



Cour III
C-2533/2008
{T 0/2}

Arrêt du 14 septembre 2009

Composition

Francesco Parrino (président du collège), Alberto Meuli
et Madeleine Hirsig, juges
Pascal Montavon, greffier.

Parties

A. _____,
représenté par Maître José Nogueira Esmoris,
A Coruña,
recourant,

contre

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

Objet

Assurance-invalidité (décision du 26 février 2008)

Faits :**A.**

Le ressortissant espagnol A._____, né en 1945, a travaillé en Suisse durant les années 1964 à 1967 et de 1969 à 1999 dans la construction. En Espagne, sa dernière activité a été celle de maçon. Il cessa son activité en raison de douleurs aux épaules et aux bras en octobre 2006 et déposa le 8 février 2007 une demande de prestations d'invalidité auprès de l'Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS; pce 3) qui la transmit à l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE).

B.

Dans le cadre de l'examen de cette demande, l'OAIE porta au dossier les pièces suivantes:

- le questionnaire à l'assuré daté du 30 août 2007 selon lequel l'intéressé n'exerce plus d'activité lucrative depuis le 3 octobre 2006, date à laquelle il a été mis en incapacité temporaire (pce 12),
- le questionnaire à l'employeur daté du 27 août 2007 selon lequel l'intéressé a été engagé à plein temps du 30 août 2004 au 30 novembre 2006 en tant que maçon pour des activités lourdes qui ont pu être effectuées jusqu'au 2 octobre 2006 (pce 11),
- un rapport radiologique du bras gauche daté du 3 novembre 2006 faisant état d'une petite quantité de liquide autour du tendon bicipital gauche, compatible avec une ténosynovite (pce 13),
- un rapport médical daté du 1^{er} décembre 2006 faisant état d'une incapacité permanente pour déchirure complète des coiffes des rotateurs du bras droit (pce 15),
- un rapport médical daté du 6 février 2007 du Dr B._____ confirmant les diagnostics précités affectant les deux bras et notant une incapacité de travail de l'intéressé relativement à son activité ordinaire (pce 16),

- un rapport détaillé E 213 du 27 février 2007 indiquant des limitations du bras gauche et une fonctionnalité complète du bras droit, posant le diagnostic de tendinite bicipitale du bras gauche et déchirure des coiffes des rotateurs du bras droit sans limitation fonctionnelle occasionnant une incapacité de travail temporaire pour toutes activités (pce 17),
- un acte de la Sécurité sociale espagnole daté du 28 juin 2007 retenant une incapacité de travail temporaire à compter du 3 octobre 2006 et une limitation actuelle dans les manipulations de charges sollicitant le bras gauche (pce 18).

C.

L'OAIE requit le Dr C._____, de son service médical, de se déterminer sur le dossier. Dans son rapport du 20 novembre 2007 ce médecin retint une périarthropathie de l'épaule gauche et, sans limitation fonctionnelle, la déchirure des coiffes des rotateurs de l'épaule droite entraînant pour l'activité de maçon une incapacité de travail de 80% dès le 3 octobre 2006 mais permettant une pleine capacité de travail dans des activités légères de substitution à compter de cette même date sans port de charges, ni travaux lourds, à condition d'éviter les milieux froids et humides. Le Dr C._____ énonça comme exemples les activités de concierge, gardien d'immeuble, surveillant de parking et musée, vente par correspondance, vendeur de billets, enregistrement, classement et archivage, distribution de courrier interne, commissionnaire, accueil, réceptionniste, téléphoniste, saisie de données, scannage (pce 21).

Se fondant sur l'appréciation du Dr C._____, l'OAIE effectua une évaluation de l'incapacité de gain de l'assuré en date du 14 décembre 2007. Il prit comme salaire de référence le revenu mensuel moyen d'un salarié avec des connaissances professionnelles spécialisées dans la construction en 2006 en Suisse, soit Fr. 5'422.- pour 40 h./sem. et Fr. 5'652.44 pour 41.7 h./sem. selon la durée hebdomadaire usuelle dans la branche. Il compara ce montant avec le revenu moyen en 2006 pour des activités adaptées et légères telles que proposées par le Dr C._____ exigibles à 100% simples et répétitives dans les services collectifs et personnels, le commerce de gros et de détails, la réparation d'articles domestique, les services fournis aux entreprises, soit Fr. 4'469.25 pour 40 h./sem. et Fr. 4'659.19 pour 41.7 h./sem usuelles en moyenne dans les services. Du montant précité l'OAIE

déduisit 25% pour tenir compte de l'âge de l'assuré (61 ans en 2006) et de ses limitations aux activités légères et obtint le revenu avec invalidité de Fr. 3'494.39 déterminant un taux d'invalidité de 38.17% ($(5'642.44 - 3'494.39) \times 100 : 5'652.44 = 38.17\%$), soit 38% dès le 3 octobre 2006 (pce 25).

D.

Par projet de décision du 20 décembre 2007, l'OAIE informa l'intéressé qu'il était apparu de son dossier qu'il ne présentait pas d'incapacité permanente de gain, ni une incapacité de travail moyenne suffisante, pendant une année, au sens de la loi sur l'invalidité prévoyant un taux seuil de 40% pour le droit à une rente. Il précisa que si sa dernière activité n'était plus exigible, l'exercice d'une activité lucrative plus légère [liste proposée par le Dr C. _____] sans port de charge et en évitant les nuisances telles que le froid et l'humidité, était exigible dans une mesure suffisante pour exclure le droit à une rente (pce 26).

E.

Dans le cadre d'une nouvelle demande du 12 novembre 2007 (pce 27), l'INSS fit parvenir à l'OAIE un nouveau rapport E 213 daté du 21 novembre 2007 notant une limitation de fonctionnalité inférieure à 50% pour le membre supérieur droit et supérieure à 50% pour le membre supérieur gauche et posant le diagnostic de tendinite au bras gauche et de calcification au niveau du trochiter gauche et de déchirure complète des coiffes des rotateurs du bras droit, limitant l'assuré à des travaux légers sans port de charges, lui permettant néanmoins d'exercer une activité légère adaptée à plein temps (pce 29).

F.

Contre le projet de décision de l'OAIE, l'intéressé, représenté par Me José Nogueira Esmoris, fit valoir par acte du 15 janvier 2008 être en incapacité de travail et requit l'octroi d'une rente entière ou partielle (pce 32). Au dossier figure également un acte de l'intéressé daté du 4 décembre 2007 reçu par l'OAIE le 13 février 2008 indiquant que ses atteintes à la santé ne relevaient pas d'un accident du travail ou de la circulation (pce 32).

Invité à se prononcer sur le résultat de l'audition, le Dr C. _____, dans son rapport du 13 février 2008, indiqua que les atteintes à la santé se limitaient aux épaules et qu'il n'y avait pas de limitation à une activité légère ne sollicitant pas la musculature des épaules et des

bras ni ne nécessitant de travailler au-dessus de la hauteur de la tête (pce 35).

G.

Par décision du 26 février 2008, l'OAIE rejeta la demande de rente de l'intéressé en se référant à un taux d'incapacité de travail indéterminé et à la possibilité pour l'intéressé d'exercer une activité plus légère adaptée « exigible à % avec une perte de gain de %, taux d'invalidité insuffisant pour ouvrir le droit à une rente » (sic). L'OAIE précisa que le fait qu'il ait été reconnu en invalidité permanente totale dans son pays ne liait pas l'assurance-invalidité suisse (pce 36).

H.

Contre cette décision, l'intéressé, représenté par son avocat, interjeta recours en date du 16 avril 2008. Il fit valoir avoir été reconnu par la Sécurité sociale de son pays en incapacité totale permanente par décision du 10 décembre 2007 et conclut à l'octroi d'une rente de l'assurance-invalidité suisse (pce TAF 1).

I.

Invité à se déterminer sur le recours, l'OAIE répondit que si l'intéressé n'était plus en mesure d'exercer son ancienne activité de maçon réputée lourde à compter du 3 octobre 2006, il était en mesure à compter de cette même date d'exercer une activité légère adaptée à son état de santé médicalement exigible à 100% dans le secteur des services collectifs et personnels, dans le commerce de gros (vente par correspondance) ou dans le commerce de détail ou encore des activités simples de bureau. Il indiqua qu'il était apparu de la comparaison de revenus avec et sans invalidité, tenant compte d'une réduction du revenu dans les activités de substitution de 25% pour raison d'âge et de limitation à des travaux légers, une invalidité de 38%, taux n'ouvrant pas le droit à une rente. L'OAIE conclut en conséquence au rejet du recours (pce TAF 3).

J.

Par réplique du 3 juillet 2008 date tampon, l'intéressé maintint son recours. Il fit valoir ses atteintes et limitations à ses deux bras et la nécessité d'éviter les efforts physiques sollicitant le membre supérieur gauche (pce TAF 6).

K.

Par décision incidente du 8 juillet 2008, le Tribunal de céans requit de

l'intéressé une avance de frais de procédure de Fr. 300.-, montant dont il s'acquitta dans les délais (pces TAF 7-10).

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), 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^{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. 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^{bis} 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 compte tenu des fêtes judiciaires 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^{er} 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^{er} 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'une ressortissante 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 131 V 9 consid. 1; 130 V 445 consid. 1.2 et les références). Les dispositions de la 5^{ème} révision de la LAI entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008 sont applicables et les dispositions citées ci-après sont sauf précision contraire celles en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2008. Toutefois, le droit à la rente s'étendant jusqu'au 31 décembre 2007 s'examine à la lumière des anciennes normes.

4.

À titre préliminaire, il sied encore de relever que la décision entreprise présente un vice de forme du fait qu'elle rejette la demande de rente d'invalidité présentée par l'intéressé sans préciser les taux d'invalidité et d'incapacité de travail. Compte tenu de ce vice dans la motivation, la décision pourrait être annulée et le dossier renvoyé à l'autorité inférieure pour nouvelle décision. En cours de procédure l'autorité inférieure a toutefois étayé à satisfaction sa décision et le recourant a eu l'occasion de se prononcer sur la réponse de l'OAIE. Ce vice a donc été réparé. En ces circonstances, une annulation de la décision attaquée se révélerait purement formaliste et violerait le principe de célérité sans que le recourant ne bénéficie finalement de l'annulation en question.

5.

Le recourant a présenté sa demande de rente le 8 février 2007. En dérogation à l'art. 24 LPGA, l'art. 48 al. 2 LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 prévoit que si l'assuré présente sa demande de rente plus de douze mois après la naissance du droit, les prestations ne sont allouées que pour les douze mois précédant le dépôt de la demande. En l'espèce, le Tribunal peut se limiter à examiner si le recourant avait droit à une rente le 8 février 2006 ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 26 février 2008, date de la décision attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 129 V 1 consid. 2.1 et ATF 121 V 362 consid. 1b). La nouvelle demande du 12 novembre 2007 (cf. pce 27), présentée en cours d'instruction de la première demande, est à cet égard sans incidence.

6.

6.1 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 LPGA/LAI et
- avoir versé des cotisations à l'AVS/AI, ou à une assurance sociale assimilée (FF 2005 p. 4291; art. 45 du règlement 1408/71) d'un Etat membre de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre échange (AELE), durant au moins une année, respectivement à compter du 1^{er} janvier 2008 durant au moins trois années (art. 36 al. 1 LAI). Dans ce dernier cas de figure, une année de cotisations doit être comptabilisée en Suisse (art. 36 al. 2 LAI).

6.2 En l'occurrence, le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus de trois ans au total et remplit, partant, la condition de la durée minimale de cotisations, que son droit à la rente s'ouvre, cas échéant, avant ou après le 1^{er} janvier 2008. Il reste dès lors à examiner s'il est invalide au sens de la LAI.

7.

7.1 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.

7.2 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%, 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 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 et art. 28 al. 2 LAI en vigueur dès le 1^{er} janvier 2008). Suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002 de l'Accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne, la restriction prévue à l'art. 28 al. 1^{er} LAI (art. 29 al. 4 à partir du 1^{er} janvier 2008) - 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.

7.3 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 ou dès qu'il a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année sans interruption notable (lettre b; voir ATF 121 V 264 consid. 6). D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la lettre a s'applique si l'état de santé de l'assuré est stabilisé et a acquis un caractère essentiellement irréversible, la lettre b si l'état de santé est labile, c'est-à-dire susceptible d'une amélioration ou d'une aggravation (ATF 111 V 21 consid. 2). 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. 29 al. 1 LAI (VSI 1998 p. 126 consid. 3c). Depuis le 1^{er} janvier 2008, l'art. 28 al. 1 LAI prévoit que 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.

7.4 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 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^{er} janvier 2008).

8.

Le recourant a travaillé en Suisse dans la construction de nombreuses années avant son retour en Espagne. De retour dans son pays il a notamment exercé une activité salariée de maçon du 30 août 2004 au 30 novembre 2006.

Or, 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. 28 al. 2 LAI (art. 28a al. 1 LAI à compter du 1^{er} janvier 2008), 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.

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).

9.

En l'espèce, il est établi que le recourant souffre d'atteintes aux épaules et aux membres supérieurs qui le limitent dans son activité professionnelle.

Par voie de conséquence, eu égard au fait qu'il ne s'agit pas là d'un état de santé stabilisé, la let. a de l'art. 29 al. 1 LAI est inapplicable; seule peut entrer en considération la let. b de cette disposition légale prévoyant en principe 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.

10.

10.1 Conformément au principe inquisitoire qui régit la procédure dans le domaine des assurances sociales (art. 43 LPG), l'administration est tenue de prendre d'office les mesures d'instruction nécessaires et de recueillir les renseignements dont elle a besoin. En particulier, elle doit mettre en oeuvre une expertise lorsqu'il apparaît nécessaire de clarifier les aspects médicaux du cas (ATF 117 V 282 consid. 4a).

10.2 L'art. 69 al. 2 RAI prescrit que l'Office AI 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. Les Offices AI peuvent convoquer les assurés à un entretien (art. 69 al. 3 RAI dans sa nouvelle teneur en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2008).

10.3 Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2^{ème} éd., Zurich 2009, art. 42 n° 19 p. 536 et les références; ATF 130 II 425 consid. 2.1 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 9C_859/2007 du 16 décembre 2008 consid. 5). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n° 10 p. 28).

11.

11.1 Le juge des assurances sociales doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle que soit leur provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Avant de conférer pleine valeur probante à un rapport médical, il s'assurera que les points litigieux ont fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prend également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée,

qu'il a été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale sont claires et enfin que les conclusions de l'expert sont dûment motivées (ATF 125 V 351 consid. 3a et les références).

11.2 La jurisprudence a posé des lignes directrices en ce qui concerne la manière d'apprécier certains types d'expertise ou de rapports médicaux. Ainsi, le juge ne s'écarter en principe pas sans motifs impératifs des conclusions d'une expertise médicale judiciaire, la tâche de l'expert étant précisément de mettre ses connaissances spéciales à la disposition de la justice afin de l'éclairer sur les aspects médicaux d'un état de fait donné (ATF 125 V 351 cons. 3b/aa). Au sujet des rapports établis par les médecins traitant, le juge peut et doit tenir compte du fait que selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc et les références). Cette constatation s'applique de même aux médecins non traitant consultés par un patient en vue d'obtenir un moyen de preuve à l'appui de sa requête. Toutefois le simple fait qu'un certificat médical est établi à la demande d'une partie et est produit pendant la procédure ne justifie pas en soi des doutes quant à sa valeur probante (ATF 125 V 351 consid. 3b/dd et les références citées).

12.

12.1 En l'espèce l'intéressé souffre depuis le 3 octobre 2006 d'une périarthropathie de l'épaule gauche et de la déchirure des coiffes des rotateurs de l'épaule droite. Ces affections ont été retenues invalidantes à compter de l'arrêt de travail de l'assuré le 3 octobre 2006. En date du 6 février 2007 le Dr B._____, posant le diagnostic précité, a retenu une incapacité de travail de l'intéressé relativement à son activité ordinaire, soit celle de maçon, mais non pour toute activité. Le rapport E 213 du 27 février 2007 retient le même diagnostic et énonce une incapacité temporaire pour toute activité mais relève une fonctionnalité complète du bras droit. Un second rapport E 213 du 21 novembre 2007 retient une limitation de fonctionnalité de moins de 50% pour le membre supérieur droit et de plus de 50% pour le membre supérieur gauche posant le diagnostic de tendinite au bras gauche et de calcification au niveau du trochiter gauche limitant l'assuré à des travaux légers sans port de charges, lui permettant d'exercer une activité

légère adaptée à plein temps. Il appert de ce qui précède que l'appréciation du Dr C. _____ de l'OAIE selon laquelle l'intéressé est en incapacité de travail à hauteur de 80% dans son activité ordinaire depuis le 3 octobre 2006 mais qu'il pouvait exercer une activité légère adaptée à plein temps depuis cette date est correcte compte tenu des autres rapports médicaux au dossier. Les activités de substitution légères et adaptées proposées par le médecins de l'OAIE sont compatibles avec l'atteinte à la santé de l'assuré, spécifiée aux membres supérieurs, et le limitant dans la mesure d'efforts et de travaux au-dessus de la tête. Ces activités peuvent être exercées au moins à compter d'octobre 2007.

12.2

12.2.1 Lorsqu'il s'agit d'examiner dans quelle mesure un assuré peut encore exploiter économiquement sa capacité de gain résiduelle sur le marché du travail entrant en considération pour lui, on ne saurait subordonner la concrétisation des possibilités de travail et des perspectives de gain à des exigences excessives (cf. arrêts du Tribunal fédéral 9C_236/2008 du 4 août 2008 consid. 4.2 et 9C_446/2008 du 18 septembre 2008 consid. 4.2).

12.2.2 S'il est vrai que des facteurs tels que l'âge, le manque de formation ou les difficultés linguistiques jouent un rôle non négligeable pour déterminer dans un cas concret les activités que l'on peut encore raisonnablement exiger d'un assuré, ils ne constituent pas des circonstances supplémentaires qui, à part le caractère raisonnablement exigible d'une activité, sont susceptibles d'influencer l'étendue de l'invalidité, même s'ils rendent parfois difficile, voire impossible la recherche d'une place et, partant, l'utilisation de la capacité de travail résiduelle. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'invalidité d'un assuré qui se trouve proche de l'âge donnant droit à la rente de vieillesse, il faut procéder à une analyse globale de la situation et se demander si, de manière réaliste, cet assuré est (ou était) en mesure de retrouver un emploi sur un marché équilibré du travail (arrêts du Tribunal fédéral I 61/05 du 27 juillet 2005 consid. 4.4 avec références, I 819/04 du 27 mai 2005 consid. 2.2). Indépendamment de l'examen de la condition de l'obligation de réduire le dommage (cf. ATF 123 V 233 consid. 3c et les références), cela revient à déterminer, dans le cas concret qui est soumis à l'administration ou au juge, si un employeur potentiel consentirait objectivement à engager l'assuré, compte tenu notamment des activités

qui restent exigibles de sa part en raison d'affections physiques ou psychiques, de l'adaptation éventuelle de son poste de travail à son handicap, de son expérience professionnelle et de sa situation sociale, le cas échéant de ses capacités d'adaptation à un nouvel emploi, du salaire et des contributions sociales patronales, ainsi que de la durée prévisible des rapports de travail (arrêts du Tribunal fédéral I 61/05 du 27 juillet 2005 consid. 4.4; I 819/04 du 27 mai 2005 consid. 2.2; I 462/02 du 26 mai 2003 consid. 2 s; I 401/01 du 4 avril 2002 consid. 4; arrêt du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 10 juillet 2008, SVR 2009 IV n° 8).

12.2.3 En l'espèce, le recourant, né le 7 janvier 1945, était âgé de 63 ans et 1 mois lorsque l'autorité inférieure a pris la décision entreprise le 26 février 2008. Il présentait donc un âge avancé au sens de la jurisprudence susmentionnée, de sorte qu'il y a lieu de prendre en considération ce facteur pour déterminer si l'assurée pouvait raisonnablement trouver une place de travail sur un marché de l'emploi équilibré (arrêts du Tribunal fédéral I 61/05 du 27 juillet 2005 consid. 5; I 819/04 du 27 mai 2005 consid. 2.2; I 401/01 du 4 avril 2002 consid. 4c; I 617/02 du 10 mars 2003 consid. 3.2.3).

Dans l'analyse globale de la situation, il convient tout d'abord de relever que, d'une part, l'assuré, malgré ses affections, peut exercer un très grand nombre de travaux légers, seules les activités nécessitant de porter des charges ou devant être exercées au-dessus de la tête étant limitées. En outre, une adaptation particulière d'un poste de travail n'apparaît pas nécessaire. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, ces circonstances constituent des indices importants qui parlent en faveur de la capacité du recourant de mettre à profit sa capacité résiduelle de travail (arrêts du Tribunal fédéral I 112/04 du 11 mai 2004 consid. 3.1; I 376/05 du 5 août 2005 consid. 4.2; I 304/06 du 22 janvier 2007 consid. 4.2; 9C_610/2007 du 23 octobre 2007 consid. 4.3).

Le Tribunal de céans remarque que malgré la limitation concernant les activités lourdes, il sied en particulier de relever que l'assuré ne présente pas de déficits fonctionnels significatifs. De plus, l'offre de main d'oeuvre pour des activités simples non physiques n'est en principe pas influencée de façon déterminante par l'âge des demandeurs d'emploi (arrêts du Tribunal fédéral I 39/04 du 20 juillet 2004 consid. 2.4; 9C_610/2007 du 23 octobre 2007 consid. 4.3).

Il convient finalement de relever que, au moment de la décision attaquée, un éventuel rapport de travail aurait pu durer potentiellement presque deux ans, ce qui n'est pas un laps de temps négligeable pour l'exercice d'un travail léger ne nécessitant pas de formation particulière.

Au vu de l'ensemble des circonstances, il n'apparaît par conséquent pas irréaliste que l'intéressé put mettre à profit sa capacité résiduelle de travail sur un marché de l'emploi équilibré.

13.

13.1 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.

13.2 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.

La comparaison de revenus doit s'effectuer sur le même marché du travail (ATF 110 V 273 consid. 4b; arrêt du Tribunal fédéral I 222/05 du 13 octobre 2005 consid. 6.1). S'agissant d'assurés résidant à l'étranger, en raison de la disparité des niveaux de rémunération et des coûts de la vie généralement entre la Suisse et leur pays de résidence, on ne saurait retenir le montant du dernier salaire obtenu par l'intéressé dans son Etat de résidence pour être comparé avec un revenu théorique statistique suisse. Dans ces situations, les rémunérations re-

tenues par l'enquête suisse sur la structure des salaires peuvent aussi servir à fixer le montant des revenus que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide.

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).

13.3 En l'espèce il y a lieu de procéder à une évaluation de l'invalidité selon la méthode générale par une comparaison de revenus entre, d'une part, le salaire mensuel moyen d'un salarié avec des connaissances professionnelles spécialisées (niveau 3) dans la construction en Suisse en 2006, soit, selon l'Enquête suisse sur les salaires 2006, Fr. 5'422.- pour 40 h./sem. et Fr. 5'652.44.- pour 41.7 h./sem. selon le temps de travail usuel dans la branche de la construction, avec, d'autre part, un revenu théorique 2006 pour des activités de substitution simples et légères toutes branches confondues des secteurs de la production en général, des services collectifs et personnels, du commerce de gros et de détail, de la réparation d'articles domestiques, de services fournis aux entreprises, soit en moyenne Fr. 4'469.25.- pour 40 h./sem. et Fr. 4'659.19.- pour 41.7 h./sem. selon le temps de travail usuel toutes branches confondues, sous déduction d'un certain pourcentage pour raison d'âge et de limitations dans les travaux légers, in casu 25%, soit Fr. 3'494.39.-. Or, on constate que l'assuré, du fait de son invalidité, subit une diminution de sa capacité de gain de 38.17%, soit 38%.

Il sied de relever que les salaires précités comparés indexés valeur 2008, compte tenu dans la construction d'une variation nominale de respectivement en 2007 de 1.7% et en 2008 de 2% et dans les activités de substitution retenues en moyenne de 1.3% en 2007 et de 2.2% en 2008, ne permettent pas d'atteindre le seuil de 40% ($(5'863,50 - 3'617.69) : 5'863.50 \times 100 = 38.30\%$).

14.

Vu ce qui précède, il s'ensuit que c'est à juste titre que les demandes de prestations de l'assurance-invalidité déposées par le recourant les 8 février et 12 novembre 2007 ont été rejetées par décision du 26 février 2008 de l'OAIE.

15.

15.1 Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, fixés par le Tribunal de céans à Fr. 300.- devraient être mis à la charge du recourant débouté (art. 69 al. 2 LAI en relation avec les art. 63 al. 1 et 5 PA et l'art. 3 let. b du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Compte tenu du vice dans la motivation de la décision (cf. consid. 4 ci-dessus), il est toutefois judicieux de ne pas prélever de frais de procédure. Le montant de l'avance de frais de Fr. 300.- est dès lors restitué au recourant.

15.2 Il n'est pas alloué de dépens au recourant qui au fond succombe (art. 64 al. 1 PA a *contrario* en relation avec les art. 7 ss FITAF).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure et le montant de l'avance de frais de Fr. 300.- est restitué au recourant.

3.

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

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Recommandé + AR)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. xxx.xx.xx.xxx)
- à l'Office fédéral des assurances sociales

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 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 :