

---

Cour III  
C-4480/2009

## Arrêt du 31 janvier 2011

---

Composition

Madeleine Hirsig-Vouilloz (présidente du collège),  
Michael Peterli, Franziska Schneider, juges,  
Margit Martin, greffière.

---

Parties

L. \_\_\_\_\_, avenida \_\_\_\_\_, ES-\_\_\_\_\_,  
représenté par Maître José Nogueira Esmorís, Cuesta de la  
Palloza, 1-3° Derecha, Apartamento 2, ES-15006 A Coruña,  
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 28 mai 2009).

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

Le ressortissant espagnol L.\_\_\_\_\_, né en 1952, marié, a séjourné et travaillé en Suisse de 1972 à 1998 et a acquitté, durant les périodes d'activité, des cotisations obligatoires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (AVS/AI, pce 5). En date du 8 juillet 2008, l'organe de liaison de la sécurité sociale espagnole (Instituto nacional de la seguridad social [INSS]), A Coruña, a transmis à l'autorité compétente en Suisse (Caisse suisse de compensation [CSC]) une demande de rente d'invalidité (E 204) présentée le 26 mai 2008 (pces 1 et 4). Il résulte du formulaire ad hoc que l'assuré perçoit des prestations de l'assurance maladie depuis le 15 décembre 2004. Selon le formulaire E 205, il a enregistré des périodes d'assurances comme salarié en Espagne entre 2001 et 2004 d'un total de 602 jours (pce 2).

**B.**

Dans le cadre de la procédure d'instruction de la demande, l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE) a notamment versé au dossier les pièces suivantes:

- un questionnaire pour l'employeur rempli le 29 septembre 2008 par le dernier employeur du requérant en Espagne, soit l'entreprise générale B.\_\_\_\_\_ S.L., à Z.\_\_\_\_\_, duquel il appert que L.\_\_\_\_\_ a été engagé comme manœuvre à partir du 15 juillet 2003 jusqu'au 31 mai 2004 (fin des travaux) pour un salaire mensuel brut de 1'001,24 € (12'014,88 € par an) et qu'il a effectivement cessé son activité à la suite d'un accident de travail survenu le 15 mars 2004; selon les indications de l'ancien employeur, sans problèmes de santé l'intéressé pourrait atteindre actuellement un salaire mensuel de 1'241,26 €, soit 14'912,83 € par an (pce 11),
- un questionnaire rempli le 3 novembre 2008, dans lequel l'assuré indique avoir été en arrêt de travail à partir du 15 mars 2004 pour les suites de l'accident de travail et avoir passé à un état d'invalidité permanente dès le 15 décembre 2004; il affirme avoir toujours travaillé à temps complet tant en Espagne qu'en Suisse (pce 13),
- un envoi de l'organe de liaison espagnol du 17 novembre 2008 contenant en particulier le rapport de l'unité d'évaluation des incapacités du 15 décembre 2004, une décision de l'INSS A Coruña du 16 décembre 2004 reconnaissant une incapacité permanente totale dans la profession habituelle de manœuvre de chantier et

accordant la prestation correspondante, ainsi qu'une convocation du 10 juin 2008 à une expertise médicale (pce 14),

- le rapport d'une expertise médicale du 5 septembre 2003, complété par des examens spécifiques tels une audiométrie, des tests de la vision et de la fonction respiratoire, ainsi que des analyses de laboratoire (pce 15),
- un rapport médical établi le 6 octobre 2004 par la Dresse C.\_\_\_\_\_, Mutual Cyclops, ainsi que le rapport relatif à l'arrêt de travail temporaire du 15 novembre 2004 (pces 16 et 17),
- un rapport médical de synthèse du 13 décembre 2004 (pce 18),
- un rapport médical détaillé (E 213) du 4 juillet 2008, établi par la Dresse P.\_\_\_\_\_, médecin inspecteur de l'INSS A Coruña, qui retient le diagnostic de fracture par éclatement du calcanéum gauche, un tassement vertébral en L1, supérieur à 50%, sans affection neurologique ni affection du mur postérieur, et admet des déficits fonctionnels importants dans la dernière activité d'ouvrier du bâtiment; elle considère en revanche qu'une activité adaptée légère peut être exercée de manière régulière à temps complet, à condition de pouvoir changer de posture (pce 20).

Dans sa prise de position du 25 décembre 2008, le Dr H.\_\_\_\_\_, service médical de l'OAIE, a retenu que l'assuré a développé une ankylose sous astragaliennne suite à la fracture du calcanéum, qu'il présente des douleurs dorsales et se sert d'une canne pour se déplacer. Le médecin conclut dès lors que des activités de substitution légères à moyennes, en position assise et occasionnellement debout, sont exigibles à temps plein (pce 22). Se fondant sur l'appréciation de son service médical, l'OAIE a procédé à l'évaluation de l'invalidité en application de la méthode générale et a constaté que l'assuré subit du fait de son atteinte à la santé une diminution de sa capacité de gain de 22% (pce 23). En date du 2 février 2009, l'OAIE a fait parvenir à l'assuré un projet de décision l'informant que sa demande de prestations devrait être rejetée au motif que, bien qu'il existe une incapacité de travail de 100% dans la dernière activité, l'exercice d'une activité lucrative plus légère, mieux adaptée à l'état de santé, en position de travail alternée et sans port de charges de plus de 10-15 kg, est exigible à 100% avec une perte de gain de 22 %, taux insuffisant pour ouvrir le droit à une rente (pce 24). Dans le cadre de la procédure d'audition, l'assuré, par l'intermédiaire de son conseil, réfute les conclusions de l'autorité inférieure et demande à être mis au bénéfice d'une rente entière d'invalidité ou, subsidiairement, d'un trois-quarts de rente, d'une demi-rente ou d'un quart de rente d'invalidité (pces 25 et 30). L'OAIE, le 28 mai 2009, a rendu une décision de rejet de prestations conformément à son projet (pce 31).

**C.**

Par acte du 22 juin 2009, L. \_\_\_\_\_, par son conseil, a formé recours contre la décision de rejet devant le Tribunal administratif fédéral (TAF), demandant l'octroi d'une rente d'invalidité pour un degré d'invalidité de 70% au moins. Il allègue notamment ne pas être en mesure d'exercer une activité, aussi légère qu'elle soit, même en position assise.

**D.**

Invité par ordonnance de l'autorité de céans du 15 juillet 2009 à déposer sa réponse et à produire le dossier complet de la cause, l'autorité inférieure, dans sa prise de position du 9 septembre 2009, propose le rejet du recours et la confirmation de la décision attaquée avec des motifs qui seront repris, si nécessaire, dans les considérants du présent arrêt.

Par décision incidente du 14 septembre 2009, l'autorité de céans a transmis un double de la réponse de l'autorité inférieure au recourant, l'invitant à déposer une réplique et à payer une avance de Fr. 300.- sur les frais de procédure présumés. Le recourant s'est acquitté du montant requis dans le délai imparti.

**Droit :****1.**

**1.1.** 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), l'autorité de céans, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'OAIE concernant l'assurance-invalidité peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 69 al. 1 let. b de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20), celui-ci étant dès lors compétent pour connaître de la présente cause.

**1.2.** En vertu de 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), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, est applicable. L'art. 1 al. 1 LAI dispose que 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.

**1.3.** Le requérant a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure; il est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 PA, cf. art. 59 LPGA). Il est, partant, légitimé à recourir. Dans la mesure où le recours a été introduit dans le délai et la forme prescrits (art. 60 LPGA et 52 PA), il est entré en matière sur le fond du recours.

## **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.

**2.3.** De jurisprudence constante l'octroi d'une rente étrangère d'invalidité ne préjuge pas l'appréciation de l'invalidité selon la loi suisse (ATFA cause I 435/02 consid. 2 du 4 février 2003; Revue à l'intention des caisses de compensation (RCC) 1989 p. 330). Même après l'entrée en vigueur de l'ALCP, le degré d'invalidité d'un assuré qui prétend une rente de l'assurance-invalidité suisse est déterminé exclusivement d'après le droit suisse (ATF 130 V 257 consid. 2.4).

### **3.**

La LPGA est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-invalidité. Selon l'art. 2 LPGA (également dans sa teneur en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2008), les dispositions de la présente loi sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale, si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient.

L'examen du droit à des prestations selon la LAI est régi par la teneur de la LAI au moment de la décision entreprise eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 131 V 9 consid. 1, 130 V 445 consid. 1.2 et réf. cit.). En l'espèce, les dispositions de la 5<sup>ème</sup> révision de la LAI entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008 sont applicables et les dispositions ci-après sont, sauf précision contraire, celles en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2008.

### **4.**

Le recourant a présenté sa demande de rente le 26 mai 2008. Selon les normes en vigueur au moment du dépôt de la demande, l'assuré a droit à une rente aux conditions suivantes:

- s'il est invalide au sens de la LPGA/LAI et
- s'il compte trois années au moins de cotisations (art. 36 LAI dans sa nouvelle teneur modifiée le 6 octobre 2006); dans ce cadre, les cotisations versées à une assurance sociale assimilée d'un Etat membre de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre échange (AELE) peuvent également être prises en considération, à condition qu'une année au moins de cotisations peut être comptabilisée en Suisse (FF 2005 p. 4065; art. 45 du règlement 1408/71).

En l'occurrence, le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus de trois années au total (cf. pce 5) et remplit, partant, la condition de la durée minimale de cotisations. Il reste dès lors à examiner s'il est invalide au sens de la LAI.

