



---

Cour III  
C-6976/2008  
{T 0/2}

## Arrêt du 22 avril 2010

---

Composition

Vito Valenti (président du collège), Madeleine Hirsig et  
Francesco Parrino, juges,  
Yannick Antoniazza-Hafner, greffier.

---

Parties

**A.** \_\_\_\_\_,  
représenté par Bergantiños Convenios Internacionales,  
Marcelino Freire Nión, c/ Barcelona 22-24, Entresuelo,  
ES-15100 Carballo,  
recourant,

contre

**Office de l'assurance-invalidité pour les assurés  
résidant à l'étranger (OAIE),**  
avenue Edmond-Vaucher 18, case postale 3100,  
1211 Genève 2,  
autorité inférieure.

---

Objet

Assurance-invalidité (décision du 17 septembre 2008).

**Faits :****A.**

Le recourant A.\_\_\_\_\_, ressortissant espagnol né le [...] 1953 a travaillé en Suisse pendant plusieurs périodes d'assurances entre 1971 à 1988 dans la construction (pces 4 p. 2; 50 p. 14; 61). De retour en Espagne, il a exercé la profession de maçon à plein temps jusqu'au 12 décembre 2003 (pce 2 p. 2 n° 7.4; 19 p. 2 n° 3.4.4; 50 p. 14). Il a dès lors cessé d'exercer toute activité pour des raisons de santé (pce 8 p. 2 n° 5a). A partir de juillet 2005, les institutions de sécurité sociale espagnoles lui ont reconnu le droit de recevoir une rente d'invalidité (pces 2 p. 3; 9 p. 4). En date du 11 juin 2005, il a présenté une demande de prestations auprès de l'Instituto Nacional de seguridad Social (INSS; pce 2 p. 4), lequel a transmis la requête à l'Office de l'assurance-invalidité pour les personnes résidant à l'étranger (OAIE).

**B.**

Lors de la procédure d'examen de la demande, l'OAIE verse notamment les pièces suivantes au dossier:

- des rapports médicaux des 28 janvier 2004 (pce 14), 9 septembre 2004 (pce 16), 24 mai 2005 (pce 18);
- un rapport médical E 213 du 11 juillet 2005 (pce 19) faisant part d'une discectomie antérieure C6-C7 et arthrodèse intersomatique effectuée en janvier 2004 pour cause de hernie discale C6-C7 à droite; selon ce rapport l'assuré n'est plus en mesure d'accomplir son ancienne profession de maçon mais peut exercer à plein temps un travail de substitution mi-lourd;
- des rapport médicaux des 16 août et 23 août 2005 (pces 20 et 21);
- un questionnaire à l'assuré et un questionnaire pour indépendant datés du 10 décembre 2005 dans lesquels l'intéressé indique qu'il a travaillé à son compte à plein temps en qualité de maçon jusqu'à décembre 2003 pour un revenu mensuel de EUR 661.11 (pces 8 et 9).

**C.**

L'OAIE soumet cette documentation à l'appréciation de son service

médical. Dans un rapport du 17 avril 2006 (pce 24), le Dr B.\_\_\_\_\_ pose les diagnostics avec répercussion sur la capacité de travail de

- discectomie antérieure et arthrolyse C6/7 effectuée le 23 janvier 2004 avec mise en place d'une cage en titane pour cause de hernie discale C6/7 à droite;
  - symptomatique depuis 2002;
  - suite à l'opération, persistance de limitations des mouvements, douleurs au cou, vertige, trouble de la sensibilité persistant de la main droite dans le domaine C6/7;
- déficit de l'ouïe (à gauche plus qu'à droite)
  - symptomatique depuis 1989;
  - tinnitus à gauche; status après un épisode de vertige en 2002;
  - appareil auditif à gauche

et les diagnostics sans répercussion sur la capacité de travail de:

- status après meniscectomie à gauche en 2002;
- contracture de Dupuytren aux 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> doigts de la main droite;
- status après une opération Ulcus duodeni en 1979.

Le médecin de l'Office retient que, médicalement, les troubles de la colonne vertébrale limitent sensiblement la capacité de travail de l'assuré dans des travaux lourds (70% d'incapacité de travail) mais que par contre, dès le 12 décembre 2003, des travaux légers sont exigibles de la part de l'assuré à plein temps. Il cite à titre d'exemple les travaux et professions suivantes (pce 23 p. 2): "concierges/gardien d'immeuble/de chantier; surveillant de parking/musée, magasinier/gestion des stocks; vendeur en général (magasin, grande surface, kiosque, shop-station-service); réparation de petits appareils/articles domestiques; caissier; vendeur de billet."

#### **D.**

Dans un courrier du 30 juin 2006, le recourant, représenté par Bergantiños Convenios Internacionales, signale qu'il doit porter un corset pour des raisons médicales et verse au dossier des photos y relatives (pces 25-26).

#### **E.**

**E.a** Par acte du 7 juillet 2006 (pce 27), l'OAIE effectue une évaluation de l'invalidité de l'intéressé en s'appuyant sur l'enquête de l'Office fédéral de la statistique portant sur la structure des salaires suisses en 2004, tableau TA1 (cf. <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/04.html>; ATF 129 V 472 consid. 4.2.1). Il prend comme

référence sans invalidité le salaire mensuel moyen d'un salarié avec des connaissances spécialisées soit Fr. 5'358.- pour 40 h./sem. et Fr. 5'586.- pour 41.7 h./sem. (temps de travail selon l'Office fédéral de la statistique). Afin de tenir compte de la longue expérience de l'assuré dans son domaine de compétence et du fait qu'il exerçait à titre indépendant, il ajoute 10% au salaire statistique, ce qui donne un salaire de valide de Fr. 6'145.- (110% de Fr. 5'586.-).

**E.b** S'agissant du salaire de comparaison avec invalidité, l'OAIE remarque que les activités de substitution proposées par le Dr B. \_\_\_\_\_ sont comparables à des activités simples et répétitives dans les secteurs « commerce de gros; intermédiaire du commerce » (Fr. 4'672.-), « commerce de détail; réparation d'articles domestiques » (Fr. 4'280.-), « Autres services collectifs et personnels » (Fr. 4'181.-) soit une moyenne de Fr. 4'378.- pour 40 h./sem. et de Fr. 4'553.- pour 41.6 h./sem. (temps de travail selon l'Office fédéral de la statistique). Ce dernier montant est ensuite réduit de 15% (85% de 4'553 = Fr. 3'870.-), afin de tenir compte des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier.

**E.c** Partant, l'office compare un salaire mensuel sans invalidité de Fr. 6'145 à un salaire avec invalidité de Fr. 3'870. L'intéressé subit ainsi une perte de gain de 37.02% ( $\frac{6'145 - 3'870}{6'145} \times 100$ ).

## F.

**F.a** Par projet de décision du 19 juillet 2006 (pce 28), l'OAIE informe l'intéressé qu'il entend rejeter sa demande de prestations. Selon lui, il ressort du dossier qu'il n'y a pas une incapacité permanente de gain, ni une incapacité de travail moyenne suffisante, pendant une année, au sens des dispositions applicables en la matière. Il relève que la dernière activité exercée n'est certes plus exigible de sa part mais que, en revanche, il est en mesure d'accomplir d'autres activités plus légères, mieux adaptées à son état de santé dans une mesure suffisante pour exclure le droit à une rente. Il souligne qu'il est sans importance pour l'évaluation du degré d'invalidité qu'une activité raisonnablement exigible soit effectivement exercée ou non. Il accorde à l'assuré un délai de 30 jours dès réception dudit acte pour prendre position en la matière.

**F.b** Par acte daté du 1<sup>er</sup> septembre 2006 (pce 31), l'assuré fait part de son désaccord quant au projet de décision du 19 juillet 2006. Faisant

valoir ses affections, il allègue avoir subi une incapacité de travail pendant plus d'une année et conclut à l'octroi d'une rente d'invalidité entière. Il produit un certificat médical du 8 août 2006 portant sur des mises en arrêt du travail pour raisons médicales.

**F.c** L'OAIE transmet le dossier à son service médical pour prise de position. Dans un rapport du 25 octobre 2006 (pce 33), le Dr B.\_\_\_\_\_ ne décèle aucun motif de revenir sur ses conclusions antérieures.

**F.d** Par décision du 7 novembre 2006 (pces 34), l'autorité inférieure rejette la demande de prestations de l'assuré en reprenant la motivation du projet de décision.

**F.e** L'assuré défère cette décision devant le Tribunal administratif fédéral par acte daté du 21 décembre 2006 (pce 36). Il joint à son recours des certificats médicaux des 24 novembre 2006 (pce 35), 20 décembre 2006 (pce 37 p. 3) et 21 décembre 2006 (pce 36).

