



Cour III
C-3429/2007/
{T 0/2}

Arrêt du 21 avril 2009

Composition

Elena Avenati-Carpani (présidente du collège),
Alberto Meuli, Michael Peterli, juges,
Oliver Collaud, greffier.

Parties

A. _____,
recourant,

contre

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

Objet

Assurance-invalidité, décision du 16 janvier 2007.

Faits :**A.**

A._____, ressortissant portugais né en 1964, marié et père de deux enfants nés en 1992 et 1993, a travaillé en Suisse entre 1987 et 1991, après quoi il s'est rendu en France où il a exercé une activité lucrative jusqu'à la fin de l'année 2002, connaissant plusieurs périodes d'arrêt de travail ou de maladie au cours de l'année 2001 en raison d'un accident du travail (valgisation du genou gauche), avant d'être au chômage puis en arrêt maladie (pces OAIE 3, 13, 14 et 25).

B.

Statuant le 27 janvier 2003 sur un recours dont l'avait saisi A._____, le Tribunal du contentieux de l'incapacité de la Direction régionale des affaires sanitaires et sociales (ci-après: la DRASS) d'Ile-de-France a décidé que les séquelles présentées à la date du 21 juin 2002, résultant d'un accident du travail du 19 avril 2001, justifiaient l'attribution, tous éléments confondus, d'un taux d'incapacité permanente de 15% (pce OAIE 4 et 14).

Par décision du 13 septembre 2005, la Caisse Régionale D'Assurance Maladie D'Ile-de-France a constaté que A._____ présentait une invalidité réduisant d'au moins des deux tiers sa capacité de travail ou de gain et, par conséquent, l'a classé, à compter du 1^{er} octobre 2005, dans la catégorie des invalides capables d'exercer une activité rémunérée et ayant droit à une pension annuelle égale à 30% du salaire annuel moyen résultant des cotisations versées au cours des dix meilleures années d'assurance, soit EUR 5'538.72 en l'occurrence (pce OAIE 9).

C.

Agissant le 30 septembre 2005 par l'entremise des autorités françaises, A._____ a sollicité l'octroi de prestations de l'assurance-invalidité suisse (pce OAIE 1).

Dans le cadre de cette demande, les pièces suivantes, entre autres, ont été versées au dossier :

- le questionnaire à l'assuré signé de la main du requérant, mais non daté (pce OAIE 13);

- le rapport d'examen radiologique du rachis lombaire et du bassin établi par le Dr B. _____ en date du 7 octobre 2004 et faisant état d'une petite attitude scoliotique, de tassements d'allure ancienne en D12, L1 et L2 et d'aucune inégalité des membres inférieurs ou anomalie des articulations sacro-iliaques et coxo-fémorale (pce OAIE 15);
- le rapport d'examen du rachis par téléradiographie et de l'épaule gauche par radiographie établi par le Dr B. _____ en date du 30 décembre 2004 et concluant à un aspect normal de l'épaule, à une petite hyper-cyphose dorsale et à une déviation scoliotique dorso-lombaire d'intensité moyenne associée à une inégalité de 7 millimètres (mm) des membres inférieures au dépens du membre gauche (pce OAIE 16);
- le rapport E 213 du 17 octobre 2005 du Dr C. _____ qui a posé le diagnostic de trauma du rachis après accident du travail sans séquelles neuro-psychiatriques, a relevé une stabilisation de l'évolution de la pathologie et a observé, à titre de déficits fonctionnels, une raideur du rachis sans limitation fonctionnelle voire sans pathologie traumatique objective; ce médecin a noté que A. _____ ne pouvait plus exercer son ancienne activité à plein temps, mais que des activités légères adaptées étaient exigibles de lui à 50% (pce OAIE 17).

D.

Appelé à se prononcer sur le dossier, le Dr D. _____ du Service médical de l'OAIE a posé, dans sa prise de position du 21 juillet 2006 (pce OAIE 19), le diagnostic principal de suites de valgisation du genou gauche (accident du travail; 19 avril 2001) status après ostéotomie (date inconnue), le diagnostic associé avec répercussion sur la capacité de travail d'une scoliose mineure de la colonne vertébrale ainsi que de douleurs à l'épaule gauche et le diagnostic associé sans répercussion sur la capacité de travail d'une adipose (100 kg pour 1.77 m, d'où un indice de masse corporelle [IMC ou BMI] de 32). Dans son appréciation du cas, ce médecin a observé qu'il y avait un empêchement notable dans l'exercice d'activités lourdes et a déterminé la capacité de travail dans l'activité habituelle comme étant nulle du 19 avril 2001 au 22 juin 2002 et de 50% dès cette dernière date. Il a en outre estimé qu'il y avait une incapacité totale, du 19 avril 2001 au 22 juin 2002, puis une pleine capacité, à compter de cette

dernière date, dans l'exercice d'activités adaptées légères à modérément lourdes dans le secteur industriel (ouvrier non qualifié, manoeuvre dans une usine, production en général), dans les services collectifs et personnels (concierge, gardien d'immeuble ou de chantier) ou dans le commerce en général (magasinier, gestion des stocks, petites livraisons avec véhicule).

