



Cour III
C-2203/2007

{T 0/2}

Arrêt du 27 avril 2009

Composition

Madeleine Hirsig (présidente du collège),
Franziska Schneider, Beat Weber, juges,
Margit Martin, greffière.

Parties

D. _____, c/ _____, ES-_____,
représenté par Maître José Nogueira Esmorís,
Cuesta de la Palloza, 1-3° Derecha., Apartamento 2,
ES-15006 A Coruña,
recourant,

Parties

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

AI, décision sur opposition du 26 février 2007.

Faits :**A.**

Le ressortissant espagnol D._____, né en 1943, divorcé, a séjourné et travaillé en Suisse de 1962 à 1979 ainsi qu'en 1985/86 et a acquitté les cotisations obligatoires à l'assurance vieillesse, survivants et invalidité (AVS/AI, pce 4). En date du 21 octobre 2004, il a présenté une première demande de rente d'invalidité suisse auprès de l'Instituto nacional de la seguridad social (INSS), A Coruña. Du formulaire d'instruction de la demande (E 204, pce 2) il appert que le début de l'incapacité de travail suivi d'invalidité a été fixé au 22 avril 2003 et des prestations de salaire en cas de maladie ont été versées du 26 avril 2003 au 21 octobre 2004. Alors que la procédure d'instruction n'était pas terminée, l'assuré a présenté une seconde demande auprès de la même autorité en date du 13 janvier 2006 (pce 3). Il résulte du nouveau formulaire d'instruction que l'assurance sociale espagnole reconnaît une invalidité totale depuis le 10 mars 2006 et que des prestations de salaire ont été versées après le 22 octobre 2004.

B.

Dans le cadre de l'instruction de la demande, initiée dès le 17 décembre 2004 (pce 7), l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE) a notamment versé au dossier les pièces énumérées ci-après:

- un questionnaire du 4 avril 2005 duquel il résulte que l'assuré a exercé le métier de manoeuvre du bâtiment à temps complet, soit 8 heures par jour, durant différentes périodes entre le 18 novembre 1999 et le 25 avril 2003 (fin de contrat), pour un salaire mensuel de € 1'002.29 et qu'il n'a plus repris d'activité après cette date (pce 9),
- des documents médicaux établis par le service de chirurgie orthopédique et de traumatologie (Dr G._____), complexe hospitalier X._____ entre 2001 et 2006 relatifs à une atteinte du genou gauche, à savoir un rapport du 23 janvier 2001 faisant état d'une lésion dégénérative du tiers postérieur du ménisque interne, traitée par arthroscopie et méniscectomie partielle interne; le rapport d'une nouvelle arthroscopie et méniscectomie partielle pratiquée le 13 novembre 2001 dans le cadre d'une gonarthrose débutante du genou droit; le rapport d'un séjour stationnaire au service de chirurgie plastique du 4 au 12 décembre 2003 pour une

intervention au niveau de la main gauche (maladie de Dupuytren et ganglion); un rapport manuscrit d'une consultation en urgence le 22 décembre 2003; le rapport d'une exérèse locorégionale du 29 avril 2004 et d'une intervention du 8 septembre 2004 pour maladie de Dupuytren grade II de la main droite; le rapport d'une consultation en urgence du 8 août 2005; un rapport de radiodiagnostic des deux genoux et du bassin du 17 août 2005 (sans altérations significatives); un certificat médical SERGAS non daté, manuscrit et difficilement lisible; un rapport clinique du 30 septembre 2005 concluant à l'oblitération de l'artère fémorale superficielle droite; un rapport de radiodiagnostic relatif au genou droit du 31 octobre 2005 (Dresse R._____) concluant à des changements postopératoires sans signes de complications, la dégénérescence et probable rupture du ménisque externe et des séquelles d'Osgood-Schlatter (pce 10),

