



Arrêt du 1^{er} juillet 2011

Composition

Elena Avenati-Carpani, juge unique,
Delphine Queloz, greffière.

Parties

A. _____,
représenté par Maître José Nogueira Esmoris,
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 23 mars 2010).

Faits :**A.**

Le ressortissant espagnol, A._____, né en 1954, a travaillé en qualité de maçon et a cotisé à l'AVS/AI suisse obligatoire de 1972 à 1974 et de 1978 à 1979, pour une durée totale de 43 mois (pce 6). De retour dans son pays, il a continué d'exercer son activité professionnelle et a cessé de travailler le 3 avril 2009 suite à un accident non professionnel.

B.

Le 17 août 2009, il a déposé une demande de prestations d'invalidité auprès de l'Instituto nacional de la Seguridad social (INSS) qui l'a transmise à l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE; pces 1 à 4).

Dans le cadre de l'instruction de cette demande, l'OAIE a versé les pièces suivantes au dossier, entre autres;

- la certification d'entreprise du Ministère du travail et de l'immigration daté du 3 avril 2009 qui indique que l'assuré aurait subi un licenciement abusif en date du 3 avril 2009 (pce 9);
- le questionnaire pour l'assuré daté et signé du 27 octobre 2009 duquel il ressort qu'il a travaillé en qualité de maçon les 3 dernières années, 8 heures par jour, 40 heures par semaine pour un salaire mensuel brut de EUR 1'305.41, qu'il a été licencié abusivement le 3 avril 2009 et qu'il n'a jamais réduit son temps de travail (pce 11);
- le questionnaire pour l'employeur non signé et non daté duquel il ressort que l'assuré a travaillé en qualité de maçon jusqu'au 3 avril 2009, 8 heures par jour pour un salaire mensuel brut de EUR 1'303.-- et qu'il n'a jamais réduit son temps de travail (pce 13);
- le rapport de suivi clinique rédigé par le Dr B._____ pour fracture comminutive du tibia droit après une chute accidentelle à la maison traitée par ostéosynthèse (pce 16);
- le rapport E 213 du 18 août 2009 établi par le Dr C._____, médecin de l'INSS, diagnostiquant une fracture comminutive du tibia distal médial droit et du péroné droit le 23 mars 2008 et le retrait du matériel d'ostéosynthèse le 29 juillet 2009, mentionnant une évolution en principe favorable, conseillant d'éviter de charger la jambe droite, la station debout prolongée et le port de poids et indiquant une

incapacité de travail totale dans le travail de maçon et une pleine capacité de travail dans une activité de substitution (pce 17);

- le rapport du Dr D. _____ du 27 août 2009 qui fait état d'hypertension artérielle, de cardiopathie hypertensive (hypertrophie concentrique avec relaxation altérée), d'extrasystolie ventriculaire fréquente avec bigéminisme, d'hypertrophie bénigne de la prostate, d'insuffisance veineuse avec status après une varicectomie en août 2007, d'hémochromatose avec des mutations du gène HFE à la position H63D, de tendinite de la coiffe des rotateurs de l'épaule gauche, de fracture comminutive de l'extrémité distale du tibia et du péroné droit (mars 2008) traitée par ostéosynthèse, du tibia droit immobilisé, de l'enlèvement du matériel d'ostéosynthèse (juillet 2009) et de syndrome du sinus du tarse du pied droit (pce 18);

C.

Dans sa prise de position du 7 décembre 2009 (pce 21), la Dresse E. _____, médecin du Service médical de l'OAIE, a retenu comme diagnostic principal un status après fracture comminutive du tibia/péroné droit en mars 2008 traitée par ostéosynthèse et comme diagnostic associé avec répercussion sur la capacité de travail une cardiopathie hyperintensive avec extrasystolie ventriculaire traitée et a fixé une incapacité de travail dans l'activité habituelle de 70 % dès mars 2008 et une pleine capacité de travail dans une activité de substitution dès le 1^{er} juillet 2008. Elle a indiqué que, vu l'existence d'une fracture compliquée du tibia/péroné pour laquelle l'assuré a été opéré par ostéosynthèse, il n'est plus à même d'accomplir des travaux lourds et sur des terrains irréguliers et, de même, pour des raisons cardiologiques il ne peut exercer de travaux lourds, très exigeants physiquement ou très stressants mais, en revanche, des tâches plus sédentaires sont tout à fait exigibles 4 mois après la fracture et l'intervention subséquente, l'évolution ayant été favorable. Elle a proposé comme travail de substitution des activités permettant des positions alternées, des ports de charges de maximum 5 kg et qui évitent l'exposition au froid, au chaud, à l'humidité et aux intempéries telles qu'ouvrier non qualifié, manœuvre dans une usine ou une fabrique de production en général, de surveillant de parking ou de musée, de magasinier ou gestionnaire des stocks et de travail en usine dans la petite mécanique ou l'industrie alimentaire.

D.

Par évaluation de l'invalidité selon la méthode générale du 6 janvier 2010 (pce 22), l'OAIE a calculé que A. _____ subissait du fait de son atteinte

à la santé une diminution de sa capacité de gain de 70 % dès mars 2008 et de 28 % dès le 1^{er} juillet 2008.

E.

Par projet de décision du 19 janvier 2010 (pce 23), l'OAIE a informé l'assuré que sa demande de prestations de l'assurance-invalidité était rejetée au motif qu'il ressortait du dossier qu'il existait, dans l'exercice de la dernière activité, une incapacité de travail de 70 % mais, qu'en revanche, l'exercice d'une activité lucrative plus légère, mieux adaptée à l'état de santé était exigible à 100 % avec une perte de gain de 28 %, taux d'invalidité insuffisant pour ouvrir le droit à une rente.

F.

Le 2 mars 2010 (pce 24), A. _____ a formé opposition contre le projet de décision du 19 janvier 2010. Il a argué qu'il avait 55 ans, une réduction de gain totale, que la sécurité sociale espagnole l'avait déclaré inapte pour sa profession, que sa situation physique déplorable ne lui permettait pas de faire le moindre effort et qu'il n'avait pas de formation pour exercer une autre profession. Il n'a produit aucun document.

G.

Par décision du 23 mars 2010 (pce 25), l'OAIE a rejeté la demande de prestations de l'assurance invalidité déposée par A. _____. A l'appui de son prononcé, l'autorité inférieure a invoqué les mêmes motifs que ceux du projet de décision du 19 janvier 2010.

H.

Le 18 mai 2010 (TAF pce 1), A. _____ a interjeté recours, par le biais de son mandataire, contre la décision du 23 mars 2010 concluant à son annulation et à l'octroi d'une rente entière, d'un trois quart de rente, d'une demi-rente ou d'un quart de rente d'invalidité. Il a argué que la sécurité sociale espagnole lui avait reconnu une incapacité permanente totale pour sa profession habituelle. Il a produit le rapport médical du Dr F. _____ du service de traumatologie du 23 décembre 2009 qui indique une fracture comminutive du tibia droit après une chute accidentelle à la maison et qui mentionne qu'actuellement le patient présente des douleurs cliniques périmaléolaires avec déficits de l'amplitude articulaire et qu'il a parfois besoin d'aide pour marcher.

I.

Appelée à se prononcer sur la nouvelle documentation, la Dresse E. _____, médecin de l'OAIE, a indiqué, dans sa prise de

position du 20 août 2010 (pce 30) que celle-ci n'apportait pas d'élément nouveau, que sa prise de position précédente correspondait aux conclusions médicales du rapport E 213 du 18 août 2009 qui déclarait que l'assuré devait éviter de charger de manière excessive le membre inférieur droit, la marche prolongée et le port de charges mais qui concluait que les activités tenant compte de ces limitations étaient exigibles à temps plein. Ce médecin a confirmé son précédent avis médical.

J.

Par réponse du 2 septembre 2010 (TAF pce 5), l'OAIE a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée.

Par réplique de son mandataire du 23 septembre 2010 (TAF pce 8), le recourant a avancé les mêmes motivations que lors de son recours du 18 mai 2010 sans produire de documents.

K.

Par décision incidente du 4 octobre 2010 (TAF pce 9), le Tribunal administratif fédéral a imparti au recourant un délai de 30 jours dès réception pour s'acquitter, sous peine d'irrecevabilité du recours, d'une avance de Fr. 300.-- sur les frais de procédure présumés. A. _____ s'est acquitté dudit montant le 21 octobre 2010 (TAF pce 11).

Droit :

1.

1.1. Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, 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'octroi de prestations d'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).

1.2. En l'espèce, la Cour de céans est dès lors compétente pour connaître de la présente cause.

1.3. En vertu de l'art. 3 let. d^{bis} PA, auquel renvoie l'art. 37 LTAF, 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 la présente loi sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale, si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient. Or, l'art. 1 al. 1 LAI mentionne que les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26^{bis} et 28 à 70), à moins que la LAI ne déroge à la LPGA.

1.4. 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 recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). Le mémoire de recours indique les conclusions, motifs et moyens de preuve et porte la signature du recourant ou de son mandataire; celui-ci y joint l'expédition de la décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en ses mains (art. 52 al. 1 PA).

1.5. En l'espèce, le recours est recevable, vu qu'il a été déposé en temps utile et dans les formes requises par la loi (art. 60 al. 1 LPGA et 52 PA), et que l'avance sur les frais de procédure a été dûment acquittée.

2.

2.1. L'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne et ses États 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. À 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 États (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 États membres de la Communauté européenne et les ressortissants suisses bénéficient de l'égalité de traitement.

2.2. Selon l'art. 20 ALCP, sauf disposition contraire découlant de l'Annexe II, les accords de sécurité sociale bilatéraux entre la Suisse et les États 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 exclusivement du droit interne suisse (art. 40 par. 4 du règlement 1408/71).

2.3. 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.

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.

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 réf. cit.). 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.

5.

Le requérant conteste la validité matérielle de la décision de l'OAIE du

23 mars 2010, dans la mesure où il prétend avoir droit à une rente entière, un trois quart de rente, une demi-rente ou à un quart de rente d'invalidité.

6.

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

- être invalide au sens de la LPG/LAI et
- avoir compté au moins trois années de cotisations à l'AVS/AI (art. 36 LAI). Dans ce cadre, les cotisations versées à une assurance sociale assimilée d'un Etat membre de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre échange (AELE) peuvent également être prises en considération, à condition qu'une année au moins de cotisations peut être comptabilisée en Suisse (FF 2005 p. 4065; art. 45 du règlement 1408/71).

En l'espèce, le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI suisse pendant plus de trois années au total (pce 6) et remplit, partant, la condition de la durée minimale de cotisations. Il reste dès lors à examiner s'il est invalide au sens de la LAI.

7.

7.1. Aux termes de l'art. 8 al. 1 LPG, 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'art. 4 al. 2 LAI 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 % au moins, à trois-quarts de rente s'il est invalide à 60 % au moins et à une rente entière s'il est invalide à 70 % au moins (art. 28 al. 2 LAI). 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. art. 29 al. 4 LAI - selon laquelle les rentes correspondant à un taux d'invalidité inférieur à 50 % ne sont versées qu'aux assurés qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse (art. 13 LPG) - n'est plus applicable lorsqu'un assuré est un ressortissant suisse ou de l'UE et y réside.

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

7.4. Par incapacité de travail, l'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 LPGGA). L'incapacité de gain est définie à l'art. 7 al. 1 LPGGA et consiste dans toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré, sur un marché de travail équilibré, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles. 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 LPGGA).

7.5. 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 125 V 256 consid. 4, 115 V 133 consid. 2 et ATF 114 V 310 consid. 3c; arrêt du Tribunal fédéral I 599/04 du 28 juillet 2005 consid. 1.2).

8.

8.1. Selon les questionnaires aux actes, le recourant aurait pu exercer son activité de maçon à temps plein, 8 heures par jour, pour un salaire mensuel de EUR 1'305.41 sans devoir assumer un travail plus léger ni interrompre son activité pour raison de santé pendant cette période et aurait été licencié abusivement le 3 avril 2009. Or, le 23 mars 2008, le recourant a été victime d'un accident non professionnel qui a nécessité une ostéosynthèse.

Le Tribunal de céans peut donc retenir qu'au moins jusqu'à cette date le recourant n'a pas présenté d'invalidité au sens des dispositions légales suisses.

8.2. Pour la période successive, et en l'absence de données économiques, il faut donc se fonder sur la documentation médicale. En effet, 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 125 V 256 consid. 4, 115 V 133 consid. 2 et ATF 114 V 310 consid. 3c; arrêt du Tribunal fédéral I 599/04 du 28 juillet 2005 consid. 1.2).

9.

9.1. 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).

9.2. La jurisprudence a posé des lignes directrices en ce qui concerne la manière d'apprécier certains types d'expertise ou de rapports médicaux. Au sujet des rapports établis par les médecins traitants, 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). En ce qui concerne les 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).

10.

10.1. Il ressort des pièces médicales au dossier que le recourant souffre essentiellement d'un status après une fracture comminutive du tibia/péroné traitée par ostéosynthèse et d'une cardiopathie hypertensive avec extrasystolie ventriculaire traitée.

10.2. En ce qui concerne les conséquences des affections diagnostiquées sur la capacité de travail, le médecin de l'INSS a relevé, dans le rapport E 213 du 18 août 2009 que l'évolution était favorable mais que le recourant ne pouvait plus travailler comme maçon, en revanche, une activité adaptée à temps complet en évitant la station debout prolongée, le port de charges et la surcharge de la jambe droite était toutefois exigible.

10.3. De son côté, le médecin de l'OAIE, dans sa première prise de position du 7 décembre 2009, a considéré qu'en raison des suites de la fracture et de l'affection cardiaque, le recourant n'est plus en mesure d'exercer des travaux lourds, très exigeants physiquement, très stressants et sur terrains irréguliers. Concernant les autres affections dont est atteint l'assuré, en particulier l'hémochromatose et la cardiomyopathie, elles font l'objet d'un traitement thérapeutique adéquat. Il a donc estimé l'incapacité de travail dans l'activité habituelle à 70% dès mars 2008 et a reconnu une capacité de travail complète dans une activité de substitution dès le 1^{er} juillet 2008, soit 4 mois après la survenue de la fracture et de son opération.

10.4. Le recourant a, pour sa part, mis en exergue ses pathologies, leurs répercussions sur les activités ainsi que la reconnaissance par l'Espagne de son incapacité, il s'est également basé sur le rapport du Dr F. _____ du 23 décembre 2009 qui retient la présence de douleurs cliniques périmaléolaires avec déficits de l'amplitude articulaire et le besoin d'aide pour marcher.

S'exprimant sur le rapport médical du Dr F. _____, le médecin de l'OAIE constate que celui-ci n'apporte aucun élément nouveau et ne s'exprime pas sur la capacité de travail du recourant.

10.5. Au vu de ce qui précède, la Cour de céans constate que les médecins de l'INSS et de l'OAIE ont exprimé un avis concordant concernant la pleine capacité de travail dans une activité adaptée en tenant compte des limitations physiques et qu'aucun autre médecin n'a exprimé un avis discordant basé sur des constatations objectives concernant les limitations physiques et la capacité de travail résiduelle du recourant. Le Dr B. _____ dans le rapport de suivi clinique avait d'ailleurs constaté une évolution favorable de la consolidation de la fracture en particulier lors des contrôles effectués les 8 juillet et 26 août 2008. Le Tribunal peut donc conclure que le recourant présente dès lors une incapacité de travail dans son activité habituelle de 70 % dès mars 2008 et une capacité de travail de 100% dans une activité de substitution dès le 1^{er} juillet 2008.

11.

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.

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 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 les enquêtes suisses 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.

Le revenu d'invalidité doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé, la jurisprudence considère que le revenu d'invalidité peut être évalué sur la base des statistiques salariales (ATF 126 V 75 consid. 3b/aa et bb). La mesure dans laquelle les salaires ressortant des statistiques doivent être réduits, dépend de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier (limitations liées au handicap, âge, années de service, nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation) et résulte d'une évaluation dans les limites du pouvoir d'appréciation. Une déduction globale maximum de 25 % sur le

salaires statistiques permet de tenir compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative (ATF 126 cité consid. 5b/aa-cc). La déduction, qui doit être effectuée globalement, résulte d'une évaluation et doit être brièvement motivée par l'administration. Le juge des assurances sociales ne peut, sans motif pertinent, substituer son appréciation à celle de l'administration (ATF 126 cité consid. 6).

12.

12.1. En l'espèce, l'autorité inférieure s'est fiée aux données statistiques suisses et non à celles espagnoles, lesquelles ne présentent pas – faute d'en connaître la méthodologie – la même fiabilité et représentativité que celles disponibles en Suisse (cf. arrêt du Tribunal fédéral I 232/06 du 25 octobre 2006 consid. 4 et arrêt du Tribunal administratif fédéral C-3053/2006 du 4 septembre 2008 consid. 10.2.2). Ce procédé est correct. En effet, l'important dans l'évaluation de l'invalidité est que les deux termes de la comparaison, à savoir le revenu sans invalidité et le revenu d'invalidité, soient équivalents, c'est à dire qu'ils se rapportent à un même marché du travail et à une même année de référence (ATF 110 V 273 consid. 4d; arrêt du Tribunal fédéral I 383/06 du 5 avril 2007 consid. 4.4).

12.2. Il faut donc procéder à une évaluation de l'invalidité, selon la méthode générale, par une comparaison de revenus indexés à 2009 et non à 2008. En effet, selon la jurisprudence, les salaires avant et après invalidité doivent être indexés jusqu'à la date de la survenance du droit éventuel à la rente, c'est-à-dire lorsque les conditions de santé peuvent être considérées comme stabilisées (ATF 128 V 174 et 129 V 222). Or, le recourant présente une incapacité de travail de 70%, dans son ancienne activité depuis mars 2008, de sorte que le droit à la rente aurait pu naître au plus tôt une année après, soit en 2009.

12.3. En l'espèce, sur la base des données de l'enquête suisse des salaires publiées par l'OFS pour 2008 (Tableau TA1, hommes, niveau de qualification 3), le salaire mensuel moyen d'un salarié dans le domaine de la construction avec des connaissances professionnelles spécialisées était de Fr. 5'602.--. Après adaptation au nombre d'heures effectuées en 2009 dans le secteur concerné, à savoir 41.6 heures (par rapport aux 40 heures de base, La Vie économique 5-2011, B 9.2), on obtient un revenu sans invalidité de Fr. 5'826.--. Ce salaire doit être indexé à 2009 (indexation de 2%, La Vie économique 5-2011, Tableau B 10.2), ainsi on obtient un revenu mensuel sans invalidité de Fr. 5'942.--.

12.4. Le revenu d'invalidé tiré des données statistiques, doit tenir compte d'un large éventail d'activités légères existant sur le marché du travail. Un nombre suffisant d'entre elles permettent d'alterner les positions, d'éviter le port de charges de plus de 5 kg, la station debout prolongée et la surcharge sur le membre inférieur droit. Ces activités sont donc adaptées au handicap du recourant. De plus, la majeure partie de ces postes ne nécessite pas de formation particulière autre qu'une mise à jour initiale.

Les activités de substitution proposées par le service médical de l'OAIE sont des activités simples et répétitives que l'on trouve dans le secteur de la production (dont le revenu moyen en Suisse en 2008 pour les hommes, niveau de qualification 4 était de Fr. 5'137.--), dans les services collectifs et personnels (Fr. 4'291.--) et dans le commerce en général (Fr. 4'569.--) soit en moyenne Fr. 4'665.--. Ce montant doit ensuite être adapté à l'horaire usuel dans le secteur tertiaire et secondaire en 2009 soit une moyenne de 41.5 heures (par rapport aux 40 heures de base, la Vie économique 5-2011, B. 9.2) et indexé à 2009 (soit une moyenne générale de 2.1%, la Vie économique 5-2011, B. 10.2). On obtient ainsi un revenu mensuel, avec un abattement de 15 % pour tenir compte des circonstances personnelles et professionnelles de l'assuré, de Fr. 4'200.--

12.5. En procédant à la comparaison des deux salaires, selon la formule $[(5'942 - 4'200) \times 100 : 5'942]$, l'on obtient une perte de gain de 29%, correspondant à une capacité de travail de 100% dans une activité de substitution, valeur qui n'ouvre pas de droit à une rente d'invalidité suisse.

13.

Il est en outre utile de rappeler que, selon un principe général valable en assurances sociales, tout invalide qui demande des prestations de cette assurance doit entreprendre de son propre chef tout ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui, afin d'atténuer autant que possible les conséquences de son invalidité (ATF 130 V 97 consid. 3.2 et réf. cit.). Le fait que le recourant ne mette pas en valeur sa capacité résiduelle de travail pour des raisons étrangères à l'invalidité ne relève pas de l'assurance invalidité, car il s'agit là de facteurs qui ne sont pas liés à l'invalidité et que l'assurance-invalidité n'est pas tenue de prendre en charge (RCC 1991 p. 329 consid. 3c). Dans ce contexte, la formation professionnelle, les aptitudes physiques et mentales de l'assuré, ainsi que son âge, ne sont pas des facteurs supplémentaires propres à influencer l'étendue de l'invalidité (ATF 107 V 21 consid. 2c; RCC 1991 p. 333 consid. 3c, 1989 p. 325 consid. 2b, 1982 p. 34 consid. 2c).

Par conséquent, le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

14.

Au vu de ce qui précède, il appert que le recours est manifestement infondé. Il convient donc de statuer sur le présent litige dans une procédure à juge unique en application de l'art. 85^{bis} al. 3 LAVS en relation avec l'art. 23 al. 2 LTAF.

15.

15.1. Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, fixés par le Tribunal de céans à Fr. 300.--, 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 173.320.02]). Ce montant est compensé par l'avance de frais du même montant déjà versée.

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

(dispositif à la page 16)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 300.--, sont mis à la charge du recourant. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 300.--.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Recommandé AR)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. ___/____.____.____.____; Recommandé)
- à l'Office fédéral des assurances sociales, Berne (Recommandé)

La juge unique :

La greffière :

Elena Avenati-Carpani

Delphine Queloz

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :