



Cour III
C-3346/2008
{T 0/2}

Arrêt du 9 mars 2010

Composition

Vito Valenti (président du collège), Michael Peterli et
Francesco Parrino, juges,
Yannick Antoniazza-Hafner, greffier.

Parties

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

contre

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

Objet

Assurance-invalidité (décision du 28 avril 2008).

Faits :**A.**

Le ressortissant espagnol A._____ a travaillé en Suisse de 1969 à 1975 dans une entreprise de construction en qualité de maçon (pces 1, 4 p. 2, 5 et 30). De retour Espagne, il a continué d'exercer sa profession jusqu'au 8 septembre 2003, date à laquelle il a été victime d'une chute sur un chantier avec blessures notamment aux côtes et à la tête (pce 14) entraînant une mise en arrêt maladie jusqu'au 19 janvier 2004 (pce 12; pce 29 p. 7 n° 3). Il a ensuite repris son travail jusqu'au 15 janvier 2006 et a dès lors cessé d'exercer toute activité lucrative pour des raisons de santé (pce 10 p. 1 n° 2 et 4 et p. 2 n° 9). À partir du 21 novembre 2006, la sécurité sociale espagnole l'a mis au bénéfice d'une rente pour invalidité permanente absolue (pce 2 p. 3). En date du 15 décembre 2006, il a présenté une demande de prestations de l'assurance-invalidité auprès de l'Instituto Nacional de seguridad Social (INSS; pce 2 p. 6), lequel a transmis la requête à l'Office de l'assurance-invalidité pour les personnes résidant à l'étranger (OAIE).

B.

Lors de la procédure d'examen de la demande, l'OAIE verse au dossier notamment les pièces suivantes:

- cinq actes de la sécurité sociale espagnole; on note que deux documents sont datés des 27 décembre 2005 (pce 24) et 3 mai 2007 (pce 23) et que les autres n'ont pas de dates lisibles (pces 12-13 et 21);
- des rapports médicaux des 19 novembre 2003 (pce 14), 11 janvier 2005 (pce 16), 22 juillet 2005 (pce 11), 18 janvier 2006 (pce 22), 18 mars 2006 (pce 15), 24 mars 2006 (pce 40; cf également pce 19 p. 2), 3 novembre 2006 (pce 27);
- un rapport médical E 213 du 14 février 2007 (pce 29);
- un journal médical se rapportant aux dates suivantes: septembre 2005 et 28 mars 2006 (pce 18);
- un questionnaire à l'employeur daté du 9 novembre 2007, selon lequel l'assuré a été engagé à temps complet du 24 octobre

2005 au 20 novembre 2006 en qualité d'encoffreur et qu'il a été mis en congé maladie du 16 janvier au 20 novembre 2006 (pce 10);

- un questionnaire à l'assuré daté du 15 novembre 2007 (pce 12).

C.

L'OAIE soumet le dossier au Dr B._____, de son service médical, qui, dans son rapport daté du 12 janvier 2008 (pce 31), retient le diagnostic principal avec répercussion sur la capacité de travail de déficits neuropsychologiques sur encéphalopathie posttraumatique avec comme diagnostics associés un abaissement de l'humeur passager (affection ayant des répercussions sur la capacité de travail) et de perte du goût et de l'odorat (affection sans répercussion sur la capacité de travail). Le médecin de l'Office conclut que, à partir du 8 septembre 2003, l'activité habituelle n'était plus exigible de la part du recourant mais que, une année après l'accident, ce dernier était en mesure d'exercer une activité de substitution à temps complet sans risque de chute, sans contrainte de temps et sans responsabilité particulière. Il cite à titre d'exemple les professions et activités suivantes: "surveillant de parking/musée; réparation de petits appareils/articles domestiques; vendeur de billets; distribution de courrier interne, commissionnaire."

D.

D.a Sur ces bases, l'OAIE effectuée par acte du 18 février 2008 (pce 32) une évaluation de l'invalidité de l'intéressé en s'appuyant sur l'enquête de l'Office fédéral de la statistique portant sur la structure des salaires suisses en 2006 (cf. <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/04.html>; ATF 129 V 472 consid. 4.2.1). Il prend comme référence sans invalidité le salaire mensuel moyen d'un salarié présentant des connaissances professionnelles spécialisées dans le secteur de la construction (niveau de qualification 3) soit Fr. 5'422.- pour 40 h./sem. et Fr. 5'652.44 pour 41.7 h./sem. (temps de travail selon l'Office fédéral de la statistique).

D.b S'agissant du salaire de comparaison avec invalidité, l'OAIE remarque que les activités de substitution proposées par le Dr B._____ dans sa prise de position du 12 janvier 2008 sont comparables à des activités simples et répétitives dans les secteurs

« commerce de détail, réparation d'articles domestiques » (Fr. 4'383.- pour 40 h./sem.), « Informatique, Recherche et développement, services fournis aux entreprises » (Fr. 4'563.-), « autres services collectifs et personnels » (Fr. 4'259.-) soit une moyenne de Fr. 4'401.67 pour 40 h./sem. et de Fr. 4'588.74 pour 41.7 h./sem. (temps de travail tout secteur confondu selon l'Office fédéral de la statistique). Ce dernier montant est ensuite réduit de 20% (80% de 4'588.74 = Fr. 3'670.99), afin de tenir compte des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier.

D.c Partant, l'office compare un salaire mensuel sans invalidité de Fr. 5'652.44 à un salaire avec invalidité de Fr. 3'670.99. Le degré d'invalidité se monte ainsi à 35.05%. ($\frac{5'652.44 - 3'670.99}{5'652.44} \times 100$).

E.

Par projet de décision du 3 mars 2008 (pce 33), l'OAIE informe l'intéressé qu'il entend rejeter sa demande de prestation. Selon lui, il ressort des actes de la cause que l'assuré présente une incapacité de travail entière dans sa profession habituelle mais que, en revanche, une activité lucrative plus légère, mieux adaptée à son état de santé comme par exemple "surveillant de parking ou de musée, réparation de petits appareils/articles domestiques ou vendeurs de billets (travaux non lourds individuels à plein temps en position alternée sans responsabilité ni stress)" est exigible dans une mesure suffisante pour exclure le droit à une rente. L'autorité inférieure précise qu'il est sans importance, pour l'évaluation du degré d'invalidité, qu'une activité raisonnablement exigible soit effectivement exercée ou non. Il s'ensuit qu'il n'y a pas d'invalidité au sens de la législation suisse en matière d'assurance-invalidité.

F.

Par acte daté du 16 avril 2008 (pce 37), l'assuré, représenté par Maître Don José Nogueira Esmorís, fait part de son désaccord quant au projet de rejet. Il fait valoir que le traumatisme crânio-cérébral a eu des conséquences telles sur sa santé qu'il ne peut plus accomplir une activité quelconque, même légère et que, de ce fait, les institutions de sécurité sociale espagnoles lui ont reconnu une incapacité de travail totale pour toute profession. Il conclut au droit à une rente entière et, subsidiairement, à trois quarts de rente, à une demi-rente ou à un quart de rente. Il joint à son recours de la documentation médicale

déjà versée au dossier, à savoir un acte de la sécurité sociale espagnole non daté, des rapports médicaux des 15 octobre 2003, 11 janvier 2005, 22 juillet 2005, 18 janvier 2006, 18 mars 2006, 24 mars 2006, un journal médical se rapportant à septembre 2005 et au 28 mars 2006.

G.

Par décision du 28 avril 2008 (pce 46), l'OAIE rejette la demande de prestation de l'assuré, en mettant en avant l'exigibilité d'une activité de substitution plus légère, mieux adaptée à l'état de santé. Par ailleurs, il précise que les décisions de la sécurité sociale espagnole ne lient pas l'assurance-invalidité suisse, que l'activité raisonnablement exigible d'un assuré doit être déterminée en se référant aux conditions d'un marché équilibré, à savoir une notion théorique et abstraite qui sert de critère de distinction entre les différents domaines des assurances sociales et que l'assurance-invalidité n'a pas à répondre du fait qu'un assuré ne trouve pas de travail approprié en raison de son âge, dès lors qu'il s'agit d'un facteur étranger à l'invalidité.

H.

Par acte daté du 20 mai 2008 (pce TAF 1), l'assuré interjette recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision précitée. Faisant valoir ses affections et limitations fonctionnelles, il conclut au droit à une rente entière d'invalidité et, subsidiairement, à trois quarts de rente, à une demi-rente ou à un quart de rente.

I.

Invitée à se déterminer sur le recours, l'autorité inférieure, dans son préavis du 5 août 2008 (pce TAF 4), propose le rejet du recours et la confirmation de la décision attaquée.

J.

Par décision incidente du 21 août 2008 (pce TAF 6), notifiée le 28 août 2008 (pce 6), le Tribunal de céans notifie les observations de l'autorité inférieure au recourant et invite ce dernier à répliquer.

K.

Par réplique du 29 septembre 2008 (pce TAF 8), le recourant réitère ses conclusions antérieures.

Droit :**1.**

1.1 Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, le Tribunal de céans, en vertu de l'art. 31 LTAF en relation avec l'art. 33 let. d LTAF et l'art. 69 al. 1 let. b de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20), connaît des recours interjetés par les personnes résidant à l'étranger contre les décisions concernant l'octroi de rente d'invalidité prises par l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE).

1.2 Conformément à 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. 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 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'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.

3.

3.1 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.

3.2 En l'occurrence, la demande de prestations de l'assurance-invalidité du recourant date du 15 décembre 2006. Son droit éventuel à une rente doit ainsi être examiné à la lumière des dispositions de la LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_48/2009 du 28 avril 2009 consid. 4). Par ailleurs, il sied de relever que pour le droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse, objet du présent litige, l'application des nouvelles dispositions de la 5^{ème} révision de la LAI, cas échéant, pour la période du 1^{er} janvier au 28 avril 2008, date de la décision attaquée, ne serait pas plus favorable au recourant que l'application des dispositions de la LAI valables jusqu'au 31 décembre 2007.

3.3 En dérogation à l'art. 24 LPGA, l'art. 48 al. 2 LAI 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. Concrètement le Tribunal peut se limiter à examiner si le recourant avait droit à une rente le 15 décembre 2005 (12 mois avant le dépôt de la demande) ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 28 avril 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. 1.2; ATF 129 V 222, consid. 4.1; ATF 121 V 362 consid. 1b).

4.

Selon les normes applicables, tout requérant, pour avoir droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse, doit remplir cumulativement les conditions suivantes: d'une part être invalide au sens de la LPGA et de la LAI (art. 8 LPGA; art. 4, 28, 29 al. 1 LAI); d'autre part 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 (pce 1) et remplit donc la condition de la durée minimale de cotisations. Il reste à examiner s'il est invalide.

5.

5.1 L'invalidité au sens de la LPGA et de la LAI est l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée, qui peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art. 8 LPGA et 4 al. 1 LAI). Selon l'art. 7 LPGA, est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles.

5.2 Aux termes de l'art. 28 al. 1 LAI 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% 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. Les rentes correspondant à un degré d'invalidité inférieur à 50% ne sont versées qu'aux assurés qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse (art. 28 al. 1^{er} LAI). Toutefois, depuis l'entrée en vigueur des accords sur la libre circulation des personnes, les ressortissants de l'Union européenne qui présentent un degré d'invalidité de 40% au

moins, ont droit à un quart de rente en application de l'art. 28 al. 1 LAI à partir du 1^{er} juin 2002 s'ils ont leur domicile et leur résidence habituelle dans un Etat membre de l'UE.

5.3 Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI, le droit à une rente naît dès que l'assuré, *in casu* ressortissant de l'Union européenne, 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 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).

5.4 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 2020 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [Pratique VSI] 1998 p. 126 consid. 3c).

6.

6.1 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 exigé de lui après les traitements et les mesures de réadaptation sur un marché du travail équilibré.

6.2 Aux termes des art. 8 LPGA et 4 al. 1 LAI, l'objet assuré n'est pas l'atteinte à la santé physique, mais les conséquences économiques de celles-ci, à savoir une incapacité de gain probablement permanente ou de longue durée. 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 273 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 256 consid. 4, ATF 115

V 133 consid. 2, ATF 114 V 310 consid. 3c, ATF 105 V 156 consid. 1; RCC 1991 p. 331 consid. 1c).

7.

Conformément au principe inquisitoire qui régit la procédure dans le domaine des assurances sociales (art. 43 LPGA), 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).

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} édition, Zurich 2009, art. 42 n° 19 p. 536; ATF 122 II 469 consid. 4a). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst (Sozialversicherungsrecht [SVR] 2001 IV n° 10 p. 28).

8.

8.1 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 352 consid. 3a et les références).

8.2 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'écarte 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 consid. 3b/aa; 118 V 286 consid. 1b et les références). 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). Quant aux documents produits par le service médical d'un assureur étant partie au procès, le Tribunal fédéral n'exclut pas que l'assureur ou le juge des assurances sociales statuent en grande partie, voire exclusivement sur la base de ceux-ci. Dans de telles constellations, il convient toutefois de poser des exigences sévères à l'appréciation des preuves. Une instruction complémentaire sera ainsi requise, s'il subsiste des doutes, même minimes, quant au bien-fondé des rapports et expertises médicaux versés au dossier par l'assureur (ATF 122 V 157, 162 consid. 1d; ATF 123 V 175, 176 s consid. 3d; ATF 125 V 351, 353 s consid. 3b ee; cf. aussi arrêts du Tribunal fédéral I 143/07 du 14 septembre 2007 consid. 3.3 et 9C_55/2008 du 26 mai 2008 consid. 4.2 avec références, concernant les cas où le service médical n'examine pas l'assuré mais se limite à apprécier la documentation médicale déjà versée au dossier). Le simple fait qu'un avis médical divergent – même émanant d'un spécialiste – ait été produit ne suffit toutefois pas à lui seul à remettre en cause la valeur probante d'un rapport médical (arrêt du Tribunal fédéral U 365/06 du 26 janvier 2007 consid. 4.1).

9.

9.1 Il appert notamment du rapport E 213 du 14 février 2007 que l'assuré souffre de séquelles posttraumatiques avec lésions temporales post-contusionnelles droites et gauches consécutives à un accident de travail. Selon le médecin de l'INSS, cet événement a occasionné un traumatisme crânio-cérébral modéré avec oedème cérébral et contusion hémorragique, de multiples fractures, des contusions pulmonaires et des cavités d'encéphalomalacie résiduelle droite, gauche et fronto-basale gauche (pce 29 p. 8 n° 7 et p. 12 n° 7).

Il s'agit d'un status labile. Or, à défaut d'un état de santé stabilisé, la lettre a de l'art. 29 al. 1 LAI est inapplicable; seule peut entrer en considération la lettre b de cette disposition légale prévoyant 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.

9.2 Il convient ensuite d'examiner dans quelle mesure le recourant est en mesure d'exercer une activité lucrative sur le plan médical.

9.2.1 A titre liminaire, on rappelle que, 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). 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; arrêt du Tribunal fédéral I 376/05 du 5 août 2005 consid. 3.1). En l'espèce, il n'est de ce fait pas déterminant que les institutions de sécurité sociale espagnoles aient reconnu à l'assurée un droit à percevoir une rente d'invalidité (pce TAF 1 p. 9-12). Il n'y a ainsi pas lieu de se prononcer sur les divergences entre la notion d'invalidité selon la législation espagnole et celle selon l'ordre juridique suisse.

Par ailleurs, 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 références citées ; ATF 115 V 38 consid. 3d). Dans ce contexte, il convient de souligner que ni la situation familiale ou économique, ni 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 et supra consid. 6.1).

9.2.2 L'administration retient que l'assuré est à même d'exercer une activité de substitution à 100%, en se fondant essentiellement sur l'avis du Dr. B._____, de son service médicale (cf. supra let. C; rapport du 12 janvier 2008 [pce 31]). Cette appréciation est corroborée par le rapport médical E 213 du 14 février 2007. En effet, le Dr C._____ relève notamment que le patient se plaint de maux de tête, de sensation de déséquilibre et de perte de la mémoire (pce 29

p. 3 n° 4.1, p. 7 n° 2 et p. 8 n° 8). Sur le plan clinique, il fait part de l'absence de radiculopathie active (pce 29 p. 5 n° 4.8.1), d'un test de l'équilibre peu sûr (pce 29 p. 5 n° 4.10), de déficits dans l'attention et la concentration, de déficits dans la mémoire de fixation (pce 29 p. 8 n° 8), de lacunes de conversation lors d'entretiens prolongés (pce 29 p. 7 n° 2). Pour ces raisons, il conclut que la profession de maçon n'est plus exigible de la part l'assuré, mais que, par contre, ce dernier est en mesure d'exercer un travail de substitution à plein temps moyennant certaines limitations, à savoir exclure les situations stressantes répétées d'intensité moyenne (pce 29 p. 8 n°8), ne pas accomplir de tâches en hauteur avec risques de chute, éviter l'exposition au bruit, le travail nocturne, les activités requérant la marche sur des plans inclinés et l'utilisation d'échelles ou d'escaliers (pce 29 p. 9). On note que les autres documents médicaux versés au dossier ne se prononcent pas quant à l'exigibilité d'une activité de substitution de la part du recourant et qu'ils ne contiennent aucun élément permettant de remettre en cause l'évaluation convergente des Dr B._____ et C._____. En particulier, s'il est vrai que les institutions de sécurité sociale espagnoles ont fait part d'un trouble dépressif chez le recourant en date du 4 juillet 2005 (cf. pces 20-21), cette affection n'est plus mentionnée dans la documentation médicale postérieure (cf. notamment le rapport E 213 précité du 14 février 2007 p. 3 n° 4.1 et p. 7 n° 2). Par ailleurs, on note que l'assuré a pu reprendre une activité lucrative à plein temps du 6 octobre 2005 au 16 janvier 2006 (pce 10 p. 1). A l'instar du Dr B._____ (prise de position du 12 janvier 2008 [pce 31 p. 1]), il y a donc lieu de conclure que l'état dépressif diagnostiqué chez le recourant en juillet 2005 était de nature passagère et n'a donc pas affecté de manière durable sa capacité de travail.

Eu égard à l'ensemble de ces éléments, le Tribunal de céans peut se rallier aux conclusions du service médical de l'administration qui se base sur un dossier suffisamment complet pour se forger une conviction. Il convient donc de retenir que le recourant présente une capacité de travail à plein temps dans une activité adaptée à son état de santé (cf. à ce sujet supra let. C).

10.

10.1 L'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40% au moins (art. 28 al. 1 LAI). Pour l'évaluation de l'invalidité, le revenu du travail

que l'invalide pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui, après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, est comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la notion de marché équilibré du travail est une notion théorique et abstraite, qui sert de critère de distinction entre les cas tombant sous le coup de l'assurance-chômage et ceux qui relèvent de l'assurance-invalidité. Elle implique d'une part, un certain équilibre entre l'offre et la demande de main-d'oeuvre et, d'autre part, un marché du travail structuré de telle sorte qu'il offre un éventail d'emplois diversifiés. D'après ces critères, on déterminera si, dans les circonstances concrètes du cas, l'invalide a raisonnablement la possibilité de mettre à profit sa capacité résiduelle de gain, et s'il peut ou non réaliser un revenu excluant le droit à une rente (ATF 110 V 276 consid. 4b; voir également ATF 127 V 298 consid. 4c).

10.2 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); l'examen des faits doit être mené de manière à garantir dans un cas particulier que le degré d'invalidité est établi avec certitude. Il s'ensuit que pour évaluer l'invalidité, il n'y a pas lieu d'examiner si un invalide peut être placé eu égard aux conditions concrètes du marché du travail, mais uniquement de se demander s'il pourrait encore exploiter sa capacité résiduelle de travail lorsque les places de travail disponibles correspondent à l'offre de la main d'oeuvre. On ne saurait toutefois se fonder sur des possibilités d'emploi irréalistes, ou se borner à prendre en considération un genre d'activité quasiment inconnu du marché du travail. On ne peut en effet parler d'une activité raisonnablement exigible au sens de l'art. 28 al. 2 LAI dans la mesure où elle n'est possible que sous une forme tellement restreinte que le marché du travail général ne la connaît pratiquement pas ou qu'à la condition de concessions irréalistes de la part d'un employeur (arrêts du Tribunal fédéral I 61/05 du 27 juillet 2005 consid. 4.3 avec références).

10.3 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, de ses capacités d'adaptation à un nouvel emploi, du salaire et des contributions patronales à la prévoyance professionnelle obligatoire, ainsi que de la durée prévisible des rapports de travail (cf. arrêts du Tribunal fédéral I 1034/06 du 6 décembre 2007 consid. 3.3.3.2; 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).

10.4 La date où le droit à la rente aurait pu naître au plus tôt est en principe le moment déterminant pour procéder à l'analyse globale de la situation susmentionnée (arrêt du Tribunal fédéral 9C_354/2009 du 7 décembre 2009 consid. 5.2; arrêts du Tribunal administratif fédéral C-474/2007 du 17 mars 2009 consid. 9.3.5; C-8549/2007 du 4 novembre 2009 consid. 9.3.5; quant à l'exigibilité d'un changement de profession voire également arrêt du Tribunal fédéral 9C_612/2007 du 14 juillet 2008 consid. 5.2; I 761/04 du 14 juin 2005 consid. 2.3 se référant à l'ATF 129 V 222). Selon l'avis du Dr B._____, la

profession de maçon n'était plus exigible de la part du recourant dès le 8 septembre 2003 (prise de position du 12 janvier 2008 [pce 31]). Le Tribunal de céans ne voit pas de raisons suffisantes pour remettre en cause cette évaluation qui est tout à fait convaincante au vu des limitations fonctionnelles du recourant excluant notamment des activités avec risque de chute (cf. également pce 2 p. 2 n° 7.1). Le droit à la rente de l'assuré aurait ainsi pu naître au plus tôt le 8 septembre 2004 (cf. supra consid. 9.1), soit à un moment où le recourant, âgé de 59 ans, n'avait pas encore atteint le seuil à partir duquel on peut parler d'un âge avancé au sens de la jurisprudence susmentionnée (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_354/2009 du 7 décembre 2009 consid. 5.2).

Il est cependant vrai que, dans un certain nombre d'arrêts, le Tribunal fédéral a considéré comme moment déterminant la date du prononcé de la décision entreprise (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_104/2008 consid. 4 et les références citées). Quoiqu'il en soit, force est de constater que même en se basant sur cette dernière référence (l'assuré avait alors 62 ans et 10 mois) et en procédant à une analyse globale de la situation, l'exercice d'une activité adaptée ne semble pas déraisonnable dans la présente affaire. En effet, on relève que les affections dont souffre l'assuré n'apparaissent pas particulièrement invalidantes pour l'exercice des activités de substitution proposées (cf. à ce sujet supra consid. C; rapport E 213 du 14 février 2007 notamment p. 5 n° 4.8 et 4.10). Par ailleurs, une adaptation du poste de travail aux limitations fonctionnelles du recourant ne semble pas nécessaire et l'assuré aurait pu exercer cette nouvelle activité pendant une durée non négligeable (2 ans et 2 mois). Au demeurant, les activités proposées ne demandent pas de formation particulièrement intensive, voire se limitent à une mise au courant initiale, de sorte que les frais y relatifs d'un éventuel employeur auraient été limités. Dans ce contexte, on note que, selon le Dr C._____, l'assuré est en mesure d'améliorer sa capacité de travail moyennant une formation adéquate (rapport E 213 du 14 février 2007 p. 11 n° 11.12). Le Tribunal de céans peut donc conclure qu'il n'est pas irréaliste que le recourant puisse trouver un travail de substitution adapté à son état de santé sur un marché équilibré du travail.

11.

11.1

11.1.1 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. Le gain d'invalide est une donnée théorique et 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 (arrêts du Tribunal fédéral I 85/05 du 5 juin 2005 consid. 6.1 et 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 224 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 (ATF 135 V 58 consid. 3.1).

11.1.2 Le Tribunal fédéral a précisé que la comparaison des revenus doit être effectuée en se référant en principe à la situation au moment où le droit à la rente aurait pu naître au plus tôt (ATF 129 V 222 consid. 4.1 et 4.4). Il convient toutefois d'effectuer une comparaison des revenus ultérieure si, jusqu'au moment où la décision est rendue, une modification des salaires de référence se produit et que celle-ci a une incidence sur l'ampleur de la rente (ATF 129 V 222 consid. 4.2).

11.1.3 La comparaison de revenus doit s'effectuer sur le même marché du travail (ATF 110 V 276 consid. 4b). S'agissant d'assurés étrangers 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 retenues par l'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) peuvent aussi servir à fixer le montant des revenus que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide.

11.1.4 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 pas à ce titre de déduction globale supérieure à 25% (ATF 126 V 78 consid. 5).

11.2 En l'espèce, l'OAIE a effectué une évaluation de l'invalidité selon la méthode générale par une comparaison de revenus entre le salaire mensuel moyen d'un salarié avec des connaissances professionnelles spécialisées dans la construction (niveau de qualification 3) en 2006 (salaire de valide), avec un revenu théorique moyen 2006 pour des activités de substitution simples et répétitives proposées par le service médical de l'OAIE (salaire avec invalidité). Ayant en outre effectué une réduction de 20% pour tenir compte des particularités du cas d'espèce, l'autorité inférieure a constaté que l'assuré, du fait de son invalidité, subissait une diminution de sa capacité de gain de 35.05% ($\{5'652.44 - 3'670.99\} \times 100 : 5'652.44$; cf. supra consid. D). Il convient toutefois en principe de comparer les revenus en fonction de ce qu'ils étaient, ou auraient pu être douze mois après l'apparition des atteintes causant l'incapacité (art. 29 al. 1 let. b LAI; ATF 129 V 222 consid. 4.3.1 et 4.4; ATF 128 V 174; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-4599/2007 du 27 avril 2009 consid. 10.1). La comparaison des revenus doit donc être effectuée sur la bases des données salariales portant sur l'année 2004 (cf. supra consid. 10.4).

En procédant de la sorte, on retient pour le recourant un revenu statistique mensuel moyen de Fr. 5'358.- pour 40 h./sem. (secteur « construction », niveau de qualification 3). Après adaptation au nombre d'heures de travail hebdomadaires effectuées en 2004 en moyenne dans ce secteur, à savoir 41.7 heures h./sem., on obtient un revenu sans invalidité de Fr 5'585.72.

Les activités de substitution proposées par le service médical de l'OAIE, sont des activités légères comparables à des activités simples et répétitives, de niveau de qualification 4, dans les secteurs « commerce de détail, réparation d'articles domestiques » (Fr. 4'280.- pour 40 h./sem.), « Informatique, Recherche et développement, services fournis aux entreprises » (Fr. 4'333.-), « autres services collectifs et personnels » (Fr. 4'181.-). La moyenne de ces revenus – adaptés au nombre d'heures hebdomadaires effectuées en moyenne en 2004 (41.9, 41.7, 41.7 heures par semaine respectivement)

correspond à un montant de Fr. 4'453.05. Il convient encore d'opérer une réduction pour tenir compte des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier. Le Tribunal de céans ne voit aucune raison de remettre en cause la réduction de 20% retenue par l'administration qui prend suffisamment en considération l'âge et les limitations fonctionnelles de l'assuré (cf. supra consid. 11.1.4). Le revenu avec invalidité se monte ainsi à Fr. 3'562.44 (80% de 4'453.05 = 3'562.44).

La comparaison du revenu sans invalidité de Fr. 5'585.72 au revenu d'invalidité de Fr. 3'562.44 fait apparaître un préjudice économique de 36.22% ($[(5'585.72 - 3'562.44) \times 100] : 5'585.72$). Ce taux d'invalidité ne donne pas droit à une rente d'invalidité. En outre, on note qu'il en irait de même si la comparaison des revenus était effectuée en fonction des données ESS 2008, date de la décision entreprise ($[(5'826.08 - 3'702.21) \times 100] : 5'826.08 = 36.45\%$)

12.

Au vu de ce qui précède, il appert que la décision entreprise doit être confirmée et le recours rejeté.

13.

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, fixés par le Tribunal de céans à Fr. 400.-, sont mis à la charge du recourant débouté (art. 69 al. 2 LAI et 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]). Ce montant est en partie compensé par l'avance de frais de Fr. 393.- versée sur le compte du Tribunal de céans les 16 septembre 2008 et 21 octobre 2008 (pce TAF 7 p. 2 et TAF 12 p. 2), le recourant devant encore s'acquitter du solde restant de Fr. 7.-. Il n'est pas alloué de dépens (art. 64 al. 1 PA *a contrario* en relation avec les art. 7 ss FITAF).

(dispositif à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 400.-, sont mis à la charge du recourant. Ce montant est en partie compensé par l'avance de frais de Fr. 393.- versée par l'assuré. Partant, le recourant doit encore s'acquitter d'un montant de Fr. 7.-.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Recommandé avec avis de réception; facture)
- 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.

Le président du collège :

Le greffier :

Vito Valenti

Yannick Antoniazza-Hafner

Indication des voies de droit :

Le présent arrêt peut être attaqué 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. 44 ss, 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 :