

# **BVGer C-987/2007 vom 28. September 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-09-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-987\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-987_2007)

FR: TAF C-987/2007 du 28 septembre 2009

IT: TAF C-987/2007 del 28 settembre 2009

## **Regeste**

Assurance-invalidité (divers)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Au vu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), 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), le Tribunal administratif fédéral connaît des recours interjetés par les personnes résidant à l'étranger contre les décisions prises par l'OAIE. Demeurent réservées les exceptions - non réalisées en l'espèce - prévues à l'art. 32 LTAF.

### **E. 1.2**

Selon l'art. 37 LTAF, la procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement. Or, en vertu de l'art. 3 let. dbis PA, la procédure en matière d'assurances sociales n'est pas régie par la PA dans la mesure où la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable. A cet égard, conformément à l'art. 2 LPGA en relation avec l'art. 1 al. 1 LAI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26bis et art. 28 à 70 LAI), à moins que la LAI ne déroge à la LPGA. Il sied de relever encore que les nouvelles règles de procédure sont en principe immédiatement et pleinement applicables dès leur entrée en vigueur, à défaut de dispositions transitoires contraires (arrêt du Tribunal fédéral I 231/06 du 24 mai 2006 consid. 3.1; ATF 130 V 560 consid. 3.1 et les références citées).

### **E. 1.3**

Le requérant est particulièrement touché par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 59 LPGA). Partant, il a qualité pour recourir. En outre, dans la mesure où il a été introduit dans le délai et la forme prescrits (art. 60 LPGA et art. 52 PA), le recours est recevable.

### **E. 2.1**

Le requérant est citoyen d'un Etat membre de la Communauté européenne. Par conséquent, est applicable en l'espèce l'Accord du 21 juin 1999, entré en vigueur le 1er juin 2002, sur la libre circulation des personnes, conclu entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part (ALCP, RS 0.142.112.681), dont l'Annexe II règle la coordination des systèmes de sécurité sociale (art. 80a LAI). Est également applicable 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). Conformément à l'art. 3 al. 1 du Règlement (CEE) n° 1408/71, les personnes qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres et auxquelles les dispositions dudit règlement sont applicables sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout Etat membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci, sous réserve de dispositions particulières contenues dans ledit règlement. Comme avant 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 (art. 40 par. 4 du Règlement (CEE) n° 1408/71).

### **E. 2.2**

S'agissant du droit matériel applicable, il convient encore de préciser, 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), que, dans la mesure où la décision litigieuse date du 22 novembre 2006, la présente cause est régie par la LAI et par son ordonnance d'exécution dans leur teneur modifiée par la nouvelle du 21 mars 2003 (4ème révision), en vigueur depuis le 1er janvier 2004 jusqu'au 31 décembre 2007; les dispositions citées ci-après sont dès lors, sauf précision contraire, celles en vigueur durant cette période. Toutefois, l'existence d'un droit à des prestations de l'assurance-invalidité avant le 1er janvier 2004 s'examinera, le cas échéant, à la lumière des normes dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003. Quant aux modifications introduites par la nouvelle du 6 octobre 2006 (5e révision), entrées en vigueur le 1er janvier 2008 (RO 2007 5129), elles ne sont pas prises en considération dans le cas d'espèce.

### **E. 3.1**

En l'espèce, le recourant a présenté une demande de prestations d'invalidité suisse le 17 janvier 2003. Par décision du 22 novembre 2006, l'OAIE a rejeté sa demande, au motif que, nonobstant l'atteinte à la santé, le recourant conservait une capacité de travail entière dans une activité adaptée à son état de santé. Dans cette mesure, son taux d'invalidité ne lui permettrait pas d'obtenir une rente de l'assurance-invalidité suisse. Le recourant, pour sa part, soutient qu'il ne peut pas travailler et demande implicitement que lui soit octroyée une rente d'invalidité. En conséquence, il convient d'examiner, dans le cas présent, si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a refusé au recourant le droit à une rente d'invalidité ou, en d'autres termes, si effectivement le recourant ne peut plus exercer son activité habituelle de maçon, mais conserve une capacité de travail entière dans une activité adaptée à son état de santé, de sorte que sa perte de gain serait insuffisante pour ouvrir le droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse.