**F.f** Invitée à se déterminer sur le recours par le Tribunal de céans, l'autorité inférieure transmet le dossier à son service médical pour prise de position. Dans un rapport du 17 février 2007 (pce 38), le Dr B.\_\_\_\_\_ met en avant des divergences dans la documentation médicale et propose pour cette raison la mise en oeuvre d'une expertise pluridisciplinaire avec un volet neurologique, orthopédique et otorhinologique.

**F.g** Par jugement du 26 juin 2007 (pce 39), le Tribunal administratif fédéral annule la décision du 7 novembre 2006 et renvoie la cause à l'administration afin qu'elle reprenne l'instruction et prenne une nouvelle décision.

## **G.**

L'administration met en oeuvre la réalisation d'une expertise auprès du Centre d'expertises médicales (CEMed) à C.\_\_\_\_\_ (pce 41). L'assuré est examiné dans cet établissement du 23 et 24 janvier 2008 par les Drs D.\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en rhumatologie, E.\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en psychiatrie-psychothérapie et F.\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en neurologie. Les experts posent les diagnostics suivants:

- status après cure de hernie discale C6-C7 avec pose d'une cage, le 23 janvier 2004,

- cervico-lombalgies et troubles sensitivo-moteurs des quatre extrémités sans substrat somatique objectivable,
- déficit cochléo-vestibulaire,
- maladie de Dupuytren des 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> rayons de la main droite,
- troubles statiques modérés du rachis,
- status après fracture de la vertèbre L1 en 2005,
- hypercholestérolémie,
- dysthymie (F34.1) depuis décembre 2003,
- majoration de symptômes physiques pour des raisons psychologiques (F68.0), de début indéterminé (expertise datée du 7 avril 2008 [pce 50]).

Ils concluent que l'assuré ne peut plus exercer sa profession habituelle mais que par contre, dans une activité adaptée à ses handicaps, à savoir une activité légère, ne nécessitant pas le port régulier de charges lourdes (15 kilos et plus) et autorisant des changements relativement fréquents de position, tenant compte des limitations de l'hypoacousie empêchant les métiers nécessitant un contact (par exemple la vente, les services) et les limitations vestibulaires empêchant de monter sur des échelles, échafaudages ou autres plans instables, la capacité de travail résiduelle est complète avec un rendement normal (pce 50 p. 33).

## H.

Par la suite, le dossier est complété avec les documents suivants:

- une prise de position du Dr B. \_\_\_\_\_ du 4 mai 2008 (pce 53); prenant à son compte les conclusions des experts du CEMed, ce médecin précise que les pauses nécessaires à l'assuré restent dans le cadre normal, qu'il n'est pas limité quant à la marche, qu'il doit éviter des nuisances telles que le bruit, le froid, l'humidité et les intempéries et que sa résistance au stress est intacte; prenant en compte les résultats de l'expertise, il établit une nouvelle liste (non exhaustive) des travaux encore exigibles de la part de l'assuré; celle-ci mentionne les activités respectivement professions suivantes: "ouvrier non qualifié/manoeuvre dans une usine/fabrique/production en général; concierge/gardien d'immeuble/de chantier; magasinier/gestion des stocks; réparation de petits appareils/articles domestiques; distribution de courrier interne, commissionnaire";

- un questionnaire à l'assuré daté du 8 mai 2008 dans lequel l'intéressé indique qu'il ne travaille plus depuis décembre 2003 (pce 54);
- une note interne du 5 juin 2008 demandant à ce qu'une nouvelle évaluation de l'invalidité soit réalisée en tenant compte de la prise de position du Dr B. \_\_\_\_\_ du 4 mai 2008 (pce 55).

#### I.

Par acte du 12 juin 2008 (pce 56), l'OAIE procède à une nouvelle évaluation de l'invalidité en se basant cette fois-ci sur les données de l'enquête suisse sur la structure des salaires en 2006. Le salaire sans invalidité est calculé de la même manière que lors de l'évaluation précédente (cf. supra consid. E.a), à savoir Fr. 5'422.- pour 40 h./sem. et Fr. 5'652.44 pour 41.7 h./sem. Ce dernier montant est encore augmenté de 10% (110% de 5'652.44 = 6'217.68). S'agissant du salaire de comparaison avec invalidité, l'OAIE remarque que, selon les dernières indications données par le Dr B. \_\_\_\_\_, les activités de substitution exigibles sont comparables à des activités simples et répétitives dans les secteurs « production » (Fr. 5'012.- pour 40 h./sem.), « commerce de gros; intermédiaire du commerce » (Fr. 4'792.-), « commerce de détail; réparation d'articles domestiques » (Fr. 4'383.-), « Informatique; recherche et développement, services fournis aux entreprises » (Fr. 4'563.-), « Autres services collectifs et personnels » (Fr. 4'259.-) soit une moyenne de Fr. 4'601.80.- pour 40 h./sem. et de Fr. 4'797.38.- pour 41.7 h./sem. (temps de travail selon l'Office fédéral de la statistique). Ce dernier montant est ensuite réduit de 15% (85% de 4'797.38 = Fr. 4'077.77), afin de tenir compte des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier. Partant, l'office compare un salaire mensuel sans invalidité de Fr. 6'217.68 à un salaire avec invalidité de Fr. 4'077.77. L'intéressé subit ainsi une perte de gain de 34.42% ( $\frac{6'217.68 - 4'077.77}{6'217.68} \times 100$ ).