E.

En date du 23 août 2006, l'OAIE a procédé à l'évaluation de l'invalidité de A._____ par le biais de la méthode générale (pce OAIE 23). Le salaire sans invalidité a été déterminé à Fr. 5'585.72, soit le salaire mensuel moyen, à 41.7 heures par semaine, d'un salarié avec des connaissances professionnelles spécialisées dans la construction (Fr. 5'358.-- en 2004 pour 40 heures par semaines). A titre de salaire d'invalidé, l'office a calculé Fr. 4'751.41, soit un revenu mensuel moyen, à 40 heures par semaines, dans les domaines d'activité proposés par le Dr D._____ de Fr. 4'568.67 (Fr. 4853.--, Fr. 4'181.--, Fr. 4'672.--), augmenté en conséquence de la durée hebdomadaire moyenne usuelle dans ces domaines (41.6 heures par semaines). Sur cette base, l'OAIE a constaté que A._____ subissait, dès le 22 juin 2002, une diminution de 15% de sa capacité de gain du fait de son atteinte à la santé.

A encore été produit le questionnaire pour l'employeur E._____, signé le 14 septembre 2006, duquel il ressort que l'intéressé a travaillé en qualité de maçon-boiseur de juin 1994 au 9 décembre 2002, date à laquelle il a été licencié, qu'il a pu exercer son activité jusqu'au 7 octobre 2002, avec des absences pour accident et maladie du 19 avril au 10 juin 2001, du 16 au 26 juillet 2001 et du 12 octobre 2001 au 9 juin 2002 (pce OAIE 25).

F.

Par projet de décision du 14 novembre 2006 (pce OAIE 28), l'OAIE a informé A._____ que, nonobstant une diminution de moitié de la capacité de travail dans la dernière activité lucrative effectuée, l'exercice d'une activité plus légère, mieux adaptée à l'état de santé, était exigible dans une mesure suffisante pour exclure le droit à une rente, de sorte que la demande de prestations eût dû être rejetée. L'office a offert à l'intéressé la possibilité de présenter ses observations éventuelles dans un délai de trente jours dès réception du projet de décision.

L'intéressé n'a pas exercé son droit d'être entendu dans le délai qui lui avait été imparti.

Par décision du 16 janvier 2007, l'OAIE a rejeté la demande de prestations de l'assurance-invalidité introduite par A._____ au motif principal qu'il n'y avait ni incapacité permanente de gain, ni incapacité de travail moyenne suffisante, pendant une année, au sens des dispositions légales applicables.

G.

Agissant par acte daté du 9 mars 2007 et remis aux services postaux français le lendemain à l'intention des autorités françaises compétentes, A._____ a saisi le Tribunal administratif fédéral d'un recours dirigé contre la décision de l'OAIE du 16 janvier 2007. Concluant implicitement à l'octroi en sa faveur d'une rente entière de l'assurance-invalidité, le recourant a allégué que son état de santé était loin de s'être amélioré et qu'il souffrait de plus en plus.

H.

Par décision incidente du 1^{er} juin 2007, le Tribunal administratif fédéral a, entre autres, sollicité du recourant qu'il s'acquitte d'une avance sur les frais de procédure présumés dans un délai de quatorze jours dès réception, à défaut de quoi son recours serait déclaré irrecevable.

Par courrier remis le 9 juin 2007 aux services de La Poste française, A._____ a requis d'être dispensé du paiement d'une avance de frais. Par acte du 15 juin 2007, le Tribunal de céans a fait droit à cette requête, lui octroyant l'assistance judiciaire.

I.

Appelée à se prononcer sur le recours, l'autorité intimée en a proposé le rejet dans sa réponse du 29 août 2007, reprenant, pour l'essentiel, les motifs avancés dans la décision entreprise.

Par ordonnance du 4 septembre 2007, le Tribunal administratif fédéral a transmis un double de la réponse au recours à A._____ en lui impartissant un délai au 31 octobre 2007 pour produire une réplique, sans quoi l'échange d'écritures serait considéré comme clos.

