'une part être invalide au sens de la LPGA et de la LAI (art. 8 LPGA; art. 4, 28, 29 al. 1 LAI); d'autre part compter une année entière au moins de cotisations (art. 36 al. 1 LAI). Le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus d'une année au total (pce 61) et remplit donc la condition de la durée minimale de cotisations. Il reste à examiner s'il est invalide.

#### **E. 5.1**

L'invalidité au sens de la LPGA et de la LAI est l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée, qui peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art. 8 LPGA et 4 al. 1 LAI). Selon l'art. 7 LPGA, est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité, 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. 5.2**

Aux termes de l'art. 28 al. 1 LAI 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% 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. Les rentes correspondant à un degré d'invalidité inférieur à 50% ne sont versées qu'aux assurés qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse (art. 28 al. 1<sup>ter</sup> LAI). Toutefois, depuis l'entrée en vigueur des accords sur la libre circulation des personnes, les ressortissants de l'Union européenne qui présentent un degré d'invalidité de 40% au moins, ont droit à un quart de rente en application de l'art. 28 al. 1 LAI à partir du 1er juin 2002 s'ils ont leur domicile et leur résidence habituelle dans un Etat membre de l'UE.

#### **E. 5.3**

Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI, le droit à une rente naît dès que l'assuré, in casu ressortissant de l'Union européenne, 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).

#### **E. 5.4**

Une incapacité de travail de 20% doit être prise en compte pour le calcul de l'incapacité de travail moyenne selon l'art. 29 al. 1 let. b LAI (cf. chiffre marginal 2020 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impuissance 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. 6.1**

Le taux d'invalidité d'une personne exerçant une activité lucrative est fixé d'après la comparaison des revenus prévue par l'art. 16 LPGA, c'est-à-dire essentiellement selon des

considérations économiques. Ainsi 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 exigé de lui après les traitements et les mesures de réadaptation sur un marché du travail équilibré.

### **E. 6.2**

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. 7**

Conformément au principe inquisitoire qui régit la procédure dans le domaine des assurances sociales (art. 43 LPGA), l'administration est tenue de prendre d'office les mesures d'instruction nécessaires et de recueillir les renseignements dont elle a besoin. En particulier, elle doit mettre en oeuvre une expertise lorsqu'il apparaît nécessaire de clarifier les aspects médicaux du cas (ATF 117 V 282 consid. 4a). Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2ème édition, Zurich 2009, art. 42 n° 19 p. 536; ATF 122 II 469 consid. 4a). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst (Sozialversicherungsrecht [SVR] 2001 IV n° 10 p. 28).

### **E. 8.1**

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 352 consid. 3a et les références).

### **E. 8.2**

La jurisprudence a posé des lignes directrices en ce qui concerne la manière d'apprécier certains types d'expertise ou de rapports médicaux. Ainsi, le juge ne s'écarte en principe pas sans motifs impératifs des conclusions d'une expertise médicale judiciaire, la tâche de l'expert étant précisément de mettre ses connaissances spéciales à la disposition de la justice afin de l'éclairer sur les aspects médicaux d'un état de fait donné (ATF 125 V 351 consid. 3b/aa; 118 V 286 consid. 1b et les références). Au sujet des rapports établis par les

médecins traitant, 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 les références). Cette constatation s'applique de même aux médecins non traitant consultés par un patient en vue d'obtenir un moyen de preuve à l'appui de sa requête. Toutefois le simple fait qu'un certificat médical est établi à la demande d'une partie et est produit pendant la procédure ne justifie pas en soi des doutes quant à sa valeur probante (ATF 125 V 351 consid. 3b/dd et les références citées).

## **E. 9**

Le litige porte sur le droit du recourant à des prestations de l'assurance-invalidité, singulièrement sur le point de savoir s'il présente un taux d'invalidité suffisant à cet effet.

### **E. 9.1**

Il appert notamment du rapport E 213 du 11 juillet 2005 (pce 19) et de l'expertise datée du 7 avril 2008 effectuée au CEMed (pce 50) que l'assuré souffre principalement de troubles de la colonne vertébrale et de l'ouïe. Il s'agit d'un status labile. Or, à défaut d'un état de santé stabilisé, la lettre a de l'art. 29 al. 1 LAI est inapplicable; seule peut entrer en considération la lettre b de cette disposition légale prévoyant une période d'attente d'une année à partir du début de l'incapacité de travail relevante pour la détermination du début du droit à la rente. Au vu de la documentation médicale versée au dossier, il appert que le début de la maladie de longue durée remonte au 12 décembre 2003 (pce 2 p. 2 n° 7.4; 9 p. 2 n° 9; 19 p. 2 n° 3.4.4; 30; 33 p. 1).

### **E. 9.2**

Il convient ensuite d'examiner dans quelle mesure le recourant est en mesure d'exercer une activité lucrative sur le plan médical.

#### **E. 9.2.1**

A titre liminaire, on rappelle que, 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). 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; arrêt du Tribunal fédéral I 376/05 du 5 août 2005 consid. 3.1). En l'espèce, il n'est de ce fait pas déterminant que les institutions de sécurité sociale espagnoles aient reconnu à l'assurée un droit à percevoir une rente d'invalidité (pce TAF 1 p. 9-12). Il n'y a ainsi pas lieu de se prononcer sur les divergences entre la notion d'invalidité selon la législation espagnole et celle selon l'ordre juridique suisse (cf. à ce sujet arrêt du Tribunal administratif du 5 mars 2010 consid. 9.1). Par ailleurs, 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 références citées ; ATF 115 V 38 consid. 3d). 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 et supra consid. 6.1).

### **E. 9.2.2**

En l'espèce, l'administration retient l'exigibilité à plein temps d'un travail de substitution adapté en se fondant notamment sur les conclusions de l'expertise du CEMed datée du 7 avril 2008 et des prises de position son service médical. Le recourant conteste le bien-fondé de cette expertise et se basant avant tout sur les rapports médicaux du Dr H. \_\_\_\_\_ datés des 16 août 2005 (pce 20), 21 décembre 2006 (pce 36) et du 1er décembre 2008 (pce TAF 4, annexe 2).

### **E. 9.2.3**

Cela étant, on constate que la Dresse I. \_\_\_\_\_, dans un rapport médical E 213 du 11 juillet 2005 (pce 19), a retenu que l'assuré n'était plus en mesure d'exercer sa profession de maçon mais qu'il pouvait réaliser à plein temps un travail de substitution mi-lourd (pce 19 p. 8-10). Cette évaluation a été contestée par le Dr H. \_\_\_\_\_. Dans ses rapports des 16 août 2005 (pce 20) et 21 décembre 2006 (pce 36), il estime que le recourant présente une symptomatologie continue, même au repos et que les affections dont il est victime (notamment cervicalgies et dorsalgies; atteinte otorhino-laryngologiques avec sourdité et trouble de l'équilibre; déficit moteur important du membre supérieur droit avec paresthésie empêchant le port de poids et la réalisation de manipulations précises) rendent impossible l'accomplissement de tout travail de quelle nature que se soit. Ces divergences dans la documentation médicale ont conduit l'autorité inférieure à mettre en oeuvre une expertise pluridisciplinaire (cf. prise de position du 17 février 2007 du Dr B. \_\_\_\_\_, du service médical de l'OAIE [pce 38]). Dans leur rapport d'expertise daté du 7 avril 2008 les experts concluent que l'examen somatique, incluant une Electroneuromyographie (ENMG), n'a pas démontré de pathologie neurologique significative objectivable susceptible d'entraîner une compression radiculaire ou médullaire et, en conséquence, d'expliquer les plaintes formulées par le patient et les anomalies mises en évidence au status (pce 50 p. 26 et 28). Par ailleurs, sur le plan otoneurologique, le déficit vestibulaire périphérique mal compensé contre-indique certains travaux requérant l'utilisation d'échelles ou d'échafaudages, de gravir des plans inclinés, d'effectuer des mouvements constants de la tête et du corps. Cette atteinte n'empêche toutefois pas un travail adapté à plein temps, dans une situation stable, ne demandant pas de mouvements constants de la tête ou du corps, ni non plus un travail face à un écran d'ordinateur. Les experts précisent que l'assuré ne peut pas non plus exercer un travail qui demande une écoute attentive (par exemple serveur), qui requiert de conduire des véhicules ou qui l'expose au bruit (par exemple dans l'industrie). Sur le plan psychiatrique, ils concluent à l'absence d'une incapacité de travail quelconque. Sur ces bases, les experts retiennent que l'assuré ne peut plus être actif dans son activité habituelle mais qu'un travail adapté est exigible de sa part à 100% (pce 50 p. 28-30). Les Drs B. \_\_\_\_\_ et G. \_\_\_\_\_, dans leurs prises de position des 4 mai 2008 (pce 53) et 9 mars 2009 (pce 63) ont par la suite repris à leur compte les conclusions des experts.

### **E. 9.2.4**

En principe, le juge ne s'écarte pas sans motifs impératifs des conclusions d'une expertise médicale, la tâche de l'expert étant précisément de mettre ses connaissances spéciales à la disposition de la justice afin de l'éclairer sur les aspects médicaux d'un état de fait donné. Selon la jurisprudence, peut constituer une raison de s'écarter d'une expertise le fait que celle-ci contient des contradictions ou qu'une surexpertise ordonnée par le tribunal en infirme les conclusions de manière convaincante. En outre, lorsque d'autres spécialistes émettent des opinions contraires aptes à mettre sérieusement en doute la pertinence des

déductions de l'expert, on ne peut exclure, selon les cas, une interprétation divergente des conclusions de ce dernier par le juge ou, au besoin, une instruction complémentaire sous la forme d'une nouvelle expertise médicale (ATF 125 V 352 consid. 3b/aa et les références). Dans ce contexte, force est de constater que l'expertise du CEMed répond à toutes les exigences jurisprudentielles en la matière (cf. supra consid. 8). Ses conclusions sont d'autant plus convaincantes du fait qu'elle revêt un caractère interdisciplinaire avec la participation de spécialistes FMH dans différents domaines (rhumatologie, psychiatrie-psychothérapie et neurologie) et qu'elle a été rendue à la suite d'examens approfondis y compris au niveau otoneurologique. Le recourant estime pour sa part que la documentation médicale versée au dossier est suffisante pour remettre en question les conclusions de l'expertise. Tel n'est toutefois pas le cas. En effet, l'intéressé se réfère avant tout à un rapport médical du 1er décembre 2008 signé par le Dr H.\_\_\_\_\_. Ce document reprend en substance les indications et arguments développés dans les rapports médicaux de ce même médecin des 16 août 2005 (pce 20) et 21 décembre 2006 (pce 36) sans qu'il soit pris position sur les conclusions divergentes de l'expertise du CEMed. Partant, il ne contient aucun élément permettant de remettre sérieusement en doute les conclusions de l'expertise du 7 avril 2008.

#### **E. 9.2.5**

Dans ces conditions, le Tribunal de céans ne peut que se rallier aux conclusions des experts du CEMed et conclure que le recourant présente une capacité de travail entière dans un travail adapté à ses affections (cf. à ce sujet supra let. G in fine et M.a; voire également consid. 9.2.3).

#### **E. 10.1**

L'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40% au moins (art. 28 al. 1 LAI). Pour l'évaluation de l'invalidité, le revenu du travail que l'invalide pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui, après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, est comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la notion de 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'invalide a raisonnablement 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 276 consid. 4b; voir également ATF 127 V 298 consid. 4c).

#### **E. 10.2**

Lorsqu'il s'agit d'examiner dans quelle mesure un assuré peut encore exploiter économiquement sa capacité de gain résiduelle sur le marché du travail entrant en considération pour lui, on ne saurait subordonner la concrétisation des possibilités de travail et des perspectives de gain à des exigences excessives (cf. arrêts du Tribunal fédéral 9C\_236/2008 du 4 août 2008 consid. 4.2 et 9C\_446/2008 du 18 septembre 2008 consid. 4.2); l'examen des faits doit être mené de manière à garantir dans un cas particulier que le degré d'invalidité est établi avec certitude. Il s'ensuit que 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. La notion de marché équilibré du travail embrasse également les "emplois de niches", à savoir des places de travail dans lesquelles la personne présentant un handicap doit compter sur une certaine bienveillance et un engagement social de la part de son employeur (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_775/2009 du 12 février 2010 consid. 4.2.1). 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. 28 al. 2 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 (arrêts du Tribunal fédéral I 61/05 du 27 juillet 2005 consid. 4.3 avec références). Tel n'est pas le cas en l'espèce. Certes, on relève que notamment les troubles de l'ouïe restreignent de façon non négligeable les possibilités de travail de l'assuré dans un emploi léger ne demandant pas de connaissances particulières. Cette atteinte n'est toutefois pas d'une ampleur suffisante pour rendre irréaliste tout travail adapté à ses handicaps dans les secteurs retenus par l'administration (cf. arrêts du Tribunal fédéral 9C\_556/2007 du 29 avril 2008 consid. 5.3; 9C\_855/2009 du 3 mars 2010 consid. 2.4). Dans ce contexte, on note que les activités respectivement professions retenues à titre d'exemple par l'administration dont notamment celles de magasinier et de commissionnaire n'apparaissent pas incompatibles avec les limitations médicales dont doit tenir compte le recourant.

### **E. 11.1**

Il convient encore d'examiner la perte de gain que le recourant subirait dans l'exercice d'une activité de substitution exigible à 100%. Dans ce contexte, on note que l'autorité inférieure a renoncé à l'application de la méthode dite extraordinaire mais a choisi la méthode ordinaire de comparaison des revenus. Cette manière de procéder n'est pas critiquable étant donné que le recourant a cessé de travailler à son compte après son atteinte à la santé et que les conditions pour exiger de lui qu'il reprenne une telle activité ne sont pas remplies (arrêt du Tribunal fédéral I 842/05 du 1er juin 2006 consid. 5.3.2). Dans ces circonstances, il y a lieu, lors de l'évaluation de l'invalidité, de prendre en compte le salaire qu'il pourrait obtenir dans une activité dépendante (arrêts du Tribunal fédéral I 543/03 du 27 août 2004 consid. 4.3; I 204/05 du 29 septembre 2005 consid. 4.5 et 5.2.1; Revue d'assurance-maladie et accidents, jurisprudence et pratique administrative [RAMA] 1995 p. 107).

### **E. 11.2.1**

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. Le gain d'invalide est une donnée théorique et 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 (arrêts du Tribunal fédéral I 85/05 du 5 juin 2005 consid. 6.1 et 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 224 consid. 4.3.1).

### **E. 11.2.2**

Le Tribunal fédéral a précisé que la comparaison des revenus doit être effectuée en se référant en principe à la situation au moment où le droit à la rente aurait pu naître au plus tôt (ATF 129 V 222 consid. 4.1 et 4.4). Il convient toutefois d'effectuer une comparaison des revenus ultérieure si, jusqu'au moment où la décision est rendue, une modification des salaires de référence se produit et que celle-ci a une incidence sur l'ampleur de la rente (ATF 129 V 222 consid. 4.2).

### **E. 11.2.3**

La comparaison de revenus doit par ailleurs s'effectuer sur le même marché du travail (ATF 110 V 276 consid. 4b). S'agissant d'assurés étrangers résidant à l'étranger, en raison de la disparité des niveaux de rémunération et des coûts de la vie généralement entre la Suisse et leur pays de résidence, on ne saurait retenir le montant du dernier salaire obtenu par l'intéressé dans son Etat de résidence pour être comparé avec un revenu théorique statistique suisse. Dans ces situations, les rémunérations retenues par l'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) peuvent aussi servir à fixer le montant des revenus que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide (cf. arrêt du Tribunal fédéral I 60/06 du 21 mars 2007).

### **E. 11.2.4**

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 pas à ce titre de déduction globale supérieure à 25% (ATF 126 V 78 consid. 5).

### **E. 11.3**

En l'espèce, l'OAIE a effectué une évaluation de l'invalidité selon la méthode générale en se fondant sur les données de l'ESS (cf. supra let. I et M.b). Concernant le salaire de valide, elle a retenu qu'un salarié avec des connaissances spécialisées dans la construction obtenait en moyenne un salaire mensuel de Fr. 5'652.44 pour 41.7 h./sem. Elle a ensuite augmenté ce montant de 10% pour tenir compte de la longue expérience et du fait que le recourant exerçait son activité à son compte ( $110\% \text{ de } 5'652.44 = 6'217.68$ ). Quant au revenu d'invalide, elle a conclu que le revenu théorique moyen pour les activités de substitution simples et répétitives proposées par son service médical, auquel devait encore être effectué une déduction de 15% pour motifs personnels et professionnels, se montait à Fr. 3'986.89. Elle en a déduit un taux d'invalidité de 35.87% ( $[(6'217.68 - 3'986.89) \times 100] : 6'217.68$ ). Cette manière de procéder donne lieu aux remarques suivantes. Tout d'abord, on constate que l'autorité inférieure était habilitée à se référer aux données statistiques suisses, étant donné que le recourant a travaillé en dernier lieu en Espagne (cf. à ce sujet supra consid. 11.2.3) et que l'administration ne disposait pas de données suffisamment fiables sur le revenu de l'assuré réalisé dans son pays d'origine en tant qu'indépendant (arrêt du Tribunal fédéral I 53/05 du 9 mai 2005 consid. 2.3). Dans une telle constellation, la jurisprudence admet en principe que le revenu sans invalidité soit déterminé en se référant au tableau TA1 de l'ESS quand bien même les données y relatives se rapportent uniquement à des personnes exerçant une activité dépendante. Pour chaque secteur concerné, ce tableau fait part de salaires moyens pour le niveau de qualification 1+2 (travaux les plus exigeants et tâches les plus difficiles; travail indépendant très qualifié), le niveau de qualification 3 (connaissances professionnelles spécialisées) et le niveau de qualification 4 (activités simples et répétitives). Il se pose la question de savoir à quel niveau de qualification le salaire d'un

travailleur indépendant doit être assimilé. Selon la jurisprudence, il convient de se référer aux circonstances particulières du cas concret pour déterminer si le niveau de qualification 1+2 ou le niveau de qualification 3 correspond au mieux à la situation économique de l'assuré. Ainsi, à défaut d'éléments incitant à penser le contraire - par exemple lorsque le commerce de l'assuré était particulièrement lucratif avant l'atteinte à la santé - on considère dans la règle que le niveau de qualification 3 reflète de manière la plus réaliste la situation économique de l'assuré (cf. notamment arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1255/2008 du 25 février 2010 consid. 12; C-3897/2007 du 28 mai 2009 consid. 11.3; arrêt de la Commission fédérale de recours en matière d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité pour les personnes résidant à l'étranger AI 60479 du 16 décembre 2004 confirmé dans l'arrêt du Tribunal fédéral I 53/05 du 9 mai 2005 consid. 2.3; voire également arrêt du Tribunal fédéral I 60/06 du 21 mars 2007). En l'espèce, le recourant a exercé la profession de maçon indépendant pour un revenu mensuel en Espagne de EUR 661.11 (pce 9 p. 1 n° 5 et p. 4) et rien au dossier ne laisse à penser que le niveau de qualification 1+2 correspondrait mieux à la situation économique de l'assuré. C'est donc à juste titre que l'autorité inférieure s'est référée au niveau de qualification 3 pour déterminer le salaire avant invalidité du recourant. On ne voit toutefois pas pour quelle raison il se justifierait dans le cas d'espèce de procéder à une augmentation de 10% de ce salaire comme l'a fait l'administration. Cette question n'a toutefois pas à être développée plus en avant vu que, même en retenant cette manière de procéder qui est en tout point favorable au recourant, ce dernier n'atteint pas un taux d'invalidité suffisant pour ouvrir le droit à une rente. Par ailleurs, il s'agit en principe de comparer les revenus en fonction de ce qu'ils étaient, ou auraient pu être douze mois après l'apparition des atteintes causant l'incapacité (art. 29 al. 1 let. b LAI; ATF 129 V 222 consid. 4.3.1 et 4.4; ATF 128 V 174; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-4599/2007 du 27 avril 2009 consid. 10.1), soit en l'espèce le 12 décembre 2004 (cf. supra consid. 9.1). En l'occurrence, la comparaison des revenus doit donc être effectuée sur la bases des données salariales portant sur l'année 2004. En procédant de la sorte, on retient pour le recourant un revenu statistique mensuel moyen de Fr. 5'358.- pour 40 h./sem. (secteur "construction", niveau de qualification 3). Après adaptation au nombre d'heures de travail hebdomadaires effectuées en 2004 en moyenne dans ce secteur, à savoir 41.7 heures h./sem., on obtient un revenu sans invalidité de Fr 5'585.72. Selon l'avis de l'administration il convient encore d'augmenter ce salaire de 10%, ce qui donne un montant de Fr. 6'144.29 (110% de 5'585.72). Les activités de substitution proposées par le service médical de l'OAIE, sont des activités légères comparables à des activités simples et répétitives, de niveau de qualification 4, dans les secteurs « commerce de gros; intermédiaire du commerce » (Fr. 4'672.- pour 40 h./sem.), « commerce de détail; réparation d'articles domestiques » (Fr. 4'280.-), « Informatique, Recherche et développement; services fournis aux entreprises » (Fr. 4'333.-), « Autres services collectifs et personnels » (Fr. 4'181.-). La moyenne de ces revenus - adaptés au nombre d'heures hebdomadaires effectuées en moyenne en 2004 (41.9, 41.9, 41.7, 41.7 heures par semaine respectivement) correspond à un montant de Fr. 4'563.27. L'autorité inférieure estime qu'il se justifie d'opérer une réduction de 15% sur le salaire d'invalidé pour tenir compte des particularités du cas d'espèce. Le Tribunal de céans ne voit pas de raisons suffisantes pour remettre en cause cette évaluation qui reste dans le cadre du pouvoir d'appréciation de l'administration. En effet, même si l'éventail des activités encore exigibles de la part de l'assuré semble restreint notamment suite à ses problèmes d'ouïe, on note que ce dernier est toutefois apte à exercer un travail de substitution à temps complet sans que des pauses supplémentaires soient nécessaires (pces 50 p. 33; 53 p. 2). Il

convient donc de fixer le revenu avec invalidité à Fr. 3'878.78 (85% du 4'563.27). La comparaison du revenu sans invalidité de Fr. 6'144.29 au revenu d'invalidité de Fr. 3'878.78 fait apparaître un préjudice économique de 36.87% ( $(6'144.29 - 3'878.78) \times 100 : 6'144.29$ ). Ce taux d'invalidité ne donne pas droit à une rente d'invalidité. En outre, on note qu'il en irait de même si la comparaison des revenus était effectuée en fonction des données ESS 2008, date de la décision entreprise ( $(\{6'408.69 - 4'029.99\} \times 100) : 6'408.69 = 37.12\%$ ).

#### **E. 12**

Au vu de ce qui précède, il appert que la décision entreprise doit être confirmée et le recours rejeté.

#### **E. 13**

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, fixés par le Tribunal de céans à Fr. 300.-, sont mis à la charge du recourant débouté (art. 69 al. 2 LAI et art. 3 let. b du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Ce montant est compensé par l'avance de frais fournie de Fr. 300.-. Il n'est pas alloué de dépens (art. 64 al. 1 PA a contrario en relation avec les art. 7 ss FITAF). (dispositif à la page suivante)

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