



## Arrêt du 21 septembre 2011

---

Composition

Francesco Parrino (président du collège),  
Beat Weber, Madeleine Hirsig-Vouilloz, juges,  
Pascal Montavon, greffier.

---

Parties

A. \_\_\_\_\_,  
représenté par Mme B. \_\_\_\_\_,  
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 12 juillet 2010).

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

Le ressortissant espagnol A. \_\_\_\_\_, né en 1960, a travaillé en Suisse durant les années 1978 à 1992 comme maçon et chauffeur (pces 14 et 49). Retourné en Espagne il exerça une activité en tant que maçon indépendant associé d'une entreprise de construction du 1<sup>er</sup> octobre 1993 au 28 août 2008; il cessa son activité à cette date pour raison de santé (cf. pce 32). Quelque deux ans auparavant, le 7 août 2006, il déposa une demande de prestations d'invalidité auprès de l'organisme de liaison espagnol qui la transmit à l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE). Elle fit l'objet d'une décision de non entrée en matière du 7 juin 2007 (pce 9).

**B.**

Par acte du 27 janvier 2010 il déposa une nouvelle demande de prestations d'assurance-invalidité suisse (pce 10). L'OAIE porta notamment au dossier les documents ci-après:

- le questionnaire à l'assuré et le questionnaire pour les indépendants datés du 9 mars 2010 indiquant une activité de maçon exercée à plein temps cessée le 28 août 2008 en raison d'atteintes aux genoux (pces 24 s.),
- une documentation fiscale 2006-2008 (pce 23),
- un acte administratif de la Sécurité sociale espagnole daté du 8 janvier 2010 énonçant le diagnostic d'atteinte au genou droit, de limitations fonctionnelles à la marche soutenue et à la station orthostatique prolongée (pce 15),
- un rapport E 213 daté du 19 janvier 2010, indiquant une activité cessée le 28 août 2008 d'indépendant dans la construction en tant que coassocié d'une société de promotion de 3 personnes, indiquant des atteintes aux genoux, notant un status de surpoids morbide (167cm/ 122kg), pas de pathologie alléguée y compris quant à l'appareil respiratoire, relevant une légère tuméfaction aux genoux, pas de signe d'instabilité malgré une certaine rigidité à l'examen, une marche normale, pas d'atteinte pulmonaire, posant le diagnostic de corne postérieure du genou, ménisque interne droit, kyste interne du genou droit, indiquant une limitation à la marche soutenue et à la station orthostatique prolongée avec possibilité d'amélioration du status par une arthroscopie, atteintes permettant des travaux

moyennement lourds sans ports et soulèvements fréquents de charges, sans utilisation d'escaliers, échelles et rampes, permettant des postures corporelles variées, sans pression de temps, sans risque de chute, atteintes ne permettant plus l'activité exercée dans la construction mais la possibilité d'une activité adaptée à plein temps (pce 14),

- un rapport médical daté du 2 février 2010 du Dr C.\_\_\_\_\_ posant le diagnostic d'obésité morbide, syndrome d'apnée du sommeil grave nécessitant un traitement avec CPAP, hypertension artérielle, hyperlipémie mixte, gonarthrose bilatérale plus évoluée au genou gauche, insuffisance veineuse des membres inférieurs, relevant une méniscopepathie du genou gauche en 2006 et une méniscopepathie médiane du genou droit avec rupture dudit ménisque et lésion du ligament latéral interne pendant l'intervention chirurgicale (pce 29),
- un rapport médical daté du 2 février 2010 du Dr D.\_\_\_\_\_ posant le diagnostic de syndrome de l'apnée du sommeil et d'obésité, indiquant un traitement de CPAP à 12cm de H<sub>2</sub>O avec bonne évolution clinique (pce 30),
- un rapport médical daté du 9 février 2010 signé du Dr E.\_\_\_\_\_ faisant état d'insuffisance veineuse des deux jambes, prescrivant un traitement conservateur, notant que l'intéressé ne pouvait exercer une activité l'obligeant à rester debout ou assis de façon prolongée (pce 31).

### **C.**

Invité à se déterminer sur le dossier, le Dr F.\_\_\_\_\_ de l'OAIE, dans son rapport du 24 avril 2010, fit un exposé de la documentation médicale au dossier depuis l'arrêt de travail du 28 août 2008, posa le diagnostic avec incidence sur la capacité de travail d'obésité morbide depuis plusieurs années et de syndrome du sommeil avec traitement CPAP, et, sans incidence sur la capacité de travail, de status après meniscectomie gauche en 2006 (gonarthrose). Il nota à compter du 28 août 2008 une incapacité de 70% dans l'activité exercée par l'intéressé et une incapacité de 0% à compter de la même date pour toute activité adaptée en position assise et permettant des changements de position. Il précisa que l'hypertonie et l'hyperlipidémie ainsi que le syndrome d'apnée du sommeil adéquatement traité n'avait pas d'incidence sur la capacité de travail et releva que la gonarthrose n'étant pas spécialement documentée devait dès lors être débutante et sans incidence additionnelle (pce 33).

**D.**

En date du 26 mai 2010 l'OAIE effectua une évaluation de l'invalidité économique de l'assuré. Il prit comme référence sans invalidité le salaire d'un ouvrier dans la construction avec connaissances spécialisées en 2008 de Fr. 5'602.- pour 40 h./sem. et de Fr. 5'826.08 pour 41.6 h./sem. selon l'horaire usuel de la branche augmentée de 10% à Fr. 6'408.69 compte tenu de l'activité indépendante exercée et compara ce dernier montant avec celui résultant de la moyenne d'activités simples et répétitives selon l'Enquête suisse sur la structure des salaires 2008 pour 40 h./sem. des branches ci-après: industrie alimentaire et boissons (Fr. 4'685.-), industrie habillement et fourrures (Fr. 5'058.-), industrie du cuire et de la chaussure (Fr. 4'091.-), autres services collectifs et personnels (Fr. 4'291.-), commerce de gros et intermédiaires du commerce (Fr. 4'851.-), commerce de détail, réparation d'articles ménagers (Fr. 4'436.-), informatique, recherche et développement (Fr. 4'591.-), soit en moyenne Fr. 4'571.86 et Fr. 4'754.73 pour 41.6 h./sem. sous déduction d'un abattement de 10% compte tenu des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier portant ainsi le revenu avec invalidité à Fr. 4'279.26, déterminant ainsi une invalidité de 33.23%  $[(6'408.69 - 4'279.26) \times 100 : 6'408.69]$ , soit 33% (pce 34).

**E.**

Par projet de décision du 1<sup>er</sup> juin 2010, l'OAIE informa l'assuré qu'il était paru de son dossier l'existence d'une incapacité de travail de 70% dans sa dernière activité lucrative en raison de son atteinte à la santé, mais qu'en revanche l'exercice d'une activité plus légère, mieux adaptée à son état de santé, comme par exemple en position de travail assise et alternée, avec déplacement sur un périmètre limité telle que concierge, surveillant de chantier, surveillant de parking ou musée, magasinier, vendeur en général, réparation de petits électroménagers, caissier, vendeur de billets, scannage était exigible à 100% avec une perte de gain de 33%, taux d'invalidité insuffisant, vu le taux seuil de 40% selon la législation, pour ouvrir le droit à une rente et que de ce fait la demande de prestations de l'assurance-invalidité devrait donc être rejetée (pce 35).

Contre ce projet, l'intéressé, représenté par sa nièce B. \_\_\_\_\_, fit valoir son désaccord avec le projet précité par acte du 2 juillet 2010. Il invoqua souffrir, mis à part ses divers problèmes de genoux, d'une obésité morbide l'empêchant de mener une vie normale, d'une santé se détériorant de jour en jour ne lui permettant plus d'exercer une activité même à temps partiel et être au bénéfice d'une rente d'invalidité espagnole d'un taux de 55%. Il envoya également notamment une

nouvelle version du questionnaire pour indépendants daté du 9 mars 2010 indiquant ne plus exercer lui-même quelque activité, l'engagement de personnel supplémentaire soit une personne de sa famille et deux personnes tierces et la fermeture temporaire de l'entreprise (pces 37-39).

Par décision du 12 juillet 2010, l'OAIE rejeta la demande de prestations d'invalidité pour les motifs évoqués dans le projet de décision, précisant que le taux d'invalidité de 55% reconnu par la Sécurité sociale espagnole ne liait pas l'assurance-invalidité suisse, l'invalidité selon le droit suisse n'étant pas constituée de l'atteinte à la santé en tant que telle mais de ses répercussions sur la capacité de gain (pce 40).

#### **F.**

Contre cette décision, l'intéressé, représenté par sa nièce, interjeta recours auprès du Tribunal de céans en date du 26 juillet 2010. Cet acte compléta un précédent acte daté du 23 juillet 2010 adressé à l'organisme de liaison espagnol et concluant à la reconnaissance d'un taux d'invalidité de 50% au moins (pce 44). Il fit valoir dans son recours son taux d'invalidité espagnol de 55%, devoir être assis plus de la moitié de la journée car dans le cas contraire ses genoux enflaient l'empêchant de se déplacer, n'être aucunement en mesure d'exercer les activités lucratives proposées par l'OAIE. Il indiqua peser plus de 130kg et devoir être connecté toute la nuit et plusieurs heures par jour à un appareil d'assistance respiratoire. Il conclut implicitement à l'octroi d'une rente d'invalidité. Il joignit à son recours un rapport médical daté du 5 juillet 2010 signé du Dr C. \_\_\_\_\_ faisant état des atteintes à la santé connues et un rapport médical daté du 1<sup>er</sup> juillet 2010 signé du Dr E. \_\_\_\_\_ faisant état des atteintes connues et indiquant l'impossibilité pour l'assuré d'exercer une activité l'obligeant à rester debout ou assis une période prolongée (pce TAF 1).

#### **G.**

Invité à se déterminer sur le recours, l'OAIE, dans sa réponse du 28 septembre 2010, conclut à son rejet. Se référant à la prise de position nouvellement requise du Dr G. \_\_\_\_\_ de son service médical du 15 septembre 2010 ayant confirmé en tout point l'avis médical du Dr F. \_\_\_\_\_ du 23 avril 2010 et n'ayant relevé aucun nouvel élément (pce 48), l'OAIE maintint sa détermination soulignant l'obligation faite aux assurés de diminuer l'incidence de l'invalidité en entreprenant tout ce qui est en leur pouvoir pour mettre à profit leur capacité de travail résiduelle (pce TAF 3).

**H.**

Par réplique du 1<sup>er</sup> novembre 2010, l'intéressé maintint sa demande de prestations et joignit notamment un nouveau rapport médical du Dr H.\_\_\_\_\_ daté de novembre 2010 avec d'autres pièces déjà au dossier. Le rapport précité indiqua les atteintes à la santé connues, précisant un traitement du syndrome d'apnée obstructive du sommeil sévère par un traitement CPAP pendant la nuit, une obésité morbide indice BMI de 53 (164cm/140kg), notant de la fatigue, une diminution de la capacité de concentration, de la somnolence, une limitation importante de la mobilité, soit des atteintes à la santé chroniques irréversibles déterminant une limitation importante dans son travail habituel devant lui ouvrir le droit à des prestations de l'assurance-invalidité (pce TAF 5).

**I.**

Invité à se déterminer sur la nouvelle documentation médicale, le Dr G.\_\_\_\_\_ dans son rapport du 19 novembre 2010 indiqua que celle-ci n'apportait rien de nouveau et qu'en l'occurrence il n'était pas discuté le fait que l'intéressé ne pouvait reprendre sa dernière activité. Il précisa relativement à l'obésité morbide de l'assuré que celle-ci se devait d'être traitée, ce qui incompréhensiblement n'était pas le cas et ce qui pourrait lui permettre de ré-exercer son ancienne activité contrairement aux conclusions du Dr H.\_\_\_\_\_ (pce 51). Par duplique du 25 novembre 2010 l'OAIE maintint ses déterminations (pce TAF 7).

**J.**

Par décision incidente du 7 décembre 2010 le tribunal de céans requit du recourant une avance sur les frais de procédure de Fr. 300.-, montant dont il s'acquitta dans le délai imparti (pces TAF 8-10).

**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), 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'OAIE.

**1.2.** Selon l'art. 37 LTAF la procédure devant le Tribunal de céans 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. 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) est applicable. 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. 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.

**1.3.** Selon l'art. 59 LPGA, quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir. Ces conditions sont remplies en l'espèce.

**1.4.** 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.

**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 (arrêt du Tribunal fédéral I 435/02 du 4 février 2003 consid. 2; 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 253 consid. 2.4).

### **3.**

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 136 V 24 consid. 4.3 et les références). Les dispositions de la 5<sup>ème</sup> révision de la LAI entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008 sont seules applicables vu le dépôt de la demande de prestations en date du 14 janvier 2010.

En l'espèce, le Tribunal peut se limiter à examiner si le recourant remplissait les conditions d'octroi d'une rente jusqu'au 12 juillet 2010, 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. 2.1 avec les réf.).

### **4.**

Selon les normes applicables, tout requérant, pour avoir droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse, doit remplir cumulativement les conditions suivantes:

- être invalide au sens de la LPGA et de la LAI (art. 8 LPGA; art. 4, 28, 29 al. 1 LAI);

- compter au moins trois années de cotisations (art. 36 al. 1 LAI). 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 puisse être comptabilisée en Suisse (FF 2005 p. 4065; art. 45 du règlement 1408/71).

Le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus de 3 ans et remplit donc la condition de la durée minimale de cotisations eu égard au moment de l'ouverture éventuelle du droit à la rente. Il reste 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 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.

**5.2.** Un 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 (art. 28 al. 2 LAI). Suite à l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002 de l'accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne, la restriction prévue à l'art. 29 al. 4 LAI - selon laquelle les rentes correspondant à un taux d'invalidité inférieur à 50% ne sont versées qu'aux assurés qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse (art. 13 LPGA) - n'est plus applicable lorsqu'un assuré est un ressortissant suisse ou de l'UE et y réside (ATF 130 V 253 consid. 2.3).

**5.3.** Selon l'art. 28 al. 1 LAI l'assuré a droit à une rente aux conditions suivantes: a. 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; b. il a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGA) d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable; c. au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40 % au moins. Une incapacité de travail de 20% doit être prise en compte pour le calcul de l'incapacité de travail moyenne

selon la let. b de l'art. 28 al. 1 LAI (cf. chiffre 2010 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [VSI] 1998 p. 126 consid. 3c).

**5.4.** 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 LPGGA). L'incapacité de gain est définie à l'art. 7 LPGGA et consiste dans toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré, sur un marché du 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. 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 LPGGA).

## **6.**

**6.1.** Le requérant a travaillé en Suisse de nombreuses années notamment dans la construction jusqu'en 1992. Retourné en Espagne, il a exercé une activité de maçon indépendant associé d'une entreprise active dans la construction de 1993 à août 2008.

**6.2.** 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 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. 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, en application de la méthode dite générale, 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 (méthode générale).

**6.3.** Dans les cas où il est particulièrement difficile de déterminer les revenus avant et après l'invalidité, tout particulièrement s'agissant des indépendants, la jurisprudence admet que l'évaluation de la perte de gain soit faite, exceptionnellement, par une méthode dite extraordinaire. Celle-ci consiste à déterminer les répercussions économiques de la baisse de rendement sur la situation concrète où se déploie l'activité (cf. ATF 128 V 29 consid. 1; MICHEL VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Zurich 2011, n° 2183). Concrètement, en application de cette méthode, on constate d'abord l'empêchement dû à l'atteinte à la santé et, ensuite, on examine les effets de cet empêchement sur la capacité de gain (VSI 1998 p. 121; SVR 1996 IV n. 74 consid. 2b). Toutefois, si l'intéressé a cessé toute activité indépendante, on peut renoncer à l'application de la méthode de calcul extraordinaire et appliquer la méthode générale. Dans ce cas là, en effet, la comparaison des activités exercées avant et après la survenance de l'invalidité n'est plus possible (VALTERIO, op. cit. n° 2184; arrêt du Tribunal fédéral I 499/02 du 17 juin 2003 consid. 6 et les références).

**6.4.** En l'espèce l'intéressé a indiqué avoir cessé son activité de maçon indépendant le 28 août 2008. L'entreprise dont il était associé a néanmoins continué son activité jusqu'au 22 janvier 2010, date de sa fermeture provisoire (cf. pce 37). Compte tenu de la cessation de l'activité indépendante, la perte de gain subie par l'intéressé du fait de son invalidité doit être évaluée selon la méthode générale expliquée ci-dessus.

**6.5.** Selon une jurisprudence constante, les données fournies par le médecin constituent néanmoins un élément utile pour apprécier les conséquences de l'atteinte à la santé et pour déterminer quels travaux on peut encore raisonnablement exiger de l'assuré (ATF 115 V 133 consid. 2).

## **7.**

**7.1.** L'art. 69 RAI prescrit que l'office de l'assurance-invalidité 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.

**7.2.** 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.**

**8.1.** En l'espèce, il n'est pas contesté que depuis le 28 août 2008 l'intéressé ne peut plus exercer l'activité physiquement exigeante de maçon dans la construction en raison essentiellement de son obésité morbide et des troubles aux membres inférieurs. Il sied de préciser que d'après la jurisprudence l'obésité ne constitue pas en soi une invalidité au sens de la loi. Elle joue en revanche un rôle dans l'assurance-invalidité lorsqu'elle a provoqué une maladie ou un accident qui entraîne une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique ou si elle résulte elle-même d'une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui a valeur de maladie et qu'ainsi, la capacité de gain est sensiblement réduite et ne peut être augmentée de façon importante par des mesures raisonnablement exigibles (arrêts du Tribunal fédéral 9C\_48/2009 du 1<sup>er</sup> octobre 2009 consid. 2.3 et I 757/06 du 5 juin 2007 consid. 5.1). Ainsi, selon les circonstances du cas particulier, l'obésité doit être considérée comme invalidante lorsqu'aucun traitement approprié ou aucun effort exigible ne pourrait ramener le poids à un niveau tel que celui-ci et ses conséquences éventuelles ne constitueraient plus une entrave permanente ou durable à la capacité de gain ou d'accomplir les travaux habituels (arrêt cité 9C\_48/2009 consid. 2.3; VALTÉRIO, op. cit., n°1188).

**8.2.** Selon le rapport médical E 213 du 19 janvier 2010 il est notamment fait état d'atteintes au genoux et d'un surpoids morbide. Le surpoids est manifeste, toutefois ledit rapport ne relève pas d'autres pathologies importantes, y compris à l'appareil respiratoire. Il est en particulier relevé une légère tuméfaction aux genoux, pas de signe d'instabilité statique et une marche normale de sorte qu'il n'a été retenu qu'une limitation à la marche soutenue et à la station orthostatique prolongée, plus généralement la possibilité d'activités à plein temps moyennement

lourdes sans port et soulèvement fréquents de charges, sans utilisation d'escaliers, échelles et rampes, sans risques de chute. Il sied de relever qu'il n'est indiqué aucune atteinte aux membres supérieurs. Un rapport médical du 2 février 2010 fait état d'un syndrome d'apnée du sommeil nécessitant un traitement avec CPAP avec bonne évolution clinique. Les rapports médicaux des Drs C.\_\_\_\_\_ et E.\_\_\_\_\_ relèvent quant à eux des atteintes aux membres inférieurs pour insuffisance veineuse et gonarthrose, étant précisé l'impossibilité pour l'assuré d'exercer une activité l'obligeant à rester debout ou assis de façon prolongée. Cette appréciation a également été confirmée encore par le Dr H.\_\_\_\_\_ qui indique l'impossibilité pour l'assuré de reprendre son activité habituelle en raison de sa mobilité limitée mais non toute activité.

**8.3.** Dans ses écritures l'intéressé a essentiellement indiqué souffrir, outre ses problèmes de genoux, d'un surpoids morbide et d'apnée du sommeil. Indéniablement le surpoids de l'assuré ne favorise pas l'accalmie des plaintes aux genoux, plus généralement aux membres inférieurs affaiblis par une insuffisance veineuse et une gonarthrose. Toutefois, force est de constater, comme l'a fait le service médical de l'OAIE, que la documentation médicale au sujet de la gonarthrose est ténue. Le rapport E 213 relève par ailleurs une marche normale. Dans son recours l'intéressé indique devoir être assis plus de la moitié de la journée et qu'à défaut ses jambes enflent et ne lui permettent plus de se déplacer. Cette allégation ne va pas à l'encontre de la possibilité pour l'assuré d'exercer une activité lui permettant justement d'être assis plus de la moitié de la journée tout en lui permettant d'effectuer de courts déplacements favorables à la circulation sanguine de ses jambes. S'agissant du syndrome d'apnée du sommeil, il y a d'abord lieu de relever que celui-ci n'est pas indiqué dans le rapport E 213 du 19 janvier 2010, qui n'indique expressément aucune atteinte au système respiratoire, qu'il est par contre relevé dans les rapports du 2 février suivant. Dans ses écritures l'intéressé indique devoir se connecter à l'appareil la nuit et plusieurs heures en journée. Dans le rapport du Dr H.\_\_\_\_\_ du 1<sup>er</sup> novembre 2010 la connexion n'est indiquée que de nuit. Il s'ensuit que le syndrome d'apnée du sommeil ne peut être retenu en soi comme invalidant dans le cadre d'une activité lucrative ne sollicitant pas d'efforts pulmonaires importants telles les activités de force que l'intéressé ne peut effectivement plus exercer.

Dès lors, vu l'ensemble de la symptomatologie de l'assuré, il doit être admis avec le service médical de l'OAIE que, malgré l'obésité très importante de l'assuré et ses atteintes aux membres inférieurs, une

activité de type sédentaire, notamment en position assise avec possibilité de changements de position et courts déplacements sur terrain plat sans port et soulèvement de charges relativement lourdes, devrait pouvoir être exercée.

## **9.**

**9.1.** 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.

**9.2.** Le gain d'invalide est une donnée théorique, même s'il 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 (arrêt du Tribunal fédéral I 85/05 du 5 juin 2005 consid. 6 et arrêt du Tribunal fédéral 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 222 consid. 4.3.1). Le gain de personne valide doit être évalué de manière aussi concrète que possible si bien qu'il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé, ou, à défaut de salaire de référence, au salaire théorique qu'il aurait pu obtenir selon les salaires théoriques statistiques disponibles. 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 à ce titre pas de déduction globale supérieure à 25% (ATF 126 V 75 consid. 5).

## **10.**

**10.1.** En l'espèce il y a lieu de procéder à une évaluation de l'invalidité selon la méthode générale par une comparaison de revenus sur la base de l'Enquête suisse sur la structure des salaires 2008 indexés 2009 car il doit être admis que c'est théoriquement à compter d'août 2009, soit une année après la survenance du cas d'assurance, que l'intéressé a présenté une incapacité de travail déterminante pouvant ouvrir cas échéant un droit à la rente. En effet, selon la jurisprudence, les salaires

avant et après invalidité doivent être pris en compte / indexés jusqu'à la date de la survenance du droit théorique éventuel à la rente suite au délai d'attente d'une année (ATF 128 V 174 et 129 V 222).