A. _____ n'est pas intervenu auprès du Tribunal de céans dans ce délai.

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 administratif fédéral, 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-là 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. En application de l'art. 1 al. 1 LAI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26bis 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. Le recourant remplit manifestement ces conditions.

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 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.

2.2 L'examen du droit à des prestations selon la LAI est régi par la teneur de cette loi 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 130 V 445 et réf. cit.). Les dispositions de la 5^{ème} révision de la LAI et les modifications de la LPGA, toutes entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008, ne sont dès lors pas applicables en l'espèce.

3.

3.1 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'ALCP, 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.

3.2 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 Par ailleurs, 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 des assurances 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 257 consid. 2.4).

4.

Le recourant a présenté sa demande de rente le 30 septembre 2005. 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 de céans peut se limiter à examiner si le recourant avait droit à une rente le 30 septembre 2004 (12 mois avant le dépôt de la demande) ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 16 février 2007, date de la décision attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 130 V 445 consid. 1.2 et 1.2.1).

5.

5.1 Selon les normes en vigueur à la date de la décision attaquée, 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 durant une année au moins (art. 36 al. 1 LAI).

5.2 En l'occurrence, le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus d'une année au total et remplit, partant, la condition de la durée minimale de cotisations. Il reste dès lors à examiner si l'intéressé est invalide au sens de la LAI.

6.

6.1 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. 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).

6.2 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. Toutefois, 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). Depuis l'entrée en vigueur de l'ALCP, les ressortissants d'un Etat membre de la Communauté 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 s'ils ont leur domicile et leur résidence habituelle sur le sol d'un Etat membre.

7.

7.1 La notion d'invalidité, dont il est question à l'art. 8 LPGA et à l'art. 4 LAI est de nature économique/juridique et non 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 ou psychique, qui peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident, et non la maladie en tant que telle. 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 exigé de lui après les traitements et les mesures de réadaptation sur un marché du travail équilibré (art. 16 LPGA).

7.2 Selon une jurisprudence constante, bien que l'invalidité soit une notion juridique et économique les données fournies par les médecins constituent néanmoins un élément utile pour apprécier les conséquences de l'atteinte à la santé et pour déterminer quels travaux peuvent être encore raisonnablement exigés de l'assuré (ATF 115 V 133 consid. 2, 114 V 310 consid. 3c ; RCC 1991 p. 329 consid. 1c).

7.3 L'art. 69 du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI, RS 831.201) 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.

Le tribunal des assurances doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle que soit leur provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Avant de conférer pleine valeur probante à un rapport médical, il s'assurera que les points litigieux ont fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prend également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il a été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale sont claires et enfin que les conclusions de l'expert sont dûment motivées (ATF 125 V 352 consid. 3a et réf. cit.).

8.

En l'occurrence, il a été diagnostiqué tant par les médecins de la sécurité sociale française que par le médecin du Service médical de l'OAIE que A._____ souffrait principalement des suites de l'accident professionnel dont il a été victime en avril 2001 avec distorsion au genou gauche. En outre, la légère scoliose dorsale ainsi que les douleurs dont il souffre à l'épaule gauche ne sont pas contestées et ont également une répercussion sur sa capacité de travail.

Par voie de conséquence, eu égard au fait qu'il ne s'agit pas là d'un état de santé stabilisé, l'art. 29 al. 1 let. a LAI est inapplicable ; seule

peut entrer en considération l'art. 29 al. 1 let. b LAI, 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.

Dans la décision entreprise et sa réponse au recours, l'OAIE a estimé que A._____ ne présentait pas une incapacité de travail suffisante pour ouvrir le droit à une rente, dans la mesure où l'incapacité de gain qui en résultait ne dépassait pas 40%.

Le recourant – qui n'a exercé son droit d'être entendu ni en première instance ni en procédure de recours – avance que son état de santé ne s'est pas amélioré et estime, donc, avoir droit à une rente d'invalidité.

9.1 Dans son rapport E 213 du 17 octobre 2005 (pce OAIE 17), le Dr C._____ a indiqué que A._____ souffrait de troubles dus à un accident de travail, mais qu'il ne présentait pas de séquelles neurologiques ou psychiatriques, que l'état de santé évoluait vers une stabilisation et qu'hormis une raideur de la colonne vertébrale, l'assuré ne présentait pas de limitation fonctionnelle en relation avec l'exercice d'une activité lucrative. Ce médecin a relevé que l'assuré ne pouvait plus exercer son activité de maçon boiseur, mais qu'un travail adapté, de nature léger, pouvait être exercé à 50%.

Dans sa prise de position médicale du 21 juillet 2006 (pce OAIE 19), le Dr D._____ du Service médical de l'OAIE a relevé qu'en raison de la valgisation du genou gauche, état après ostéotomie, A._____ présentait un empêchement notable dans l'exercice d'activités lourdes, telles que celle de maçon-boiseur, et a déterminé la capacité de travail de l'assuré dans son activité habituelle comme étant nulle du 19 avril 2001 au 22 juin 2002 (convalescence après la valgisation) et de 50% dès cette dernière date en raison des atteintes à son état de santé. En ce qui concerne l'exercice d'une activité adaptée, ce médecin a estimé qu'il y avait une incapacité totale, du 19 avril 2001 au 22 juin 2002, puis une pleine capacité, à compter de cette dernière date. A cet égard, il a notamment observé que des travaux lourds avec port de charges devaient être évités et a proposé, en substitution, des activités légères à modérément lourdes dans le secteur industriel (ouvrier non qualifié, manoeuvre dans une usine, production en général), dans les services collectifs et personnels (concierge, gardien

d'immeuble ou de chantier) ou dans le commerce en général (magasinier, gestion des stocks, petites livraisons avec véhicule).

9.2 Force est de constater que le recourant présente une incapacité de travail d'au moins 50% dans l'activité de maçon-boiseur qu'il a exercée en dernier lieu, et ce depuis son accident de travail au mois d'avril 2001. Toutefois, l'autorité de céans ne voit pas en quoi A._____ serait empêché d'accomplir une activité adaptée à sa condition, comme par exemple ouvrier non qualifié, concierge, gardien d'immeuble ou de chantier, magasinier, petites livraisons avec véhicule ou gestion des stocks. En effet, ainsi que l'ont relevé tant le Dr D._____ du Service médical de l'OAIE que le Dr C._____ de la sécurité sociale française, les atteintes dont souffre A._____ n'occasionnent pas de limitation fonctionnelle en relation avec de tels travaux.

D'ailleurs, le Tribunal du contentieux de l'incapacité a estimé à 15% le taux d'incapacité permanente partielle résultant des suites de l'accident de travail du 19 avril 2001, et ce après consolidation de la blessure fixée à partir du 21 juin 2002.

Au vu des tâches qu'implique le travail dans les activités de substitution proposées par le médecin de l'OAIE, on peut retenir qu'il s'agit d'activités adaptées à la condition du recourant. Le Tribunal administratif fédéral peut donc conclure que le recourant dispose d'une capacité de travail limitée dans son activité précédente et, d'une manière générale, d'une pleine capacité de travail dans des activités de substitution adaptées à partir du 22 juin 2002. Or, même si une invalidité temporaire devait être admise pendant quelques mois dès avril 2002, aucune prestation de l'assurance-invalidité suisse ne pourrait être accordée au recourant avant le 30 septembre 2004 (cf. supra consid. 4). A cette date toutefois, la capacité de travail du recourant était entière dans des activités de substitution adaptées.

10.

L'invalidité – dont il convient de rappeler qu'il s'agit d'une notion économique et non pas médicale – est évaluée en comparant le revenu que l'intéressé pourrait obtenir en exerçant une activité qu'on peut raisonnablement attendre avec le revenu qu'il aurait eu s'il n'était pas devenu invalide (art. 16 LPG).

Le revenu de la personne valide se détermine en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce qu'elle aurait effectivement réalisé au moment déterminant si elle était en bonne santé (ATF 129 V 224 consid. 4.3.1). A ce titre, il convient en général de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé.

En l'absence d'un revenu effectivement réalisé après la survenance de l'atteinte à la santé, le Tribunal fédéral admet pour le calcul de l'invalidité le recours aux données statistiques suisses telles qu'elles ressortent de l'Enquête sur la structure des salaires (ESS) publiée par l'Office fédéral de la statistique (ATF 126 V 76 consid. 3b/aa et bb).

En l'occurrence, le recourant n'a ni présenté de chiffre concernant un éventuel salaire qu'il réaliserait dans une activité adaptée à son handicap ni même allégué avoir une telle activité. Dès lors, le fait de se référer à l'ESS pour déterminer le revenu résultant d'une activité qu'on peut raisonnablement attendre du recourant en considération de son état de santé n'est pas critiquable. Dans ce contexte, il convient également de se fonder sur l'ESS pour établir le revenu de l'intéressé sans invalidité. En effet, en ce qui concerne l'évaluation de l'invalidité qui s'effectue en comparant le revenu d'invalidité à celui sans invalidité, il importe que les deux termes de la comparaison soient effectivement commensurables et qu'ils se rapportent donc à un même marché du travail et soient issus d'une même base.

10.1 En l'espèce il convient de procéder à une évaluation de l'invalidité selon la méthode générale par une comparaison de revenus entre le salaire théorique que l'assuré aurait pu gagné en Suisse comme maçon-boiseur (niveau de qualification 3) avec un revenu théorique selon les activités de substitution légères à moyennement lourdes proposées par le Service médical de l'OAIE. Vu les circonstances, il s'agit de comparer les revenus en fonction de ce qu'ils étaient, ou auraient pu être, en 2004, douze mois avant le dépôt de la demande (art. 48 al. 2 LAI).

10.1.1 En se référant au Tableau TA1 relatif aux salaires bruts standardisés de l'ESS 2004 de l'Office fédéral de la statistique, valeur dans le domaine de la construction, pour un homme avec des connaissances professionnelles spécialisées (niveau de qualification 3), on retient pour le recourant un revenu statistique mensuel moyen de Fr. 5'358.--. Après adaptation au nombre d'heures de travail

hebdomadaires effectuées en 2004 en moyenne dans le secteur de la construction, à savoir 41.7 heures (La Vie économique 12-2008, B 9.2), par rapport aux 40 heures hebdomadaires standardisées de l'ESS, on obtient un revenu sans invalidité de Fr 5'586.--.

10.1.2 Les activités de substitution proposées par le Dr D. _____ du service médical de l'OAIE (pces OAIE 29 et 51), exigibles à plein temps, sont des activités légères à moyennement lourdes comparables à des activités simples et répétitives, de niveau de qualification 4 selon le Tableau TA1, dans le domaine des services collectifs et personnels (revenu mensuel selon l'ESS 2004 : Fr. 4'181.--), de l'industrie manufacturière (Fr. 4'592.--) ou du commerce de gros (Fr. 4'672.--). Ces revenus, adaptés au nombre d'heures hebdomadaires effectuées en moyenne en 2004 dans chaque secteur (41.7 [d'où Fr. 4'359.--], 41.2 [d'où Fr. 4'730.--] et 41.9 [d'où Fr. 4'894.--] heures par semaine respectivement; La Vie économique 12-2008, B 9.2), correspondent en moyenne à Fr. 4'661.--. Compte tenu de l'âge de l'assuré au jour de la décision querellée (42 ans) et de son handicap, somme toute modéré, il ne se justifie pas d'opérer une réduction du salaire d'invalidité. Un abaissement de 25% pour raison d'âge et de handicap est l'abaissement maximal admis par la jurisprudence (ATF 126 V 728 consid. 5), or rien au dossier ne permet d'inférer qu'un abaissement s'impose car dans des activités simples et répétitives, légères à moyennement lourdes, l'intéressé, qui est dans la force de l'âge, est réputé avoir une capacité de travail entière.

10.2 La comparaison du revenu sans invalidité de Fr. 5'586.-- au revenu d'invalidité de Fr. 4'661.-- fait apparaître un préjudice économique de 17% (16.55%). Le taux d'invalidité du recourant n'atteint donc pas, dans le cadre du présent examen (cf. supra consid. 4), les 40% nécessaires pour obtenir le droit à une rente.

10.3 Il est utile de relever que, selon un principe générale 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 123 V 96 consid. 4c, 115 V 53, 114 V 285 consid. 3, 11 V 239 consid. 2a; ULRICH MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, thèse, Berne 1985, p. 131).

Dans ce contexte il convient de souligner que ni l'âge, ni la situation familiale ou économique, en particulier un marché de l'emploi local restreint, un arrêt prolongé de l'activité professionnelle ne constituent un critère relevant pour l'octroi d'une rente d'invalidité. Ces circonstances bien que pouvant compromettre la reprise d'une activité ne peuvent être prises en considération dans l'évaluation de l'invalidité (arrêt du Tribunal fédéral I 175/04 du 28 janvier 2005 consid. 3 ; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI (VSI) 1999 p. 247 consid. 1, 1998 p. 296 consid. 3b).

11.

Le recours est par conséquent rejeté et la décision entreprise confirmée.

12.

Conformément à la décision incidente du Tribunal administratif fédéral du 15 juin 2007, le recourant qui bénéficie de l'assistance judiciaire partielle (art. 65 al. 1 PA) est dispensé du paiement des frais de procédure.

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Il n'est ni perçu de frais de procédure ni alloué de dépens.

3.

Le présent arrêt est adressé :

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

La présidente du collège :

Le greffier :

Elena Avenati-Carpani

Oliver Collaud

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 (art. 42 LTF).

Expédition :