## **5.**

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

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 de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (art. 6 LPGA). L'incapacité de gain est définie à l'art. 7 LPGA et consiste dans toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré, sur un marché de travail équilibré 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. Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable (art. 7 al. 2 LPGA dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008).

**5.2.** L'assuré a droit à une rente si sa capacité de gain ou sa capacité d'accomplir ses travaux habituels ne peut pas être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles (art. 28 al. 1 let. a LAI), s'il a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGA) d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable et si au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40% au moins. La rente est échelonnée selon le taux d'invalidité à un quart de rente si l'assuré 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. 2 LAI). Suite à

l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002 de l'ALCP, la restriction prévue à l'art. 28 al. 1<sup>er</sup> 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 LPGGA) – n'est plus applicable lorsque l'assuré est citoyen suisse ou ressortissant de l'UE et réside dans un Etat membre dans le sens de cet Accord (ATF 130 V 253 consid. 3.1).

**5.3.** En vertu de l'art. 29 al. 1 LAI, le droit à la rente prend naissance au plus tôt à l'échéance d'une période de six mois à compter de la date à laquelle l'assuré a fait valoir son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGGA.

## **6.**

**6.1.** Le recourant a travaillé en Suisse entre 1972 et 1998 auprès de plusieurs employeurs dans divers secteurs d'activités, en particulier dans la construction ainsi que dans une fabrique de cartons (cf. pces 18 et 20). De retour en Espagne, il a été engagé en dernier lieu du 15 juillet 2003 au 31 mai 2004 en qualité d'ouvrier du bâtiment auprès de l'entreprise "Construcciones B.\_\_\_\_\_, S.L., à Z.\_\_\_\_\_. A la suite d'un accident de chantier survenu le 15 mars 2004, il a cessé de travailler et n'a plus repris d'activité depuis lors.

Or, la notion d'invalidité, dont il est question à l'art. 8 LPGGA 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 uniquement 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 275 consid. 4). A cet égard, il convient toutefois de relever que le Tribunal fédéral a 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 261 consid. 4, 115 V consid. 2, 114 V 314 consid. 3c, 105 V 158 consid. 1; RCC 1991 p. 331 consid. 1c).

Selon l'art. 16 LPGGA, applicable par le renvoi de l'art. 28a al. 1 LAI, 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 être raisonnablement exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché de travail équilibré.

**6.2.** En l'espèce, il est établi que le recourant présente une ankylose sous astragaliennne suite à une fracture du calcanéum ainsi que des douleurs dorsales en raison d'une fracture/tassement vertébral en L1 et du mur postérieur, sans affection neurologique. Quant à l'influence de ces atteintes sur la capacité de travail résiduelle de l'assuré, l'autorité de céans n'a pas de motifs de s'écarter des conclusions concordantes du médecin inspecteur de la sécurité sociale espagnole et du service médical de l'autorité inférieure, fondées sur une analyse attentive des données médicales et résultats d'examen objectifs au dossier. Ainsi selon le rapport E 213, l'assuré n'est suivi que par le médecin de premier recours et n'a besoin actuellement d'aucun traitement pharmacologique. Ne présentant aucune autre pathologie ou limitation que celle découlant des suites de l'accident de chantier mentionné, il souffre d'une mobilité réduite à plus de 50% de la cheville gauche ainsi que d'une légère atrophie du mollet et se sert d'une canne pour se déplacer. Il ne présente toutefois ni œdème ni inflammation. Quant à l'atteinte de la colonne lombaire, le rapport E 213 mentionne, bien que le Lasègue s'est révélé négatif, une limitation supérieure à 50% et des douleurs interférant sur le repos nocturne. Le médecin inspecteur de la sécurité sociale espagnole a noté que l'assuré a bénéficié d'un traitement conservateur de la lésion lombaire et d'un traitement chirurgical de la fracture sous astragaliennne et a retenu une incapacité de travail totale dans la dernière activité d'ouvrier du bâtiment. En revanche, il l'a déclaré apte à exercer à temps complet une activité légère et adaptée, autorisant en particulier des changements de posture. Le service médical de l'OAIE, de son côté, a précisé que le recourant présente effectivement une incapacité de travail de 100% dans l'activité de maçon à partir du 15 mars 2004. Il est toutefois d'avis que l'intéressé pourrait exercer des activités de substitution légères à moyennes en position assise et, par intermittence, debout à 100%, telles que magasinier, vendeur, caissier, la réparation de petits appareils, l'accueil et la réception. Force est dès lors de constater que de manière unanime, l'assuré est considéré apte du point de vue médical à investir sa capacité résiduelle de travail dans une activité correspondant à son état de santé. Attendu qu'aucune péjoration de la pathologie existante ou la survenance de nouvelles atteintes n'a été documentée jusqu'à la date de la décision litigieuse du 28 mai 2009, ni même au cours de la procédure de recours devant l'autorité de céans, il convient d'admettre en accord

avec les médecins que les limitations fonctionnelles constatées sont tout à fait compatibles avec l'exercice d'une activité de substitution adaptée telle que proposées à temps complet.

**6.3.** Dans ce contexte, il est utile de rappeler que, selon un principe général valable en assurances sociales, tout invalide qui demande des prestations de cette assurance 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 avec les références). Le fait que l'assuré n'ait pas mis en valeur sa capacité résiduelle de travail pour des raisons étrangères à l'invalidité ne relève pas de l'assurance-invalidité, car il s'agit là de facteurs qui ne sont pas liés à l'invalidité et que l'AI n'est pas tenue de prendre en charge (RCC 1991 p. 329 consid. 3c). En effet, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'invalidité d'un assuré, il n'y a pas lieu d'examiner si celui-ci peut être placé eu égard aux conditions concrètes du marché du travail, mais uniquement de se demander s'il pouvait encore exploiter sa capacité de travail lorsque les places de travail disponibles correspondent à l'offre de la main d'œuvre (VSI 1998 p. 296 consid. 3B et réf. cit.). De même, des facteurs tels que la formation professionnelle, l'âge ou un arrêt de travail prolongé, ne constituent pas des circonstances supplémentaires propres à influencer l'étendue de l'invalidité, même s'ils rendent parfois difficile la recherche d'une place et, partant, l'utilisation de la capacité de travail résiduelle (VSI 1999 p. 247 consid. 1 et réf. cit.).

**6.4.** Pour déterminer le revenu que l'on peut encore raisonnablement attendre d'un assuré en dépit de son atteinte à la santé, la jurisprudence admet la possibilité de se référer à des salaires ressortant de tableaux statistiques relatifs au marché du travail suisse; il en est notamment ainsi lorsque, depuis la survenance de l'atteinte à la santé, l'assuré n'a plus repris d'activité lucrative ou du moins l'activité que l'on peut raisonnablement attendre de lui. En l'espèce, c'est avec raison que l'autorité inférieure s'est basée, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, sur l'Enquête suisse du secteur privé sur la structure des salaires en 2006 qui enregistre les salaires individuels des travailleurs et englobe aussi les personnes travaillant à temps partiel et les cadres à tous les échelons (cf. ATF 126 V 75). 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. Les activités de substitution proposées par le service médical de l'OAIE, exigibles à 100%, sont des activités comparables à

des activités simples et répétitives d'employés (niveau de qualification 4) dans la branche "commerce de gros, interm. du commerce, commerce de détail, rép. d'art. domestiques et des services fournis aux entreprises", fondé sur l'horaire usuel du secteur tertiaire de 41,7h/sem. en 2006, pour lesquelles le salaire mensuel moyen auquel pouvaient prétendre les hommes s'élevait à Fr. 4'773.96. Concrètement, compte tenu des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier, un abattement de 15% du salaire par rapport au salaire de référence pratiqué par l'autorité inférieure paraît justifié, ce qui conduit à retenir un salaire d'invalidé de Fr. 4'057.86. Comparé au revenu mensuel moyen d'un salarié dans la branche de la construction (niveau de qualification 4) de Fr. 5'219.80 pour l'horaire usuel de la branche en 2006 de 41,7h/sem, il résulte une perte de gain de 22,26%, soit une diminution de la capacité de gain de 22%, insuffisant pour fonder un droit à une rente d'invalidité. Par conséquent, la décision attaquée n'est pas critiquable et doit être confirmée.

#### 7.

Le recourant qui succombe devra payer l'émolument judiciaire relatif à la procédure fédérale et fixé à Fr. 300.- (art. 63 al. 1 et al. 5 PA en relation avec l'art. 16 al. 1 let. a LTAF ainsi qu'avec les art. 1ss du règlement du 11 décembre 2006 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Cet émolument est compensé par l'avance de frais, d'un même montant. Quant à l'autorité inférieure, il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens (cf. art. 7 al. 3 FITAF).

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

#### 1.

Le recours est rejeté et la décision du 28 mai 2009 est confirmée.

#### 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.

#### 3.

Il n'est pas alloué d'indemnité de dépens.

#### 4.

Le présent arrêt est adressé :

– au recourant (Recommandé + avis de réception)

– à l'instance inférieure (n° de réf. AI ES/756.5718.0699.76/MQG )

– à l'Office fédéral des assurances sociales

La présidente du collège :            La greffière :

Madeleine Hirsig-Vouilloz            Margit Martin

**Indication des voies de droit :**

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6005 Luzern, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale 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 du recourant (art. 42 LTF).