**10.2.** L'OAIE a retenu comme base de comparaison sans invalidité le revenu d'un salarié spécialisé dans la construction en 2008 augmenté de 10% tenant compte de l'activité indépendante. Selon l'Enquête suisse sur les salaires 2008, table TA1, niveau 3, il résulte des tables un salaire mensuel de Fr. 5'602.- pour 40 h./sem. et de Fr. 5'826.08 pour 41.6 h./sem. selon le temps de travail hebdomadaire dans ce secteur. Avec l'augmentation de 10% le revenu est de Fr. 6'408.69. Indexé 2009 (secteur de la construction: +2.0%) ce montant s'élève à Fr. 6'543.27.

**10.3.** Le salaire après invalidité doit également être fixé sur la base des données statistiques résultant de l'Enquête suisse sur les salaires 2008 (table TA1) suivies d'une indexation 2009. En l'occurrence les activités de substitution proposées par le Dr F. \_\_\_\_\_ – les activités de concierge et de surveillant de chantier ne sauraient toutefois raisonnablement être exigibles comme l'a à juste titre relevé le recourant – s'inscrivent dans la détermination du revenu médian toutes branches confondues dans le secteur privé pour des activités simples et répétitives (niveau 4) à 100%, soit Fr. 4'806.- pour 40 h./sem. et Fr. 4'998.24 pour 41.6 h./sem., sous déduction de 10% pour tenir compte de l'âge de l'assuré et de ses restrictions personnelles aux activités moyennement lourdes avec restrictions de déplacement, soit Fr. 4'498.41.-. Indexé 2009 (moyenne des divers secteurs: + 2.1%), ce montant s'élève à Fr. 4'592.88. De nombreuses activités d'entre elles peuvent être exercées sans efforts physiques en position principalement assise permettant des changements de position avec courts déplacements, de sorte que ces activités sont adaptées aux handicaps du recourant. De plus, la majeure partie de ces postes ne nécessite pas de formation particulière autre qu'une mise au courant initiale.

**10.4.** En comparant le salaire avant invalidité de Fr. 6'543.27 avec celui après invalidité de Fr. 4'592.88, on obtient une perte de gain de 29.80% arrondie à 30% ( $[6'543.27 - 4'592.88] : 6'543.27 \times 100$ ). Même indexés valeurs 2010, année de la décision attaquée, les revenus à comparer ne permettent pas d'atteindre un taux d'invalidité égal ou supérieur à 40%.

Il appert de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

**11.**

Dans le cadre de cette révision de rente, il est utile de rappeler que, selon un principe général valable en assurances sociales, l'assuré a l'obligation de diminuer le dommage et doit entreprendre de son propre chef tout ce 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 les références citées; ATF 123 V 233 consid. 3c). 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) ou son maintien si, comme en l'espèce, l'intéressée est encore à même de mettre à profit sa capacité de travail.

**12.**

**12.1.** Les frais de procédure, fixés à CHF 300.-, sont mis à la charge du recourant (art. 63 al. 1 PA, applicable par le truchement de l'art. 37 LTAF). Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant dont il s'est acquitté au cours de l'instruction.

**12.2.** Vu l'issue du litige, il n'est pas alloué d'indemnité de dépens (art. 7 al. 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

**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. Ils sont compensés avec l'avance de frais de même montant déjà fournie en cours de procédure.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. \_ ; Recommandé)
- à l'Office fédéral des assurances sociales à Berne (Recommandé)

Le président du collège :

Le greffier :

Francesco Parrino

Pascal Montavon

**Indication des voies de droit :**

La présente décision peut être attaquée 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. 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).

Expédition :