### **E. 3.2**

Par ailleurs, 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 17 janvier 2002 (douze mois avant le dépôt de la demande) ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 22 novembre 2006, date de la décision attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 130 V 445 consid. 1.2 et 1.2.1).

### **E. 4**

Pour avoir droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse, tout requérant doit remplir cumulativement les conditions suivantes: être invalide au sens de la LPG/LAI et avoir versé des cotisations à l'AVS/AI durant une année au moins (art. 36 al. 1 LAI). En l'espèce, le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus d'une année au total et remplit, partant, la condition de la durée minimale de cotisations (OAIE pce 5). Il reste dès lors à examiner s'il est invalide au sens de la LAI.

### **E. 5.1**

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

### **E. 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 LPG). L'incapacité de gain est définie à l'art. 7 LPG 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**

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 (let. a) ou dès qu'il a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année sans interruption notable (let. b). D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la let. a s'applique si l'état de santé de l'assuré est stabilisé et a acquis un caractère essentiellement irréversible, la let. b si l'état de santé est labile, c'est-à-dire susceptible d'une amélioration ou d'une aggravation (ATF 121 V 264, ATF 111 V 21 consid. 2b). 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'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] 2/1998 p. 126 consid. 3c).

### **E. 5.4**

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 LPG) - n'est plus applicable à l'assuré ressortissant suisse ou d'un pays membre de l'Union européenne qui a son domicile et sa résidence

habituelle dans l'Union européenne.

### **E. 6.1**

Le taux d'invalidité d'une personne exerçant une activité lucrative est fixé d'après la comparaison des revenus prévue à l'art. 16 LPGA, applicable par le renvoi de l'art. 28 al. 2 LAI, 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 être raisonnablement exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré (méthode générale). Le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'y pas lieu de poser des exigences excessives quant aux possibilités des assurés de trouver un emploi correspondant aux activités de substitution proposées. Il suffit en principe qu'une telle place de travail n'apparaisse pas à toute évidence comme exclue (arrêts du Tribunal fédéral 9C\_446/2008 du 18 septembre 2008 et 9C\_236/2008 du 4 août 2008).

### **E. 6.2**

Il convient de relever que la notion d'invalidité, dont il est question à l'art. 8 LPGA et à l'art. 4 LAI, est de nature juridique/économique et non pas médicale (ATF 116 V 246 consid. 1b). En d'autres termes, l'assurance-invalidité suisse couvre seulement les pertes économiques liées à une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique - qui peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident - et non la maladie en tant que telle. 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 apprécier les conséquences de l'atteinte à la santé et pour déterminer quels travaux peuvent encore raisonnablement être exigés de l'assuré (ATF 125 V 256 consid. 4, ATF 115 V 133 consid. 2, ATF 114 V 310 consid. 3c; RCC 1991 p. 329 consid. 1c).

### **E. 7.1**

Conformément à la maxime inquisitoriale, l'autorité définit les faits pertinents et les preuves nécessaires, qu'elle ordonne et apprécie d'office (art. 12 PA; ATF 110 V 199 consid. 2b, ATF 105 Ib 114; Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, para. 2.2.6.3). Elle ne tient pour existants que les faits qui sont dûment prouvés et applique le droit d'office. La procédure dans le domaine des assurances sociales fait prévaloir la procédure inquisitoriale (art. 43 LPGA), de sorte qu'il appartient à l'administration de prendre d'office les mesures d'instruction nécessaires et de recueillir les renseignements dont elle a besoin. Pour pouvoir évaluer l'invalidité d'un assuré, l'administration, ou le juge en cas de recours, a besoin de documents que le médecin ou éventuellement d'autres spécialistes, doivent lui fournir. L'art. 69 RAI prescrit à cet égard 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. En particulier, une expertise doit être mise en oeuvre lorsqu'il apparaît nécessaire de clarifier les aspects médicaux du cas (ATF 117 V 282 consid. 4a). La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire. Ainsi, le

Tribunal administratif fédéral définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement; de même, il applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués, ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (art. 62 al. 4 PA; Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, ch. 2.2.6.5).

### **E. 7.2**

Il sied toutefois de préciser que les parties, particulièrement dans le domaine des assurances sociales, ont le devoir de collaborer à l'instruction de l'affaire, ce qui les oblige à apporter, dans la mesure où cela peut raisonnablement être exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve. Ainsi, s'il appartient à l'autorité d'établir elle-même les faits pertinents dans la mesure où l'exige la correcte application de la loi, c'est avec le concours des parties intéressées qu'elle s'y emploie, celles-ci ayant l'obligation d'apporter toute preuve utile ou du moins tout élément de preuve propre à fonder ses allégations (art. 13 et art. 19 PA en relation avec art. 40 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 PCF, [RS 273]; ATF 117 V 261, ATF 116 V 23, ATF 115 V 133 consid. 8a et les références citées, ATF 114 Ia 114 p. 127).

### **E. 7.3**

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 certaines 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, 2e éd., Zurich 2009, art. 42 n° 19 p. 536; ATF 122 II 464 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**

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, en exposant les motifs qui le conduisent à retenir telle ou telle limitation de la capacité de travail. 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 (arrêt du Tribunal fédéral I 636/06 du 22 septembre 2006 consid. 3.2; Pratique VSI 6/1998 p. 296 consid. 3b).

### **E. 8.2**

Le juge des assurances sociales, quant à lui, 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 citées).

### **E. 8.3**

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; ATF 118 V 286 consid. 1b et les références citées). 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 citées). 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). Quant aux documents produits par le service médical d'un assureur étant partie au procès, le Tribunal fédéral n'exclut pas que l'assureur ou le juge des assurances sociales statuent en grande partie, voire exclusivement sur la base de ceux-ci. Dans de telles constellations, il convient toutefois de poser des exigences sévères à l'appréciation des preuves. Une instruction complémentaire sera ainsi requise, s'il subsiste des doutes, même minimes, quant au bien-fondé des rapports et expertises médicaux versés au dossier par l'assureur (ATF 122 V 157 consid. 1d, ATF 123 V 175 consid. 3d, ATF 125 V 351 consid. 3b/ee; voir aussi arrêts du Tribunal fédéral I 143/07 du 14 septembre 2007 consid. 3.3 et 9C\_55/2008 du 26 mai 2008 consid. 4.2 et les références citées, concernant les cas où le service médical n'examine pas l'assuré mais se limite à apprécier la documentation médicale déjà versée au dossier). Le simple fait qu'un avis médical divergent - même émanant d'un spécialiste - ait été produit ne suffit toutefois pas à lui seul à remettre en cause la valeur probante d'un rapport médical (arrêt du Tribunal fédéral U 365/06 du 26 janvier 2007 consid. 4.1).

### **E. 9**

Il convient de noter en l'espèce que la plupart des documents médicaux versés en cause ne sont guère pertinents pour évaluer la capacité de travail du recourant, puisqu'ils se contentent principalement de poser des diagnostics, au demeurant non controversés. Toutefois, outre l'avis du service médical de l'OAIE du 25 janvier 2006, confirmé par celui du 5 septembre 2006, le rapport du 29 octobre 2001 du Dr C. \_\_\_\_\_ répond pour l'essentiel aux exigences jurisprudentielles; quoique relativement succinct et ne contenant pas de motivation détaillée, il est convaincant et ne comporte pas de contradiction. Il en va de même du rapport E 213 du 14 novembre 2005 du Dr D. \_\_\_\_\_, qui, établi de manière complète, décrit les limitations fonctionnelles de l'assuré et le genre d'activités que celui-ci peut accomplir, s'avérant ainsi utile pour apprécier la capacité de travail du recourant, bien qu'il soit moins clair dans ses conclusions à ce sujet. Quant au rapport E 213, reçu par la CSC le 24 janvier 2005, dans la mesure où il est moins complet, précis et récent que celui du Dr D. \_\_\_\_\_, et par ailleurs très peu lisible, il présente peu de valeur probante et ne saurait par conséquent être pris en compte dans la présente procédure.

### **E. 9.1**

Il est ainsi établi que A. \_\_\_\_\_ souffre principalement d'une spondylolyse L5-S1 et d'un syndrome dépressif. Le Dr C. \_\_\_\_\_, neurochirurgien, observe à cet égard, dans son

rapport du 29 octobre 2001, que le recourant présente une mobilité réduite de la colonne lombaire, avec douleur lors de mouvements extrêmes, et qu'il est par conséquent totalement incapable d'effectuer des tâches causant une surcharge de la colonne vertébrale, telles qu'en exige sa profession. Le Dr D. \_\_\_\_\_, pour sa part, soutient, dans le rapport E 213 du 14 novembre 2005, que l'assuré se trouve limité s'agissant d'activités lourdes et, en application de la législation portugaise, estime à 60% l'incapacité du recourant dans sa dernière activité. Le Dr H. \_\_\_\_\_, quant à lui, relève, dans son rapport du 25 janvier 2006, que l'état de santé de l'assuré au niveau orthopédique provoque des douleurs et impose des limitations s'agissant du port de charge, de sorte que l'activité habituelle du recourant ne peut plus être exigée, et ce dès le 29 octobre 2001, date du rapport établi par le Dr C. \_\_\_\_\_. Or, ainsi que cela ressort du dossier, le recourant exerçait la profession de maçon, activité impliquant à l'évidence de lourdes tâches, en particulier des mouvements et le port de charges sollicitant la région lombaire, incompatibles avec les limitations fonctionnelles décrites non seulement par les Drs C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_, ce dernier, bien qu'estimant le recourant encore capable de travailler dans son activité habituelle à 40%, préconisant toutefois l'exercice d'une activité légère, mais également par le Dr B. \_\_\_\_\_ dans son certificat médical du 6 janvier 2000 et par le Dr G. \_\_\_\_\_ dans son rapport orthopédique du 3 novembre 2005, lequel fait état de rigidité de la colonne lombaire dans certains mouvements. Cela a par ailleurs été reconnu tant par le Dr H. \_\_\_\_\_, du service médical de l'OAIE, que par l'autorité inférieure.

## **E. 9.2**

S'il s'avère que A. \_\_\_\_\_ est incapable d'exercer son activité habituelle de maçon eu égard à son état de santé, il ressort des avis des médecins qui se sont prononcés sur la capacité de travail résiduelle du recourant que ce dernier serait toujours apte à effectuer une activité professionnelle adaptée, tenant compte de ses limitations fonctionnelles. Le Dr D. \_\_\_\_\_ relève, dans le rapport E 213, que l'assuré est capable d'exercer des activités légères, n'exigeant pas en particulier de porter des charges, de se baisser fréquemment, d'utiliser des escaliers ou de marcher sur des terrains en pente. Le Dr H. \_\_\_\_\_ vient confirmer cette position, estimant que le recourant peut travailler dans des activités légères à moyennement lourdes. Aucun des autres documents médicaux versés au dossier ne vient contredire cette position, le Dr C. \_\_\_\_\_ se limitant à exclure du champ d'activités de l'assuré les tâches causant une surcharge de la colonne vertébrale, sans pour autant écarter la possibilité d'une activité adaptée, tenant compte de cette limitation fonctionnelle. Quant au recourant, bien qu'il affirme être incapable d'exercer une quelconque activité, il ne produit aucun élément à l'appui de ses affirmations et des conclusions de son recours. Bien que les Drs D. \_\_\_\_\_ et H. \_\_\_\_\_, qui se sont prononcés explicitement à ce sujet, soient unanimes sur l'aptitude du recourant à exercer une activité adaptée à son état de santé, ils divergent cependant quant au type d'activités que pourrait exercer le recourant et au degré de sa capacité de travail dans ces activités. En effet, le Dr D. \_\_\_\_\_ propose, comme activité adaptée, exigible du recourant, mais toutefois à temps partiel, la profession de producteur agricole. Quant au Dr H. \_\_\_\_\_, il retient des activités de substitution telles que celles d'ouvrier non qualifié ou de manoeuvre dans une usine, une fabrique ou dans le domaine de la production en général, celles de concierge ou de gardien d'immeuble ou de chantier, ou encore celles de magasinier ou de gestionnaire de stocks; il estime que ces activités adaptées sont exigibles à 100%. Or, force est de constater, au vu du rapport E 213, que les conclusions du Dr D. \_\_\_\_\_, outre qu'elles sont imprécises, s'avèrent peu claires, dans la mesure où ce médecin constate d'une part que l'assuré est limité dans des activités lourdes, mais peut effectuer, de façon

régulière, des activités légères, et propose d'autre part, en tant qu'activité adaptée, celle de producteur agricole, dont on peut présumer qu'elle requiert pourtant des tâches lourdes, le port de charges ou des mouvements incompatibles avec les atteintes orthopédiques de l'assuré, qui ne saurait effectivement exercer une telle activité à temps plein. Au contraire, les activités proposées par le Dr H.\_\_\_\_\_, plus légères, semblent mieux correspondre aux observations des médecins, y compris à ceux du Dr D.\_\_\_\_\_, quant aux limitations fonctionnelles de l'assuré et à son aptitude à l'exercice d'une activité de substitution; elles apparaissent par conséquent plus justement adaptées à l'état de santé de l'assuré et exigibles à 100%. La Cour relève à cet égard que le syndrome dépressif diagnostiqué en particulier par la Dresse F.\_\_\_\_\_, du Département de psychiatrie et de santé mentale de l'Hôpital Z.\_\_\_\_\_ de X.\_\_\_\_\_, qui fait état, dans son rapport du 15 septembre 2005, de troubles de l'humeur modérés, n'est pas de nature à modifier ce constat. En effet, selon la Dresse F.\_\_\_\_\_, qui toutefois réserve son pronostic, l'assuré est sous traitement et l'évolution de son état est favorable. En outre, si le médecin fait effectivement état d'une diminution manifeste de l'efficacité au niveau personnel et professionnel, liée aux troubles de l'humeur, elle ne la décrit pas plus avant et n'en précise pas les conséquences sur la capacité de travail du recourant, ni ne se prononce sur une possible activité adaptée. Enfin, bien que d'autres médecins rapportent ce syndrome dépressif, aucun ne fait état d'une limitation de la capacité de travail en raison de ce trouble, le Dr H.\_\_\_\_\_, qui l'a d'ailleurs retenu parmi les diagnostics qu'il a posés, ayant précisé qu'il ne justifiait pas une telle limitation. Dès lors, aucun élément au dossier ne permet de considérer que le syndrome dépressif dont souffre le recourant restreindrait sa capacité de travail dans une activité adaptée, les documents à disposition étant par ailleurs suffisamment clairs et concordants pour ne pas rendre nécessaires des examens complémentaires. En conséquence, l'autorité de céans ne voit pas en quoi la capacité de travail du recourant serait empêchée ou réduite s'agissant d'activités adaptées telles que les propose le Dr H.\_\_\_\_\_ qui tiennent compte des restrictions induites par les atteintes à la santé de l'assuré. De surcroît, il sied de noter 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 et les réf. citées).

## **E. 10**

Cela étant, il s'agit de déterminer la perte de gain que subirait le recourant dans l'exercice d'une activité médicalement exigible. A cet égard, il convient de rappeler que l'assuré a exercé en Suisse, jusqu'en 1991, puis en Espagne, jusqu'au 1er janvier 1999, l'activité de maçon.

### **E. 10.1**

L'invalidité, notion juridico-économique et non médicale, est évaluée, chez les assurés actifs, en comparant le revenu que l'intéressé pourrait obtenir en exerçant une activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui sur un marché du travail équilibré (revenu d'invalidé) 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 2003 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).

#### **E. 10.1.1**

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'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 134 V 64 consid. 4.2.1, ATF 110 V 273 consid. 4b). 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 (Pratique VSI 6/1998 p. 296 consid. 3b et les réf. citées). S'il est vrai que des facteurs tels que l'âge, le manque de formation ou les difficultés linguistiques jouent un rôle non négligeable pour déterminer dans un cas concret les activités que l'on peut encore raisonnablement exiger d'un assuré, ils ne constituent pas des circonstances supplémentaires qui, à part le caractère raisonnablement exigible d'une activité, sont susceptibles d'influencer l'étendue de l'invalidité, même s'ils rendent parfois difficile, voire impossible la recherche d'une place et, partant, l'utilisation de la capacité de travail résiduelle (Pratique VSI 6/1999 p. 247 consid. 1 et les réf. citées; arrêt du Tribunal fédéral I 175/04 du 28 janvier 2005 consid. 3).

#### **E. 10.1.2**

Le gain d'invalide est une donnée théorique, même s'il est évalué sur la base de statistiques. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé après la survenance de l'atteinte à la santé, la jurisprudence admet le recours aux données statistiques suisses telles qu'elles ressortent de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), publiée par l'Office fédéral de la statistique (OFS), qui enregistre les salaires individuels des travailleurs et englobe aussi les personnes travaillant à temps partiel et les cadres à tous les échelons (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 consid. 6).

#### **E. 10.1.3**

Le revenu sans invalidité se détermine, quant à lui, en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce que l'assuré aurait effectivement réalisé au moment déterminant s'il était en bonne santé (ATF 129 V 222 consid. 4.3.1 et les réf. citées). A ce titre, il convient en général de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé. Or, l'autorité inférieure s'est référée, dans son calcul, également aux données statistiques de l'ESS, ce qui n'est pas critiquable, le dossier ne contenant pas d'éléments qui permettraient de déterminer quel aurait pu être le salaire de l'assuré. En effet, le questionnaire pour l'employeur n'a pas été rempli par le dernier employeur du recourant; quant à ce dernier, il indique, dans le questionnaire à l'assuré, un salaire de EUR 310.- par mois pour une durée de travail de 9 heures par jour, ce qui paraît peu vraisemblable. En outre, il convient de souligner que l'important 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 (ATF 110 V 273 consid. 4b; arrêt du Tribunal fédéral I 383/06 du 5 avril 2007 consid. 4.4) et à une même année de référence. Dès lors, il

se justifie de se fier aux données statistiques de l'ESS, comme la jurisprudence l'a admis et comme l'autorité inférieure l'a fait.

### **E. 10.2.1**

Pour effectuer la comparaison des revenus, il convient de se fonder sur la valeur médiane des salaires bruts standardisés, qui est généralement moins élevée que la valeur arithmétique et relativement solide par rapport à la moyenne incluant des valeurs extrêmes. Ainsi, s'agissant de déterminer quel serait, sur le marché suisse, le salaire statistique mensuel moyen du recourant dans son activité habituelle, sans invalidité, on retient, à l'instar de l'autorité inférieure, en se fondant sur le tableau relatif aux salaires bruts standardisés de l'ESS 2004 (TA 1), un montant de Fr. 4'829.-, correspondant au revenu d'un homme de niveau de qualification 4, soit effectuant des activités simples et répétitives, dans le domaine de la construction. Les salaires bruts standardisés se basant sur un horaire de travail hebdomadaire de 40 heures, il convient encore d'adapter le salaire de Fr. 4'829.- à la durée moyenne usuelle de l'horaire de travail dans le domaine de la construction en 2004 en Suisse, qui est de 41.7 heures par semaine (la Vie économique, 12-2008, B9.2, p. 94). On obtient ainsi un revenu sans invalidité de Fr. 5'034.23.

### **E. 10.2.2**

En ce qui concerne le revenu d'invalidé du recourant, il a été admis qu'une activité adaptée, légère à moyennement lourde, était exigible à plein temps, pour autant qu'elle n'exige pas, en particulier, le port de charges pouvant causer une surcharge au niveau de la colonne vertébrale, notamment lombaire. Le revenu d'invalidé tiré des données statistiques doit donc tenir compte d'un large éventail d'activités légères à moyennement lourdes existant sur le marché du travail. En l'occurrence, un nombre suffisant d'activités, parmi celles envisagées par le service médical de l'OAIE (ouvrier non qualifié, manoeuvre dans une usine, une fabrique ou dans le domaine de la production en général, concierge, gardien d'immeuble ou de chantier, magasinier ou gestionnaire de stocks), peut être exercé sans efforts moyennement importants et tiennent ainsi compte des limitations fonctionnelles du recourant. Au surplus, ce qui importe lors de l'évaluation du salaire auquel peut prétendre le recourant est avant tout la branche économique retenue. Il s'agit donc d'activités légères à moyennement lourdes, comparables à celles d'un salarié avec des activités simples et répétitives (niveau de qualification 4) dans les domaines suivants: commerce de gros, dont le revenu mensuel moyen standardisé 2004 en Suisse est de Fr. 4'672.-, pour 40 heures hebdomadaires; industrie du cuir et de la chaussure, dont le revenu mensuel moyen standardisé 2004 en Suisse est de Fr. 4'121.-, pour 40 heures hebdomadaires; services collectifs et personnels, dont le revenu mensuel moyen standardisé 2004 en Suisse est de Fr. 4'181.-, pour 40 heures hebdomadaires. La moyenne de ces revenus, à savoir Fr. 4'324.67, adaptée à l'horaire hebdomadaire usuel moyen en Suisse, en 2004, soit 41.6 heures (la Vie économique, 12-2008, B9.2, p. 94), correspond à Fr. 4'497.66. Par souci de complétude, il sied de noter que le revenu d'invalidé de Fr. 4'497.66 est quasiment identique à celui obtenu (Fr. 4'499.08) lorsqu'on adapte chacun des revenus mensuels standardisés susmentionnés à l'horaire hebdomadaire usuel, en 2004, dans le domaine concerné (commerce: 41.9 heures par semaine; industries manufacturières: 41.2 heures par semaine; services collectifs et personnels: 41.7 heures par semaine) et que l'on détermine ensuite le salaire de référence moyen, correspondant à la moyenne des trois revenus obtenus (Fr. 4'893.92; Fr. 4'244.63; Fr. 4'358.69 respectivement).

### **E. 10.2.3**

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 pas, à ce titre, 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 126 V 75 consid. 6, ATF 123 V 150 consid. 2 et les réf. citées). En l'espèce, à l'exemple de l'OAIE, le Tribunal de céans considère qu'eu égard à la situation professionnelle et personnelle du recourant, en particulier à son âge, un abattement du salaire statistique ne se justifie pas. Dès lors, le revenu mensuel d'invalidé du recourant se monte à Fr. 4'497.66.

### **E. 10.2.4**

La comparaison du revenu sans invalidité de Fr. 5'034.23 au revenu d'invalidé de Fr. 4'497.66 fait apparaître un préjudice économique de 10.66%, arrondi à 11% (ATF 130 V 121 consid. 3). Le taux d'invalidité du recourant n'atteint donc pas les 40% nécessaires pour obtenir le droit à une rente. Par voie de conséquence, le recours du 18 janvier 2007 doit être rejeté et la décision du 22 novembre 2006 confirmée.

### **E. 11**

Vu l'issue du litige, le recourant, qui succombe, devrait s'acquitter des frais de justice, conformément à l'art. 63 al. 1 PA. Toutefois, compte tenu du courrier du 27 juillet 2007 par lequel le Tribunal de céans a renoncé, bien que provisoirement, à percevoir des frais de procédure, le recourant ayant ensuite indiqué qu'il maintenait son recours, il ne paraît pas équitable de mettre à présent de tels frais à la charge de la partie recourante. A titre exceptionnel, ils sont donc entièrement remis (art. 63 al. 1 PA dernière phrase, art. 6 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]). Partant, la demande d'assistance judiciaire du 12 juillet 2007 est sans objet. En outre, il n'est pas alloué de dépens (art. 64 al. 1 PA, art. 7 al. 1 et al. 3 FITAF).

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