#### J.

**J.a** Par projet de décision du 8 juillet 2008 (pce 57), l'OAIE informe l'intéressé qu'il entend rejeter sa demande de prestations. Selon lui, il existe, à cause de l'atteinte à la santé, une incapacité de travail de 100% dans l'exercice de la dernière activité lucrative. En revanche, l'accomplissement d'une activité plus légère, mieux adaptée à l'état de santé est exigible à 100% avec une perte de gain de 34%, ce qui est

insuffisant pour ouvrir le droit à une rente. L'autorité inférieure accorde à l'assuré un délai de 30 jours dès réception dudit acte pour déposer ses observations en la matière.

**J.b** L'intéressé renonce à se déterminer dans le délai imparti.

**K.**

Par décision du 17 septembre 2008 (pce 58), l'autorité inférieure rejette la demande de prestations de l'assuré en reprenant la motivation du projet de décision.

**L.**

**L.a** Par acte du 31 octobre 2008 (pce TAF 1), l'intéressé informe le Tribunal de céans qu'il a reçu la décision précitée en date du 3 novembre [recte: octobre] 2008 et qu'il entend recourir contre celle-ci.

**L.b** Par décision incidente du 14 novembre 2008 (pce TAF 2), le Tribunal administratif fédéral impartit à l'intéressé un délai jusqu'au 8 décembre 2008 pour régulariser le recours et verser une avance sur les frais présumés de procédure de Fr. 300.-.

**L.c** Par acte du 5 décembre 2008 (pce TAF 3), l'assuré dépose un mémoire de recours à l'encontre de la décision du 17 septembre 2008. Faisant valoir ses affections, il conclut au droit à recevoir une rente d'invalidité et produit un rapport médical du 1<sup>er</sup> décembre 2008. Par ailleurs, le montant requis à titre de l'avance sur les frais de procédure est versé à la Poste suisse en date du 5 décembre 2008 (pces TAF 5 et 6).

**M.**

**M.a** Invité à se déterminer sur le recours, l'autorité inférieure soumet le dossier à son service médical pour prise de position. Dans un rapport du 9 mars 2009 (pce 63), le Dr G.\_\_\_\_\_ relève que la documentation nouvellement produite n'apporte aucun élément susceptible de remettre en cause les conclusions antérieures du service médical de l'OAIE. Il précise que c'est avant tout à cause de ses affections au cou (plus que celles au dos) que l'assuré ne peut rester en position assis ou debout pendant des heures, en particulier en position stationnaire en étant penché en avant. Il s'ensuit qu'une activité de substitution exercée en position uniquement debout à un

établi ou uniquement assise devant un écran resp. un appareil de montage dans une fabrique n'est pas exigible pendant une journée entière. Par ailleurs, à cause de ses déficits de l'ouïe (surdité d'une oreille et déficit de l'ouïe de l'autre), l'assuré ne peut accomplir des activités telles que celles de téléphoniste, service de nuit, contrôle (securitas) ainsi que des transports (personnes et autres). Il souligne toutefois que, en Suisse, l'assuré pourrait encore conduire un véhicule avec un appareil auditif. Il s'ensuit que l'éventail des activités encore exigibles à plein temps de la part de l'assuré se réduit quelque peu mais qu'il reste toutefois un certain nombre de travaux encore adaptés aux affections dont est atteint l'assuré. Il cite à titre d'exemple les activités/profession de "concierge/gardien d'immeuble/de chantier; magasinier/gestion de stocks; vendeur de billets; distribution de courrier interne, commissionnaire."

**M.b** Sur cette base l'autorité inférieure procède à une nouvelle évaluation de l'invalidité par acte du 23 mars 2009 (pce 64). Reprenant les données de l'évaluation précédente (cf. supra let. I), l'OAIE relève que, selon l'avis du Dr G.\_\_\_\_\_, il convient de calculer le salaire d'invalidé sans prendre en compte le revenu moyen dans le secteur "production". Dès lors, la moyenne du salaire avec invalidité se monte à Fr. 4'499.25 pour 40 h./sem. ( $[4'563 + 4'259 + 4'792 + 4'383] : 4$ ) et à Fr. 4'690.47 pour 41.7 h./sem. Ce dernier montant doit encore être réduit de 15% pour prendre en considération une réduction pour motifs personnels et professionnels (85% de 4'690.47 = 3'986.89). Partant, l'office compare un salaire mensuel sans invalidité de Fr. 6'217.68 à un salaire avec invalidité de Fr. 3'986.89. L'intéressé subit ainsi une perte de gain de 35.87% ( $[(6'217.68 - 3'986.89) \times 100] : 6'217.68$ ).

**M.c** Se fondant sur ces investigations complémentaires, l'autorité inférieure, dans son préavis du 23 mars 2009 (pce TAF 11) conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Selon elle, son service médical a constaté que le recourant présente une incapacité de travail de 100% dans son sa profession de maçon mais que, par contre, il est médicalement apte à exercer une activité plus légère comme concierge ou employé à la distribution de courrier interne à plein temps malgré les atteintes à la santé dont il souffre. Cette appréciation correspond par ailleurs aux conclusions de l'expertise du CEMed qui répond aux exigences posées par la jurisprudence en la matière. Dans ce contexte, une comparaison des

revenus fait ainsi apparaître une perte de gain de l'assuré de 36% qui est insuffisante pour ouvrir le droit à une rente. Finalement, l'administration rappelle que, selon un principe général, celui qui demande des prestations d'une assurance sociale est tenu d'entreprendre de son propre chef tout ce qui est en son pouvoir pour mettre à profit sa capacité de travail résiduelle, et contribuer ainsi à diminuer autant que possible les conséquences de son invalidité.

## **N.**

**N.a** Par réplique du 30 avril 2009 (pce TAF 14), l'assuré réitère ses conclusions. Il produit un certificat médical du 1<sup>er</sup> décembre 2008 déjà versé au dossier.

**N.b** Par ordonnance du 8 mai 2009, un double de la réplique est envoyé à l'autorité inférieure pour connaissance.

## **Droit :**

### **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 1<sup>er</sup> 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).

**1.1** Conformément à l'art. 3 let. d<sup>bis</sup> 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 26<sup>bis</sup> et 28 à 70), à moins que la LAI ne déroge à la LPGA.

**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.

**1.3** Déposé en temps utile et dans les formes requises par la loi (art. 60 LPGA et 52 PA), le recours est recevable.

## **2.**

**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 1<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> 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.

**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.

### 3.

**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.

**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 1<sup>er</sup> janvier 2008, en fonction des modifications de la LAI consécutives à la 5<sup>ème</sup> 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 5<sup>ème</sup> révision de la LAI pour la période du 1<sup>er</sup> 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.

**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).

### 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.

## **5.**

**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.

**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>er</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 1<sup>er</sup> juin 2002 s'ils ont leur domicile et leur résidence habituelle dans un Etat membre de l'UE.

**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).

**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'im-potence 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).

## 6.

**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.

**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).

## 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, 2<sup>ème</sup> 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).

## **8.**

**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).

**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).

## **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.

**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).

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

**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).

**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 1<sup>er</sup> décembre 2008 (pce TAF 4, annexe 2).

**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 otorhinolaryngologiques 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.

**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 1<sup>er</sup> 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.

**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).

## **10.**

**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).

**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.

## 11.

**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 1<sup>er</sup> 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).

## **11.2**

**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).

**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).

**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).

**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).

**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% 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% ( $\frac{6'217.68 - 3'986.89}{6'217.68} \times 100$ ). 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'invalidé 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 ( $[(6'408.69 - 4'029.99) \times 100] : 6'408.69 = 37.12\%$ ).

## **12.**

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

## **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)

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 300.-, sont mis à la charge du recourant. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 300.-.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Recommandé avec avis de réception)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. ; Recommandé)
- à l'Office fédéral des assurances sociales.

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

Le greffier :

Vito Valenti

Yannick Antoniazza-Hafner

**Indication des voies de droit :**

Le présent arrêt peut être attaqué devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 44 ss, 82 ss, 90 ss et 100 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition :