



---

Cour III  
C-6768/2010

## Arrêt du 14 octobre 2011

---

Composition

Francesco Parrino (président du collège),  
Vito Valenti, Michael Peterli, juges,  
Pascal Montavon, greffier.

---

Parties

A. \_\_\_\_\_,  
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 24 août 2010).

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

Le ressortissant portugais A.\_\_\_\_\_, né en 1955, a travaillé en Suisse durant les années 1977 à 1995 dans la construction (pce 59). Au Portugal sa dernière activité, après plusieurs périodes d'interruption de travail de 2001 à 2005, a été dans l'industrie textile notamment comme contrôleur de qualité du 1<sup>er</sup> février 2006 au 31 août 2006 (pce 24). Par décision du 29 mai 2007 l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger rejeta une première demande de rente (pce 36), déposée le 10 avril 2003, son service médical ayant retenu le diagnostic de prothèse de la hanche droite [2001] et arthrose au genou gauche sans répercussion sur la capacité de travail de l'intéressé dans son activité de contrôleur de qualité dans l'industrie textile (pces 25 et 35).

**B.**

En date du 25 juin 2009 l'intéressé déposa une nouvelle demande de prestations d'invalidité auprès de l'organisme de liaison portugais qui la transmit à l'OAIE (pce 54). Dans le cadre de son instruction l'OAIE porta notamment les pièces ci après au dossier:

- le questionnaire à l'assuré daté du 14 septembre 2009 n'indiquant pas d'activité lucrative (pce 63),
- le questionnaire à l'employeur daté du 21 septembre 2009 indiquant une activité à plein temps moyennement lourde du 2 février au 31 août 2006 dans l'emballage / empaquetage textile mutée en contrôle de qualité à partir du 2 juillet 2006 pour raison de santé, de douleurs à la hanche et aux genoux (pce 62),
- un rapport médical non daté signé de B.\_\_\_\_\_, médecin, posant le diagnostic de coxarthrose gauche, prothèse de la hanche droite, ostéoporose, gonarthrose bilatérale plus accentuée à gauche, obésité (IMC 38.5), dislipidémie mixte, hypertension artérielle, affections entraînant une importante incapacité de mobilité ne paraissant pas permettre l'exercice d'une activité professionnelle (pce 66),
- un rapport médical non daté signé du Dr C.\_\_\_\_\_ rapportant les mêmes diagnostics (pce 73), un rapport du même médecin daté du 2 juin 2006 précisant une arthrose tricompartmentale du genou gauche, affection ne permettant plus à l'intéressé de poursuivre son activité (pce 74), un nouveau rapport daté du 15 septembre 2006 indiquant

une future prothèse totale du genou, des lombalgies de type mécanique sans sciatalgie (pce 75),

- un rapport de rayons x daté du 15 février 2007 de la colonne cervicale, du bassin, des hanches et des genoux (pce 77),
- deux rapports de tomographie de la colonne lombosacrée et de la colonne cervicale datés du 10 janvier 2008 (pce 79),
- un rapport médical du Dr C.\_\_\_\_\_ daté du 29 janvier 2008 faisant état des atteintes connues et indiquant une incapacité de travail pour l'activité habituelle (pce 81),
- un rapport d'examens de laboratoire daté du 7 octobre 2008 (pce 83),
- deux rapports radiologiques du membre supérieur gauche, du bassin et des genoux datés des 8 et 10 octobre 2008 (pces 84 s.),
- un rapport médical de la sécurité sociale portugaise daté du 23 juillet 2007, indiquant un aspect général normal (160cm/103kg), une constitution forte, un status psychologique normal, relevant les atteintes à la santé connues, ne notant pas une incapacité permanente pour l'exercice de la profession habituelle (pce 86),
- un rapport médical daté du 2 février 2009 de D.\_\_\_\_\_, médecin, attestant d'une aggravation de la situation clinique des atteintes à la santé connues, spécifiant de plus des phénomènes dégénératifs interfacéitaires en C6-C7 et C7-D1 et des protusions discales L3-L4, L4-L5 et L5-S1, affections générant une incapacité de travail définitive et permanente dans le travail de 66.66% (pce 88),
- un rapport médical daté du 3 avril 2009 du Dr C.\_\_\_\_\_ faisant état d'obésité, d'arthrose tricompartmentale du genou gauche, de champs dégénératifs de la colonne lombaire, d'une incapacité de travail de 59.5% (pce 89),
- un rapport E 213 daté du 7 avril 2009, indiquant les plaintes de gonarthrose bilatérale, d'obésité, de lombalgies, de bras douloureux à gauche, indiquant un surpoids (160cm/104kg), un status psychologique normal, des lombalgies, des membres supérieurs sans plaintes, relevant une prothèse totale de la hanche droite, des gonarthroses, un tonus musculaire sans altération, des difficultés à la marche à droite, posant le diagnostic de [status post] prothèse totale

de la hanche droite, gonarthrose à gauche, obésité, indiquant une incapacité de travail selon la législation portugaise supérieure à 66.66% (pce 91),