- un rapport médical détaillé (E 213), établi le 18 novembre 2004 par le Dr M._____, médecin inspecteur de l'équipe d'évaluation de l'incapacité (EVI-INSS), A Coruña, lequel reprend les diagnostics connus et conclut à une capacité de travail complète dans l'activité habituelle d'ouvrier du bâtiment ainsi que dans toute activité adaptée, avec toutefois un rendement réduit temporaire en raison de l'atteinte des mains (pce 11),
- un rapport médical détaillé (E 213), établi le 4 octobre 2005 par le Dr M._____ lequel retient en plus des pathologies déjà mentionnées un diabète type II traité depuis quelques années et relève que l'assuré se déplace à l'aide d'une canne; l'assuré doit éviter le travail dans un lieu froid ainsi que sur des échelles, rampes et escaliers; il serait en mesure de travailler à l'écran et sans l'aide d'une tierce personne; l'activité habituelle n'est plus exigible, mais une activité adaptée peut être accomplie à temps complet (pce 12).

Dans sa prise de position du 29 novembre 2005, le Dr L._____, service médical de l'OAIE, constate que l'assuré présente un diabète avec complications, une maladie de Dupuytren bilatérale, un status après méniscectomie bilatérale, des changements dégénératifs du squelette ainsi qu'une maladie occlusive artérielle. Il considère dès lors l'exercice d'une activité lucrative significative comme illusoire et propose une incapacité de travail de 70% pour maladie de longue durée dès le 22 avril 2003 (pces 13, 14). Vu que l'organisme espagnol

avait indiqué que des activités de substitution étaient possibles, l'OAIE a soumis le dossier à un deuxième médecin de son service médical pour rendre un avis. La Dresse B._____, dans son exposé du 8 décembre 2005, conclut à une capacité de travail entière dans des activités de substitution, principalement en position assise, sans effort physique, par exemple dans une fabrique, comme concierge, portier ou employé d'une réception (pce 16). Procédant à l'évaluation économique de l'invalidité en application de la méthode générale, l'OAIE a constaté que l'assuré, du fait de son atteinte à la santé, subit une diminution de sa capacité de gain de 29%. Pour établir la comparaison de revenus, l'OAIE s'est basé, conformément à la jurisprudence, sur les statistiques publiées par l'Office fédéral de la statistique dans l'Enquête suisse du secteur privé sur la structure des salaires en 2004. Le salaire sans invalidité dans la profession de manoeuvre dans la construction a été fixé en tenant compte du salaire mensuel moyen d'un salarié avec des activités simples et répétitives dans la construction lequel s'élevait pour l'horaire usuel de la branche en 2004 de 41,7h à Fr. 5'034.23. Pour déterminer le salaire d'invalidé, l'OAIE a pris en compte le salaire moyen obtenu dans des activités légères, principalement assises, simples et répétitives dans le secteur de la production en général lequel s'élevait pour l'horaire usuel du secteur privé en 2004 de 41,6h/sem à Fr. 4'734.08 et a opéré, compte tenu de l'âge et du fait que l'assuré ne peut exercer que des activités légères et principalement assises, la diminution de salaire maximale admise de 25%. Le salaire d'invalidé a ainsi été fixé à Fr. 3'550.56 (pce 17). Le degré d'invalidité qui résulte de la comparaison des revenus s'établit donc à 29%. Se fondant sur ce résultat, l'OAIE, en date du 1^{er} février 2006, a rendu une décision de rejet de la demande de prestations de l'assurance-invalidité (pce 18).

Au cours de la procédure d'opposition, l'assuré a fait valoir le droit à une rente d'invalidité suisse en raison des pathologies présentes (pce 19). Par envoi du 10 mars 2006, la sécurité sociale espagnole a transmis un nouveau rapport médical détaillé (E 213), établi le 8 mars 2006 par le Dr M._____, lequel décrit des cicatrices à la main gauche avec une bonne fonction (poing et pince) et une main droite normale, une difficulté à la marche sur les talons à droite, la rotation de la hanche douloureuse à gauche et une gonalgie bilatérale à la flexion forcée. Il relève qu'à la marche l'assuré se sert d'une canne et note que les examens radiologiques du 21 février 2006 ont montré un état sans changements significatifs au niveau de la colonne lombaire

et des hanches, excepté une athéromatose de l'aorte abdominale, des examens IRM du 31 octobre 2005 ayant par ailleurs révélé des changements postchirurgicaux sans complications et sans altérations significatives. De l'avis du médecin, l'assuré peut réaliser un travail adapté à temps complet, à condition d'éviter de soulever et transporter fréquemment des charges (pces 20, 21).

Par courrier du 9 février 2007, la sécurité sociale espagnole a transmis à l'autorité compétente en Suisse une demande de rente de vieillesse, déposée le 1^{er} février 2007 (E 202), de laquelle il résulte que l'assuré n'exerce plus d'activité professionnelle depuis le 25 avril 2003 et perçoit une pension d'invalidité de l'INSS depuis le 10 mars 2006 (pces 23, 24).

Invitée par l'OAIE à prendre position à la lumière des arguments déployés par l'intéressé, la Dresse K._____, dans son exposé du 19 février 2007, considère que le nouveau rapport E 213 confirme que les limitations fonctionnelles sont peu importantes et qu'une activité de substitution adaptée est possible à plein temps. Dans ce contexte, il n'y aurait pas d'argument permettant de modifier les prises de position antérieures (pce 27). Se fondant sur l'avis de son service médical, l'OAIE, par décision du 26 février 2007, a rejeté l'opposition et a confirmé la décision du 1^{er} février 2006 (pce 28).

C.

Par acte déposé le 21 mars 2007, D._____, par l'intermédiaire de son conseil, a interjeté recours contre la décision sur opposition devant le Tribunal administratif fédéral, concluant à l'annulation de la décision attaquée et à la reconnaissance d'un droit à une rente entière d'invalidité, subsidiairement à une rente de trois-quarts, une demi-rente ou un quart de rente d'invalidité. Alléguant qu'une incapacité permanente totale dans son activité habituelle d'ouvrier de la construction a été établie par la sécurité sociale espagnole avec le droit à une pension d'invalidité de 75%, il évoque des douleurs résultants des pathologies orthopédiques ainsi que la fatigue et la lourdeur dues à la maladie occlusive artérielle et estime ne pas être en mesure de réaliser une activité rémunérée quelconque.

D.

Invité à prendre position sur le recours et à produire le dossier complet de la cause, l'OAIE, dans sa réponse du 7 mai 2007, propose le rejet du recours et la confirmation de la décision attaquée avec des motifs

qui seront repris, si nécessaire, dans les considérants en droit du présent arrêt.

E.

Par réplique du 5 juin 2007, l'assuré persiste entièrement dans les termes de son recours dont il maintient les conclusions.

F.

Dans sa duplique du 15 juin 2007, l'OAIE déclare avoir pris connaissance des remarques formulées en réplique et avoir constaté qu'elles n'apportent pas d'éléments nouveaux ou pertinents qui permettraient de s'écarter des précédentes conclusions.

G.

Par ordonnance du 22 juin 2007, l'autorité de céans a déclaré que l'échange d'écritures était clos et a communiqué la composition du collège appelé à statuer sur le fond de la cause.

Par ordonnance du 27 mars 2009, l'autorité de céans, suite à des changements intervenus au sein du Tribunal, a informé l'assuré que le collège appelé à statuer sur le fond de la cause sera composé des juges Madeleine Hirsig, Franziska Schneider et Beat Weber.

Aucune demande de récusation n'a été déposée dans le délai imparti de 10 jours.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 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^{bis} 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. L'art. 1 al. 1 LAI dispose que les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26^{bis} 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 Le requérant est citoyen d'un Etat membre de la Communauté européenne. Par conséquent, est applicable en l'espèce l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP, RS 0.142.112.681), entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, dont l'Annexe II règle la coordination des systèmes de sécurité sociale (art. 80a LAI).

Conformément à l'art. 3 al. 1 du Règlement (CEE) N° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, les personnes, qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres et auxquelles les dispositions dudit règlement sont applicables, sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout Etat membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci, sous réserve de dispositions particulières contenues dans ledit règlement.

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. Le requérant ne saurait donc tirer aucun argument du fait qu'il soit reconnu comme invalide par l'assurance

sociale espagnole (ATF 130 V 257 consid. 2.4).

2.2 La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} 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^{er} 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.

3.

S'agissant du droit applicable, il convient encore de préciser qu'à partir du 1^{er} janvier 2004 la présente procédure, quant au droit matériel, est régie par la teneur de la LAI modifiée par la nouvelle du 21 mars 2003 (4^{ème} révision), eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 445 consid. 1.2).

Le recourant a présenté sa première demande le 21 octobre 2004. En dérogation à l'art. 24 LPGA, l'art. 48 al. 2 LAI (dans sa teneur du 6 octobre 2000, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007) prévoit que si un assuré présente sa demande de rente plus de douze mois après la naissance du droit, les prestations ne sont allouées que pour les douze mois précédant le dépôt de la demande. Concrètement, le Tribunal peut se limiter à examiner si et dans quelle mesure le recourant avait droit à une rente le 21 octobre 2003 (12 mois avant le dépôt de la demande) ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 26 février 2007, date de la décision sur opposition attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 129 V 4 consid. 2.1 et 121 V 366 consid. 1b). Il s'ensuit que les dispositions relatives à la 5^{ème} révision, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 5129), ne sont pas prises en considération. Les dispositions de la LAI et de son ordonnance d'exécution seront donc citées dans la teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007.

4.

Selon les normes en vigueur durant la période soumise à l'examen de l'autorité de céans, tout requérant, pour avoir droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse, doit remplir cumulativement les conditions suivantes, à savoir être invalide au sens de la LPGA et de la LAI (art. 8 al. 1 LPGA, 4, 28, 29 al. 1 LAI) et compter une année

entière au moins de cotisations (art. 36 al. 1 LAI). Le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus d'une année au total et remplit donc la condition de la durée minimale de cotisations. Il reste à examiner si et dans quelle mesure il est invalide.

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, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles.

5.2 L'assuré a droit à un quart de rente s'il est invalide à 40% au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50%, à trois-quarts de rente s'il est invalide à 60% et à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins (art. 28 al. 1 LAI). Suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002 de l'ALCP, la restriction prévue à l'art. 28 al. 1^{er} 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 lorsque l'assuré est citoyen suisse ou ressortissant de l'UE et réside dans un Etat membre dans le sens de l'ALCP (ATF 130 V 253 consid. 3.1).

5.3 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 uniquement les pertes économiques liées à une atteinte à la santé physique ou psychique 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). Le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que les données fournies par les médecins constituent un élément utile pour déterminer quels travaux peuvent encore être exigés de l'assuré (ATF 125 V 261 consid. 4, 115 V consid. 2, 114 V 314 consid. 3c, 105 V 158 consid. 1; RCC 1991 p. 331 consid. 1c).

Le taux d'invalidité d'une personne exerçant une activité lucrative est fixé d'après la comparaison des revenus prévue par l'art. 16 LPGA, c'est-à-dire essentiellement selon des considérations économiques. Ainsi le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré (méthode générale).

5.4 Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI, le droit à une rente naît dès que l'assuré présente une incapacité durable de 40% au moins (lettre a) ou dès qu'il a présenté en moyenne, une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année sans interruption notable (lettre b; voir ATF 121 V 265 ss). D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la lettre a s'applique si l'état de santé de l'assuré est stabilisé et a acquis un caractère essentiellement irréversible, la lettre b si l'état de santé est labile, c'est-à-dire susceptible d'une amélioration ou d'une aggravation (ATF 111 V 22 consid. 2, 99 V 99, 96 V 44).

Une incapacité de travail de 20% doit être prise en compte pour le calcul de l'incapacité de travail moyenne selon l'art. 29 al. 1 let. b LAI (cf. chiffre marginal 2010 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [Pratique VSI] 1998 p. 124).

Par ailleurs, il est utile de rappeler que l'assuré cesse d'avoir droit à la rente d'invalidité dès qu'il peut prétendre la rente de vieillesse de l'AVS (art. 30 LAI). Conformément à l'art. 21 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS

831.10), dans sa teneur en vigueur dès le 1^{er} janvier 2008, ont droit à une rente de vieillesse les hommes qui ont atteint 65 ans révolus (al. 1 let. a). Le droit à une rente de vieillesse prend naissance le premier jour du mois suivant celui où a été atteint l'âge prescrit à l'al. 1 (al.2).

Dans le cas présent, l'assuré aura donc fait valoir un droit à la rente de vieillesse à partir du 1^{er} novembre 2008.

6.

6.1 Il résulte du dossier que l'assuré, après son rapatriement, a exercé son métier de manoeuvre dans la construction à plein temps, à savoir 8 heures par jour, dans le cadre de contrats de travail à durée limitée auprès de l'entreprise T._____ S.L. de novembre 1999 jusqu'au 25 avril 2003 pour un salaire mensuel de € 1'200.29. Selon ses propres déclarations contenues dans le questionnaire ad hoc, il n'a plus repris son activité, ni aucune autre, après la date mentionnée et se réfère aux rapports médicaux du dossier. Dans ces circonstances, c'est sur la base de la documentation médicale disponible qu'il convient d'examiner l'évolution de la capacité de travail après la cessation effective de l'activité le 25 avril 2003.

6.2 Les différents rapports médicaux produits font état d'un diabète, traité par antidiabétiques oraux, de gonarthrose et lésion méniscale bilatérale, traitée par arthroscopie et ménisectomie en janvier et novembre 2001 ainsi qu'en janvier 2006, de maladie de Dupuytren grade I de la main gauche, opérée en décembre 2003, et exérèse de cicatrice douloureuse en avril 2004, de maladie de Dupuytren grade II à droite, opérée en septembre 2004, et d'une oblitération de l'artère fémorale superficielle droite. Le caractère labile de ces atteintes, susceptibles d'évoluer, ne faisant pas de doute en l'espèce, la lettre a de l'art. 29 al. 1 LAI est inapplicable (cf. notamment ATF 121 V 264, 111 V 21 consid. 2b). Seule peut entrer en considération la lettre b de l'art. 29 al. 1 LAI qui prévoit une période d'attente d'une année à partir du début de l'incapacité de travail relevante pour la détermination du début du droit à la rente.

6.3 Quant à l'influence des atteintes décrites sur la capacité de travail de l'assuré, force est de constater que les avis des médecins qui se sont exprimés à ce sujet ne sont pas unanimes. Ainsi convient-il de retenir que, dans son premier rapport du 18 novembre 2004, le Dr M._____ a conclu à une capacité de travail complète tant dans l'activité habituelle d'ouvrier du bâtiment que dans toute activité

adaptée, avec un rendement réduit temporaire en raison de l'affection des mains. Dans son rapport du 4 octobre 2005 en revanche, ainsi que dans un dernier rapport du 6 mars 2006, le médecin inspecteur de l'EVI-INSS considère que l'activité habituelle n'est plus exigible, alors qu'une activité adaptée, sous réserve de quelques restrictions, pourrait être accomplie à temps complet. Alors que les médecins du service médical de l'OAIE admettent de manière concordante une incapacité de travail totale dans la profession habituelle d'ouvrier du bâtiment, leurs avis divergent quant à l'exigibilité d'une activité adaptée. A cet égard, le Dr L._____ estime que la poursuite d'une activité lucrative notable chez cet ancien ouvrier du bâtiment, atteint d'altérations dégénératives au niveau du squelette et d'un diabète avec complications, semble illusoire. Les Dresses B._____ et K._____, en revanche, considèrent en accord avec le Dr M._____ que dans une activité de substitution adaptée en position essentiellement assise et sans devoir supporter des charges, par exemple dans une fabrique, comme concierge, portier ou employé d'une réception, la capacité de travail reste entière.

En l'espèce, concernant la période à examiner jusqu'à la décision litigieuse du 26 février 2007, le Tribunal administratif fédéral n'a pas de motifs de s'écarter des conclusions concordantes du médecin inspecteur de l'EVI-INSS et des Dresses B._____ et K._____ du service médical de l'OAIE. En effet, force est de constater que les prises de positions du service médical des 8 décembre 2005 et 19 février 2007 se fondent sur une analyse attentive des données médicales et résultats d'exams objectifs au dossier. Ainsi, il est notamment question dans le dernier rapport médical espagnol du 8 mars 2006 de lombalgies mécaniques avec une limitation de la mobilité du rachis, sans déficit neurologique, d'un status post-op au niveau de la main gauche, avec une fonction tout à fait satisfaisante, normale à droite, de gonalgies bilatérales lors de la flexion forcée, ainsi que d'une claudication intermittente à droite sans signes de sciatique. Il en résulte que les limitations fonctionnelles sont, au total, peu importantes et tout à fait compatibles avec l'exercice d'une activité de substitution adaptée à plein temps telle que proposée. Dans ces circonstances, il convient de conclure que l'assuré, après l'arrêt de travail en avril 2003, n'a pas présenté d'incapacité de travail relevante durant une année au moins (cf. consid. 5.4) et que, durant la période soumise au pouvoir d'examen du Tribunal (cf. consid. 3 al. 2), il n'a pas subi d'invalidité au sens des dispositions légales en vigueur de sorte

que l'exercice d'une activité professionnelle adaptée à son état de santé aurait été exigible à temps complet. 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 de circonstances supplémentaires propres d'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 sur la structure des salaires (ESS), publiée par l'Office fédéral de la statistique, 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

légères et principalement assises, comparables à celles d'un salarié effectuant des activités simples et répétitives dans le secteur de la production en général, ainsi que dans le secteur des services en général, et dont le salaire mensuel moyen s'élevait à Fr. 4'734.08, fondé sur l'horaire usuel du secteur privé en 2004 de 41,6h/sem. Dans le cas concret, compte tenu de l'âge et du fait que l'assuré ne peut exercer que des activités légères et principalement assises, la diminution maximale admise de 25% du salaire par rapport au salaire de référence pratiquée par l'autorité inférieure est justifiée, ce qui conduit à ne retenir qu'un salaire d'invalidé de Fr. 3'550.56. Comparé au revenu mensuel moyen d'un salarié avec des activités simples et répétitives dans la construction de Fr. 5'034.23 pour l'horaire usuel de la branche en 2004 de 41,7h/sem, il résulte une perte de gain de 29,47%, soit une diminution de la capacité de gain de 29%, insuffisant pour fonder un droit à une rente d'invalidité. Par conséquent, la décision attaquée n'est pas critiquable et doit être confirmée.

7.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. Le recourant qui succombe n'a pas droit à une indemnité de partie (cf. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF *e contrario*). 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 sur opposition du 26 février 2007 est confirmée.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure et il n'est alloué aucune indemnité de dépens.

3.

Le présent arrêt est adressé :

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

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

La présidente du collège :

La greffière :

Madeleine Hirsig

Margit Martin

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 du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition :