

BVGer C-7324/2007 vom 22. Juni 2009

Bundesverwaltungsgericht, 2009-06-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-7324_2007

FR: TAF C-7324/2007 du 22 juin 2009

IT: TAF C-7324/2007 del 22 giugno 2009

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 TAF 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 compétente 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.

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

S'agissant du droit applicable, il convient encore de préciser que la présente procédure est régie par la LAI et par son règlement d'exécution dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007, 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). 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 au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 116 V 246 consid. 1a et les arrêts cités). Les modifications introduites par la novelle du 6 octobre 2006 (5e révision), entrées en vigueur le 1er janvier 2008 (RO 2007 5129), ne concernent donc pas la présente procédure. Les dispositions topiques sont donc citées dans le présent arrêt dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007.

E. 4

Avant de se prononcer sur le fond de la cause, le Tribunal doit analyser à titre préliminaire les griefs de nature formelle soulevés par le recourant. Celui-ci a en effet reproché à l'autorité intimée d'avoir violé son droit d'être entendu en ne lui communiquant pas les chiffres topiques appliqués lors de l'évaluation de l'invalidité et en ne répondant pas à ses arguments.

E. 4.1

Le droit d'être entendu, inscrit à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), comprend le droit de s'exprimer, le droit de consulter le dossier, le droit de faire administrer des preuves et de participer à l'administration de celles-ci, le droit d'obtenir une décision motivée et le droit de se faire représenter ou assister (cf. André Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. I et II, p. 380ss et 840ss). Le but est que toute personne doit pouvoir s'exprimer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, ce qui implique la possibilité de prendre connaissance des pièces du dossier, de faire administrer des preuves sur des faits importants pour la décision envisagée, de participer à l'administration de l'ensemble des preuves et de faire valoir ses arguments (ATF 120 Ia 379 consid. 3b, ATF 119 Ia 260 consid. 6a, ATF 119 Ib 12 consid. 4). Le droit d'être entendu est consacré, en procédure administrative fédérale, par les art. 26 à 28 PA (droit de consulter les pièces), les art. 29 à 33 PA (droit d'être entendu stricto sensu) et l'art. 35 PA (droit d'obtenir une décision motivée) ainsi qu'en matière d'assurance sociale à l'art. 42 LPG (droit d'être entendu).

E. 4.2

De nature formelle, le droit d'être entendu est une règle primordiale de procédure dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, volume II, Les droits fondamentaux, 2ème éd., Berne 2006, n. 1346 ;

cf. également ATF 134 V 97). Toutefois, selon la jurisprudence, la violation du droit d'être entendu, pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière, peut être considérée comme réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 129 I 129 et les références citées; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, n. 1711; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, volume II, Les droits fondamentaux, 2ème éd., Berne 2006, n. 1347s). La réparation d'un vice éventuel doit cependant demeurer l'exception (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa; ATF 126 V 130 consid. 2b). Néanmoins, même en cas de violation grave du droit d'être entendu, un renvoi de la cause pour des motifs d'ordre formel à l'instance précédente peut être exclu, par économie de procédure, lorsque cela retarderait inutilement un jugement définitif sur le litige, ce qui n'est dans l'intérêt ni de l'intimée, ni de l'assuré dont le droit d'être entendu a été lésé (ATF 132 V 387 consid. 5.1).

E. 4.3

Dans le cas présent, le recourant a eu la faculté de s'exprimer au sujet du calcul opéré et des revenus pertinents retenus devant le TAF lequel établit les faits d'office (art. 44 al. 2 LTAF). Il y a dès lors lieu d'admettre que le vice invoqué est considéré comme réparé. Quant au grief concernant l'absence de prise en compte par l'autorité intimée des observations développées par le recourant, il faut remarquer qu'elle expliquait déjà dans sa décision du 17 mai 2006 qu'il est sans importance, pour l'évaluation du degré d'invalidité, qu'une activité raisonnablement exigible soit effectivement exercée ou non, si bien que les allégations du recourant au sujet de la rémunération des postes qu'on lui propose sont sans pertinence au regard de l'AI (cf. également infra consid. 9.1.2).

E. 5

Il reste donc à examiner si l'autorité intimée était bien fondée à rejeter la demande de prestations AI déposée par le recourant. Selon les normes en vigueur, 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, 29 al. 1 LAI), - 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 et remplit donc la condition de la durée minimale de cotisations. Il reste à examiner si et dans quelle mesure il est invalide.

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 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

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. 6.3

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). Jusqu'au 31 décembre 2003, le droit à la rente entière était donné avec un taux d'invalidité de 66,67%, la demi-rente avec un taux d'invalidité de 50% au moins et le quart de rente avec un taux de 40%. 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, 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.

E. 6.4

Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI, 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% (cf. chiffre marginal 2020 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence dans sa teneur au 1er janvier 2004 ; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [Pratique VSI] 1998 p. 126 consid. 3c).

E. 6.5

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. 7.1

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. 7.2

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; JÜRIG 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. 7.3

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. 8.1

En l'espèce, la décision litigieuse se fonde essentiellement sur l'expertise pluridisciplinaire COMAI effectuée en septembre 2005, laquelle répond en tous points aux exigences de la jurisprudence précitée (cf. supra consid. 7.2). Il ressort du rapport d'expertise que l'anamnèse du recourant est plutôt confuse voire contradictoire et qu'il obtempère plus aux suggestions des experts qu'il ne relate lui-même son parcours médical. La situation est également peu claire en ce qui concerne les activités que l'assuré a exercées en Espagne, puisqu'il est fait état d'une aide dans le café tenu par sa femme et de l'exercice de la profession de vigile. Sur le plan médical, la consultation neurologique n'a pas permis de mettre en évidence une atteinte neurologique et notamment radiculaire significative. A dire d'expert, les troubles sensitivo-moteurs au niveau du membre inférieur droit sont vraisemblablement subjectifs et sur le plan radiologique, on ne retrouve pas la suspicion évoquée en Espagne d'instabilité L5-S1. L'expert observe en revanche une anomalie transitionnelle lombosacrée, quelques troubles statiques vertébraux et une possible discopathie de l'espace discal sus-sacré, une spondylolyse bilatérale de L5 ainsi qu'une petite protusion discale L5-S1 sans évidence de compression radiculaire. Il dit qu'il est

possible que ces anomalies puissent entraîner une gêne dans une activité de force mais qu'un travail sans port de charges lourdes et permettant des changements relativement fréquents de position est exigible à plein temps. La consultation psychiatrique quant à elle ne révèle pas de pathologie psychiatrique autre qu'un syndrome douloureux somatoforme, lequel avait déjà été identifié en 1993. Toutefois, les ressources adaptatives sont préservées, à tout le moins lorsque l'assuré est soutenu par son entourage familial. La présence d'une importante consommation d'alcool est remarquée sans que soient satisfaits les critères d'un syndrome de dépendance à l'alcool. Toutes ces observations conduisent les experts à exclure l'exercice de l'activité antérieure de maçon. Cependant, ils estiment que dans la dernière activité exercée, celle de collecteur de machines à sous, la capacité est entière. Raison pour laquelle, l'autorité intimée conclura à l'absence d'invalidité, ce que le recourant réfutera dans son opposition.

E. 8.2

Il faut d'emblée remarquer que le recourant n'a pas présenté d'éléments concrets, outre ses plaintes personnelles, permettant de mettre en doute l'expertise COMAI. Dans son certificat médical du 29 octobre 2004, le Dr E._____ fait état d'une symptomatologie cervicale qui ne se retrouve pas complètement dans l'expertise. Il faut noter à ce sujet qu'il n'y a pas eu de nouveaux clichés radiologiques et que le dossier ne contient pas de radiographies des vertèbres cervicales, toutefois l'examen clinique entrepris par les experts COMAI, s'il révèle des douleurs localisées à la partie antérieure de l'épaule droite, n'était pas tel qu'il dictait la réalisation de tels clichés. Au demeurant, le Dr E._____ ne soutenait pas que le recourant est totalement empêché de travailler mais plaidait pour la mise en oeuvre d'une expertise neutre, ce qui fut fait. La documentation médicale espagnole n'exclut pas non plus la possibilité d'une activité professionnelle adaptée; le rapport E 213 de 2002 indiquait même que cela était exigible à temps complet. Dans son certificat médical du 9 août 2004, le Dr B._____, médecin traitant en Espagne du recourant, remarque que la pathologie initiale du recourant avec instabilité avec lyse de l'arc L5 qui a nécessité l'arthrodèse peut réellement limiter la pleine et entière capacité de travail du patient. Outre le fait que, comme le Dr F._____ le souligne dans sa prise de position du 29 septembre 2004, l'arthrodèse avait justement comme but de soulager cette pathologie initiale, il faut comprendre que le patient pourrait travailler, mais dans une mesure limitée sans que le Dr. B._____ précise si cette limitation concerne le taux d'occupation ou le type d'activité. Le Dr C._____, dans ses rapports E 213 de 2004 et 2005, ne se prononce pas sur la capacité résiduelle de travail du recourant, il se contente de mentionner qu'en vertu de la législation du pays de résidence, l'invalidité pour l'activité exercée en dernier lieu est totale, que le taux d'invalidité pour toute autre activité correspondant aux aptitudes de l'assuré et la catégorie d'invalidité, toujours aux yeux de la législation de résidence, est totale. Or, seul le droit interne détermine les modalités de l'évaluation du taux d'invalidité (cf. consid. 3.1 in fine et 3.3) qui est, selon la loi suisse, une notion juridico-économique et non médicale. En d'autres termes, seules sont couvertes les pertes économiques (atteignant au moins 40% du revenu) liées à une atteinte à la santé physique ou psychique et non la maladie en tant que telle. En Espagne, la situation est toute différente. Il existe en effet quatre degrés d'invalidité permanente: a) l'incapacité permanente partielle pour la profession habituelle b) l'incapacité permanente totale pour la profession habituelle c) l'incapacité permanente absolue pour tout travail d) la grande invalidité (cf. articulos 137 del texto de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, consulté sur le site Internet <http://www.derecho.com/1/boe/real-decreto-legislativo-1-1994-aprueba-texto-refun>

dido-ley-general-seguridad-social/ consulté le 5 juin 2009). La rente octroyée en cas d'incapacité permanente totale pour la profession habituelle équivaut à 55% de la base de calcul (soit le salaire de référence) alors que celle allouée à titre d'incapacité permanente absolue se fonde sur 100% de la base de calcul (cf. le site du système d'information mutuelle sur la protection sociale des Etats membres de l'UE et de l'EEE http://ec.europa.eu/employment_social/missoc/2000/es_part5_fr.htm, consulté le 5 juin 2009). La décision espagnole du 12 avril 2005 reconnaissant le recourant en situation d'incapacité permanente totale ne précise pas s'il s'agit d'une incapacité pour la profession habituelle ou d'une incapacité absolue. Toutefois, la rente octroyée se fonde sur 55% de la base de calcul ce qui correspond à l'incapacité permanente totale pour la profession habituelle, laquelle est définie comme la situation dans laquelle le travailleur ne peut plus exécuter les tâches essentielles de sa profession mais peut encore exercer une activité différente (cf. art. 137 al. 4 de la loi espagnole précitée). Il s'en suit que le recourant ne peut tirer argument de ce qu'il reçoit une rente en Espagne, laquelle de surcroît semble s'articuler sur les mêmes constatations helvétiques, à savoir l'exigibilité d'une autre activité. Finalement, la Cour de céans, suivant l'appréciation du service médical de l'OAIE, est d'avis que le recourant peut exercer à plein temps une activité adaptée à son atteinte à la santé. Cette activité de substitution est de type léger à modéré, ne nécessitant pas de port de charge répété de plus de 10kg, ni de maintiens de positions en porte-à-faux du tronc et doit permettre des changements de position.

E. 9

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

E. 9.1.1

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). C'est la méthode ordinaire de comparaison des revenus (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: art. 28 al. 2 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA). 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). Il n'est pas non plus inutile 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 que l'on peut raisonnablement attendre de lui afin d'atténuer autant que possible les conséquences de son invalidité (ATF 130 V 97 consid. 3.2 avec les références). 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 Tribunal fédéral 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'invalidité 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. 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 (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'invalide, 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 Tribunal fédéral 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 Tribunal fédéral 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. C'est à bon droit que l'autorité s'est fiée à l'ESS et non aux statistiques espagnoles (disponibles, contrairement à ce qu'avance l'autorité intimée, sur le site Internet de l'institut national espagnol de la statistique www.ine.es), lesquelles ne présentent pas - faute d'en connaître la méthodologie - la même fiabilité et représentativité que celles disponibles en Suisse (cf. arrêt du Tribunal fédéral I 232/06 du 25 octobre 2006 consid. 4 et arrêt du Tribunal administratif fédéral C-3053/2006 du 4 septembre 2008 consid. 10.2.2). L'important dans l'évaluation de l'invalidité est que les deux termes de la comparaison, à savoir revenu sans invalidité et revenu d'invalide, 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 Tribunal fédéral I 383/06 du 5 avril 2007 consid. 4.4).

E. 9.2.3

En l'espèce, le dernier salaire ayant été acquis en Suisse, la décision litigieuse se fonde, en application de la jurisprudence précitée, sur les données résultant de l'ESS 2004 et fixe le revenu sans invalidité du recourant à Fr. 4'422.-- ce qui équivaut au salaire auquel peuvent prétendre les hommes pour des activités simples et répétitives (niveau de qualification 4) dans la branche du commerce/réparation du secteur service. 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 2004 (41.9 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. 4'422.-- doit donc encore être adapté et s'élève en fait à Fr. 4'632.05 ainsi que l'autorité intimée l'a retenu à juste titre.

E. 9.2.4

Le revenu d'invalidité est contesté par le recourant au motif qu'il engloberait des activités incompatibles avec les limitations fonctionnelles retenues. Dans un premier temps, l'autorité intimée avait conclu à l'absence d'invalidité sans procéder à une comparaison des revenus, l'ancienne activité de réparateur/collecteur de machines à sous étant à son avis adaptée à l'état de santé du recourant. A la suite des doléances du recourant qui faisait valoir que son cahier des charges nécessitait le soulèvement régulier de pièces de plus de 19kg et le déplacement de machines de plus de 100kg, l'autorité a revu sa position. Elle a d'abord pris les salaires afférents à des activités simples et répétitives déployées dans la branche de la production en général et le commerce de gros. Puis l'autorité a renoncé à prendre en compte ces montants qui se sont révélés supérieurs au salaire retenu à titre de revenu sans invalidité (cf. dans ce contexte ATF 134 V 322). Les chiffres qu'elle a finalement retenus sont ceux relatifs aux activités du commerce de détail (Fr. 4'280.-- selon l'ESS 2004 [homme niveau de qualification 4]) et aux services fournis aux entreprises (Fr. 4'333.--). Ces secteurs recouvrent sans nul doute des travaux (caissier, réparation d'appareil domestique; distribution de courrier interne etc.) compatibles avec l'état de santé du recourant. Peu importe au regard de l'AI que de tels postes soient réellement offerts au recourant, il s'agit là en effet d'une problématique qui relève de l'assurance chômage (cf. supra consid. 9.1.2 sur la notion de marché équilibré du travail). De même manière, le recourant ne peut se prévaloir du fait que la valorisation de sa capacité de travail résiduelle n'est pas exigible d'un point de vue socio-pratique puisqu'il s'agit là d'un facteur également étranger à l'AI (cf. supra consid. 9.1.1 in fine). Partant, il y a lieu avec l'autorité intimée de retenir la moyenne des salaires ressortant de l'ESS 2004 dans les secteurs considérés (commerce de détail; services fournis aux entreprises) qui une fois adaptée à l'horaire hebdomadaire moyen dans les entreprises suisses en 2004 donne Fr. 4'489.53.

E. 9.2.5

La mesure dans laquelle les salaires ressortant des statistiques doivent être réduits 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 Tribunal fédéral 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'assuré pour tenir compte des circonstances personnelles et professionnelles du cas, ce qui aboutit à un salaire d'invalidé de Fr. 4'265.05. Bien que l'autorité aurait dû préciser les facteurs retenus, on comprend qu'il s'agit en l'espèce du fait que le recourant ne peut plus exercer que des activités moyennes à légères. Cette argumentation n'est pas insoutenable, il n'y a donc pas lieu de s'en écarter. Il sied de remarquer que de toute manière, un abattement plus important n'entraînerait aucune modification de la décision litigieuse, le taux d'invalidité restant en deçà des 40%.

E. 9.3

Le calcul comparatif des revenus fait apparaître un préjudice économique de 8% ($(4'632.05 - 4'265.05) \times 100 / 4'632.05$) une fois arrondi au pour-cent supérieur (ATF 130 V 122 consid. 3.2), taux d'invalidité qui ne donne pas droit à une rente (art. 28 al. 1 LAI). Mal fondé, le recours doit par conséquent être rejeté et la décision sur opposition du 26 septembre 2007 confirmée.

E. 10.1

La décision litigieuse a été rendue après le 1er juillet 2006, entrée en vigueur de l'art. 69 al. 2 LAI soumettant 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 à des frais de procédure.

E. 10.2

Le recourant, qui succombe, doit donc s'acquitter des frais de justice fixés, compte tenu de la charge liée à la procédure, à Fr. 400.-- (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] en relation avec l'art. 69 al. 2 LAI). Ils sont compensés par l'avance de frais déjà versée de Fr. 400.--.

E. 10.3

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.