- un nouveau rapport E 213 sous l'angle orthopédique non daté énonçant les atteintes connues, un excès de poids (160cm/110kg), des cervico-lombalgies, de la lenteur dans les mouvements, une marche affectée à droite, posant le diagnostic de [status post] prothèse totale de la hanche à droite, gonarthrose bilatérale, rachialgies, atteintes entraînant une incapacité de travail totale selon la législation de résidence sans possibilité d'amélioration (pce 105).

### **C.**

Invité à se déterminer sur la documentation médicale, le Dr E. \_\_\_\_\_ de l'OAIE posa dans son rapport du 3 juin 2010 le diagnostic d'obésité, gonarthrose bilatérale prédominante à gauche, syndrome chronique cervico et lombospondylogène dégénératif, status post prothèse de la hanche droite pour coxarthrose, affections limitant l'intéressé dans son activité habituelle de 30% dès le 1<sup>er</sup> septembre 2006 et de 0% dans des activités adaptées de substitution. Le Dr E. \_\_\_\_\_ indiqua que le problème principal résidait dans le surpoids, que les problèmes articulaires, de la colonne lombaire et des membres inférieurs pourraient clairement être améliorés par de la physiothérapie, qu'une réduction de poids devrait être entreprise dans le cadre de l'obligation de réduction du dommage et que pour le reste il y avait des plaintes subjectives de maux lombaires sans diagnostic et/ou fondement radiologique dont les limitations fonctionnelles en découlaient. Il précisa que le rapport orthopédique était rudimentaire ne permettant pas de retenir une incapacité de travail fondant une prétention à une rente (pce 110).

### **D.**

Par projet de décision du 21 juin 2010 l'OAIE informa l'assuré qu'il n'était pas ressorti de l'examen de son dossier une incapacité de travail moyenne suffisante pendant une année de 40% au moins et que malgré l'atteinte à la santé l'exercice d'une activité lucrative était toujours exigible dans une mesure suffisante pour exclure le droit à une rente. Il précisa qu'il avait été constatée une importante surcharge pondérale nécessitant un traitement et qu'il était vraisemblable qu'une perte de poids favoriserait subséquemment une amélioration de l'état de santé de sorte que la demande de prestations devrait être rejetée (pce 111).

L'intéressé contesta ce projet de décision par acte du 15 juillet 2010 faisant valoir un taux d'invalidité supérieur à 60% (pce 112), mais n'apporta pas d'éléments médicaux à l'appui de son opposition de sorte que, par décision du 24 août 2010, l'OAIE rejeta sa demande de prestations pour les motifs énoncés dans son projet de décision précisant ne pas être lié par les décisions de la Sécurité sociale étrangère (pce 113).

#### **E.**

Contre cette décision, l'intéressé interjeta recours en date du 15 septembre 2010 auprès du Tribunal de céans faisant valoir une invalidité supérieure à 60% selon la Sécurité sociale portugaise (pce TAF 1). Le 5 novembre 2010 le recourant compléta son recours par une documentation comprenant:

- un rapport daté du 1<sup>er</sup> avril 2010 de la Dresse F.\_\_\_\_\_, physiatre, faisant état d'une symptomatologie accentuée du genou gauche,
- deux rapports radiologiques des 9 avril et 21 octobre 2010 du Dr G.\_\_\_\_\_ relevant notamment à la hanche droite une arthroplastie bien implantée et les signes d'une gonarthrose au genou gauche,
- un nouveau rapport médical établi le 28 octobre 2010 par le Dr H.\_\_\_\_\_, orthopédie-traumatologie, faisant état des atteintes connues, relevant principalement des douleurs aux genoux plus intenses à gauche, des lombalgies et cervicalgies, énonçant une incapacité de travail de 66.64% (pce TAF 3).

#### **F.**

Invité à se déterminer sur le recours, l'OAIE requit la prise de position du Dr I.\_\_\_\_\_ qui dans son rapport du 17 décembre 2010 releva qu'une gonarthrose gauche avait été pour la première fois documentée le 9 avril 2010 et qu'il devait dès lors être retenue une incapacité de travail de 70% dans la dernière activité de l'intéressé à compter d'avril 2010. Il précisa que l'intéressé pouvait par contre exercer des activités légères principalement en position assise sans limitation telles que par ex. vente par correspondance, caissier, vendeur de billets, réceptionniste (pce 115).

L'OAIE effectua sur cette base une évaluation économique de l'invalidité de l'assuré comparant d'une part le dernier revenu annualisé de l'intéressé au Portugal et d'autre part un revenu théorique dans la

construction au Portugal avec un revenu avec invalidité dans des activités adaptées (p. ex. caissier dans le commerce de détail, manoeuvre dans l'imprimerie, l'édition et les industries annexes) avec un abattement de 20% pour circonstances personnelles et professionnelles obtenant un taux d'invalidité respectivement de 33.25% et de 25.25%, selon que l'on se réfère à l'activité de maçon exercée jusqu'en 1995 ou à celle dans l'industrie textile exercée pendant quelques mois en 2006.

Par réponse au recours du 27 janvier 2011 l'OAIE en proposa le rejet. Il indiqua que selon son service médical l'intéressé avait eu malgré ses atteintes à la santé une capacité de travail résiduelle de 70% dans sa dernière activité et qu'une aggravation devait être retenue à compter d'avril 2010 entraînant une incapacité de travail de 70% dans la dernière activité exercée. Il releva que l'atteinte à la santé permettait néanmoins l'exercice à 100% d'une activité adaptée en position alternée principalement assise, dont l'éventail est large, ne donnant lieu qu'à une perte de gain insuffisante pour ouvrir le droit à une rente (pce TAF 9).

#### **G.**

Par duplique du 28 février 2011 l'intéressé maintint son recours. Il indiqua qu'il avait été en arrêt de travail de février 2001 à décembre 2005, qu'il avait repris du travail en février 2006 contre l'avis de son médecin et qu'il avait cessé son activité pour raison d'aggravation de son état de santé sept mois plus tard fin juillet. Il releva être au bénéfice d'une rente portugaise depuis le 26 janvier 2007 (pce TAF 12).

#### **H.**

Par décision incidente du 8 mars 2011 le Tribunal de céans requit du recourant une avance sur les frais de procédure de Fr. 400.-, montant dont il s'acquitta dans le délai imparti (pces 12-14).

### **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), 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 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. Selon 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 1er juin 2002. A cette date sont également entrés en vigueur son annexe II qui règle la coordination des systèmes de sécurité sociale, le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (RS 0.831.109.268.1), s'appliquant à toutes les rentes dont le droit prend naissance au 1er juin 2002 et ultérieurement et se substituant à toute convention de sécurité sociale liant deux ou plusieurs Etats (art. 6 du règlement), et enfin le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relatif à l'application du règlement (CEE) n° 1408/71 (RS 0.831.109.268.11). Selon l'art. 3 du règlement (CEE) n° 1408/71 les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et les ressortissants suisses bénéficient de l'égalité de traitement. Selon l'art. 20 ALCP, sauf

disposition contraire découlant de l'annexe II, les accords de sécurité sociale bilatéraux entre la Suisse et les Etats membres de la Communauté européenne sont suspendus dès l'entrée en vigueur du présent accord, dans la mesure où la même matière est régie par le présent accord. Dans la mesure où l'accord, en particulier son annexe II qui régit la coordination des systèmes d'assurances sociales (art. 8 ALCP) ne prévoit pas de disposition contraire, l'organisation de la procédure de même que l'examen des conditions à l'octroi d'une rente d'invalidité suisse ressortissent au droit interne suisse.

**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 applicables et les dispositions citées ci-après sont celles en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2008.

### **4.**

**4.1.** La décision dont est recours fait suite à une première demande de rente ayant été rejetée par décision du 29 mai 2007 de l'OAIE, l'intéressé ayant été reconnu apte à exercer son ancienne activité de contrôleur de qualité dans l'industrie textile à 100%.

**4.2.** En application de l'art. 87 al. 3 et 4 du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI, RS 831.201), lorsque la rente a été

refusée parce que le degré d'invalidité était insuffisant, la nouvelle demande de l'assuré ne peut être examinée que si elle établit de façon plausible que l'invalidité s'est modifiée de manière à influencer ses droits. Il appartient au demandeur d'apporter cette preuve. Le principe inquisitoire ne s'applique pas à la procédure prévue par l'art. 87 al. 3 RAI (ATF 130 V 68 consid. 5.2.5).

**4.3.** Le juge ne doit examiner comment l'administration a tranché la question de l'entrée en matière que lorsque ce point est litigieux, c'est-à-dire uniquement quand l'administration a refusé d'entrer en matière en se fondant sur l'art. 87 al. 4 RAI et que l'assuré a interjeté recours pour ce motif. Ce contrôle par l'autorité judiciaire n'est en revanche pas nécessaire lorsque l'administration est entrée en matière sur la nouvelle demande (ATF 109 V 114 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral I 597/05 du 8 janvier 2007). Si l'administration entre en matière sur la demande, elle doit instruire la cause et déterminer si la modification du degré d'invalidité rendue plausible par l'assuré s'est effectivement produite (ATF 130 V 71 consid. 2.2).

**4.4.** En l'espèce, l'OAIE a examiné du point de vue matériel la deuxième demande de prestations. Le Tribunal peut donc se limiter à examiner si le recourant remplit les conditions d'octroi d'une rente jusqu'au 24 août 2010, date de la décision attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 136 V 24 consid. 4.3 avec les réf).

## **5.**

Tout requérant doit remplir cumulativement les conditions suivantes pour avoir droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse:

- être invalide au sens de la LPG/LAI et
- compter au moins trois années de cotisations (art. 36 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).

En l'occurrence, le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus de trois années 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.

## **6.**

**6.1.** Aux termes de l'art. 8 LPGGA, 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.

**6.2.** 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 LA). 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 LPGGA) - 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).

**6.3.** 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 LPGGA) d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable; c. au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGGA) à 40 % au moins. Une incapacité de gain 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).

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 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 LPGA dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008).

## 7.

**7.1.** Le recourant a travaillé en Suisse dans la construction de 1977 à 1995. De 1995 à 2001 son activité n'est pas établie au dossier. De 2001 à 2006 il fut en interruption de travail suite à la pose d'une prothèse totale de la hanche droite en 2001, une demande de prestations AI alors déposée en 2003 fut rejetée le 29 mai 2007 du fait que le service médical de l'OAIE lui avait reconnu une pleine capacité de travail dans sa dernière activité de contrôleur de qualité exercée de février à août 2006. Il n'a plus repris d'activité lucrative après cette période de 7 mois en 2006.

**7.2.** La notion d'invalidité, dont il est question à l'art. 8 LPGA et à l'art. 4 LAI, est de nature juridique/économique et non pas médicale (ATF 116 V 246 consid. 1b). En d'autres termes, l'assurance-invalidité suisse couvre seulement les pertes économiques liées à une atteinte à la santé physique mentale ou psychique - qui peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident - et non la maladie en tant que telle. Selon l'art. 16 LPGA, 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 (méthode générale).

**7.3.** 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, 114 V 310 consid. 3c, RCC 1991 p. 329 consid. 1c).

## **8.**

**8.1.** 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.

**8.2.** Le Tribunal des assurances doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle que soit leur provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Avant de conférer pleine valeur probante à un rapport médical, il s'assurera que les points litigieux ont fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prend également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il a été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale sont claires et enfin que les conclusions de l'expert sont dûment motivées (ATF 125 V 351 consid. 3a et les références).

## **9.**

**9.1.** En l'espèce l'intéressé est principalement atteint dans sa santé par une importante obésité, des gonarthroses et des rachialgies. 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; MICHEL VALTÉRIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Zurich 2011, n°1188). In casu l'obésité dont se prévaut l'assuré ne peut être retenue comme invalidante.

**9.2.** Dans son rapport du 3 juin 2010, le Dr E. \_\_\_\_\_ de l'OAIE a retenu une incapacité de travail de 30% dans l'activité ordinaire de l'intéressé notant que le problème principal de l'assuré était son obésité entraînant des problèmes articulaires au niveau des genoux et du rachis mais que de la physiothérapie et un traitement réductif de poids permettraient d'améliorer l'état de santé de l'intéressé et implicitement sa capacité de travail. Il indiqua par ailleurs que le rapport orthopédique établi par la Sécurité sociale portugaise était rudimentaire et ne permettait pas de fonder l'octroi d'une rente. Le Dr I. \_\_\_\_\_ de l'OAIE releva toutefois dans un rapport du 17 décembre 2010 une aggravation du status en raison d'une gonarthrose gauche documentée pour la première fois le 9 avril 2010 et que celle-ci devait être nouvellement prise en compte entraînant une incapacité de travail de 70% dans l'activité ordinaire.

Cette nouvelle appréciation de l'incapacité de travail liée à la gonarthrose gauche passant d'un 30% à un 70% dans l'activité de contrôleur dans l'industrie textile ne peut qu'être suivie par le Tribunal de céans. Cette atteinte existait cependant déjà antérieurement sous la forme d'une gonarthrose bilatérale, entravant ainsi non seulement le travail de maçon mais aussi celui dans l'industrie. À ce propos, il convient de relever que les modalités de l'exercice de l'activité de contrôle dans le dernier emploi de l'assuré ne sont pas connues mais que, selon les déclarations de l'intéressé, ce dernier a dû arrêter cette activité pour des raisons de santé. Il peut en revanche être retenu que l'intéressé a conservé depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2006 une capacité de travail entière dans une activité permettant le changement de position exercée en position principalement assise. Il n'y a en effet dans le dossier aucune pièce permettant de contredire cette appréciation. Il s'ensuit qu'une capacité de travail à plein temps dans une activité légère adaptée, notamment manutentionnaire, est exigible

## **10.**

**10.1.** Selon l'art. 16 LPGGA, 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.

**10.2.** Le gain d'invalidé 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'invalidé 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).

**10.3.** L'OAIE a effectué une comparaison de revenus sur la base de revenus portugais en Euros. Les résultats de cette comparaison de revenus sans et avec invalidité ont donné lieu à une perte de gain de 33.25% par référence à l'activité de contrôleur de qualité dans l'industrie textile et de 25.25% par référence à l'activité de maçon. Toutefois, l'intéressé a déclaré avoir interrompu son métier dans la construction pour des raisons de santé en 1995. Pour les mêmes motifs, il a dû interrompre son activité dans l'industrie textile en 2006 après seulement 7 mois. On retiendra par conséquent le dernier salaire dans la construction à titre de salaire sans invalidité, activité qu'il a du reste exercée de nombreuses années.

## **11.**

**11.1.** En l'espèce il y a ainsi 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 2006 indexés 2007 car il doit être admis que c'est théoriquement à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2007 que l'intéressé aurait présenté une incapacité de travail

déterminante portant l'ouverture du droit à la rente, soit une année après la survenance du cas d'assurance (cessation d'activité le 31 août 2006). 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). Au surplus, par décision du 29 mai 2007, l'autorité inférieure avait nié tout droit aux prestations jusqu'à cette date, excluant ainsi qu'on puisse se référer à des années antérieures pour l'indexation.

**11.2.** Le revenu de l'intéressé en 1995 n'est pas relevé au dossier et ne peut donc être indexé valeur 2007. A sa place il peut être retenu selon l'Enquête suisse sur la structure des salaires 2006 le revenu mensuel dans la construction niveau 3 (connaissances spécialisées) de Fr. 5'422.- (table TA1) pour 40 h./sem. indexé 2007 (+1.7%) à Fr. 5'514.17 pour 40 h./sem. et établi à Fr. 5'748.52 pour 41.7 h./sem. selon le temps de travail hebdomadaire dans la branche.

**11.3.** Le salaire après invalidité doit être fixé sur la base des données statistiques résultant de l'Enquête suisse sur les salaires 2006 (table TA1) suivies d'une indexation 2007. En l'occurrence les activités de substitution possibles 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. 4'732.- pour 40 h./sem. et Fr. 4'933.11 pour 41.6 h./sem., sous déduction de 20% pour tenir compte de l'âge de l'assuré et de ses restrictions personnelles aux activités légères, soit Fr. 3'946.48. Indexé 2007 (+ 1.6%), ce montant s'élève à Fr. 4'009.63. De nombreuses activités d'entre elles peuvent être exercées sans efforts physiques, permettant des variations de position du dos, principalement en position assise et sans nécessité de déplacements importants de sorte que ces activités sont adaptées au handicap du recourant. De plus, la majeure partie de ces postes ne nécessite pas de formation particulière autre qu'une mise au courant initiale.

**11.4.** En comparant le salaire avant invalidité de Fr. 5'748.52 avec celui après invalidité de Fr. 4'009.63, on obtient une perte de gain de 30.24% arrondie à 30% ( $(5'748.52 - 4'009.63) : 5'748.52 \times 100$ ). Même en tenant compte d'une indexation 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.

**12.**

Dans le cadre de cette demande 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).

**13.**

**13.1.** Compte tenu des circonstances qui ont motivé le recours, il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 6 let. b du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173. 320.2]). L'avance de frais de Fr. 400.- dont s'est acquitté le recourant au cours de l'instruction lui est remboursée.

**13.2.** N'étant pas représenté et n'ayant pas eu des frais indispensables et relativement élevés, le recourant n'a pas droit à une indemnité de dépens (art. 7 al. 1 FITAF). Les autorités fédérales n'ont pas non plus droit à une indemnité de dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

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

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais de procédure de Fr. 400.- dont s'est acquitté le recourant en cours de procédure lui sont remboursés.

**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 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 :