



Cour III
C-3897/2007

{T 0/2}

Arrêt du 28 mai 2009

Composition

Francesco Parrino (président du collège), Vito Valenti,
Beat Weber, juges,
Pascal Montavon, 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 sur opposition du
15 mai 2007).

Faits :**A.**

Le ressortissant portugais A._____, né en 1958, a travaillé en Suisse dans la construction de mars 1988 à décembre 1991 (pce 4). A partir du 30 août 1991 il fut en incapacité de travail en raison notamment de lombalgies avec sciatalgies intermittentes (pces 24 s.). Il retourna au Portugal et exerça ensuite une activité de maçon indépendant de 1992 au 24 septembre 2002 (pce 35), qu'il arrêta en raison d'une hernie discale (pce 11). En date du 18 novembre 2003 il présenta un demande de prestations d'invalidité suisses auprès de l'Instituto de Solidariedade e Segurança Social (ISSS, pce 7) qui la transmet à l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE).

B.

Dans le cadre de la demande de prestations, l'OAIE porta au dossier les documents ci-après:

- le questionnaire à l'assuré non daté selon lequel l'intéressé a travaillé en tant que maçon de 1972 à 2002 et a cessé son travail le 24 septembre 2002 pour cause de hernie discale; l'intéressé indiqua que sa hernie discale s'était déclarée en Suisse et qu'il avait été opéré deux fois au Portugal en 1994 et en 2002 (pce 11),
- le questionnaire à l'employeur daté du 26 octobre 2004 signé par l'intéressé indiquant une activité indépendante depuis juillet 1992 cessée le 24 septembre 2002, des interruptions fréquentes de travail, une capacité de travail de 50% limitée aux travaux de moindres efforts de 1994 à 2002 (pce 12),
- le questionnaire pour indépendants daté du 16 novembre 2004 indiquant une activité totalement arrêtée (pce 14),
- une correspondance de l'intéressé à l'OAIE datée du 14 décembre 2004 indiquant une activité indépendante très limitée en raison de sa hernie discale (pce 17),
- un CT-lombaire daté du 3 septembre 1991 faisant état d'une petite hernie discale en L5-S1, médiane et para-médiane gau-

che, relevant la présence d'une arthrose articulaire postérieure plus marquée en L5-S1 qu'en L4-L5 (pce 20),

- un rapport médical du Dr B._____ daté du 3 septembre 1991 posant le diagnostic de lombosciatalgie de topographie cliniquement imprécise et sans déficit net, réflexes achiliens faibles, Lasègue positif à gauche, asymétrie S1 gauche sur fond de polynévrite sensitive, signes neurogènes chroniques prédominant en L5 gauche, affection biradiculaire L5 et S1 gauche (pce 22),
- un rapport médical signé du Dr C._____, daté du 11 septembre 1991, relevant après le diagnostic précité de l'assuré un très discret syndrome vertébral lombaire avec touche irritative radiculaire L5 ou S1 minime et un Lasègue à 80° (pce 25),
- un rapport médical daté du 9 mars 1997 établi à la Clinique orthopédique et traumatologique Dr D._____ selon lequel l'intéressé a déclaré une hernie discale L5-S1 en 1991 et a été opéré en 1994 et 2002; le rapport note des lombalgies chroniques avec une sciatalgie gauche invalidantes, des signes de laminectomie gauche avec tissu fibrogranuleux entourant la racine S1 gauche selon un RMN du 6 décembre 2002, une rigidité de la colonne vertébrale à l'examen clinique neurologique, une dds de 44 cm, un Lasègue positif à 45° à gauche, une hyposthénie au niveau L5-S1 gauche, soit des affections non compatibles avec une profession occasionnant des efforts violents comme celles de la construction, dont il s'ensuit une incapacité définitive (pces 18 s.),
- un rapport de RM lombaire daté du 5 septembre 2002 faisant état d'une déshydratation du disque L5-S1, d'une volumineuse hernie discale centre gauche comprimant la racine S1, d'une discrète altération dégénérative de la plateforme vertébrale supérieure L5, d'un conduit canalaire normal, d'une lordose lombaire normale (pce 26),
- un rapport radiologique daté du 6 décembre 2002 de la colonne lombo-sacrée faisant notamment état d'une modeste réduction du disque L5-S1, de dégénérescence chronique des plateformes vertébrales adjacentes, pas de récurrence de hernie discale

ou de fragment discal comprimant le nerf, pas d'autres altérations au niveau de la colonne lombaire (pce 27),

- un rapport médical daté du 30 mars 2004 faisant état de lombalgies avec irradiation au membre inférieur gauche ne relevant pas d'incapacité à l'exercice de la profession de l'intéressé (pce 29),
- un rapport médical détaillé E 213 de la Sécurité sociale portugaise du 8 juin 2005 faisant état de rachialgies au niveau lombaire avec irradiation au MIG, paresthésie et diminution de force musculaire, bon état général (180cm/86kg), mobilité de la colonne avec douleur à la flexion antérieure dorso-lombaire, dds de 25 cm, mobilité conservée des membres supérieurs, marche sans altération, affections permettant à l'intéressé d'exercer son activité professionnelle à 50% (pce 34),
- un rapport médical signé du Dr D._____ daté du 21 juin 2005 rappelant l'historique des atteintes à la santé, notant notamment une rigidité lombaire, une dds de 46 cm, un Lasègue positif à 45° gauche, un déficit sensitif en L5-S1 gauche, l'impossibilité de la marche sur la pointe des pieds et concluant à une incapacité de travail de 70% dans la profession de l'intéressé (pce 33),
- un rapport médical neurologique signé du Dr E._____ daté du 5 juillet 2005 posant le diagnostic de symptomatologie sciatique (L5-S1) gauche avec incapacité marquée fonctionnelle douloureuse, physiothérapie sans résultat (pce 32).

C.

L'OAIE remet le dossier médical de l'intéressé au Dr F._____ de son service pour appréciation, lequel retint dans son rapport du 21 novembre 2005 le diagnostic de lombosciatalgie gauche post double opération pour hernie discale en 1994 et 2002, douleurs d'origine radiculaire à la jambe gauche, atteintes limitant l'intéressé dans sa profession de maçon à raison de 70% depuis sa dernière opération, mais ne le limitant aucunement dès le 1^{er} septembre 2002 dans des activités légères à mi-lourdes telles que magasinier, surveillant, ouvrier dans l'industrie légère à moyenne (pces 35-37).

D.

L'OAIE effectua une évaluation de l'invalidité économique de l'assuré en date du 17 janvier 2006. Il prit pour référence, selon l'Enquête suisse du secteur privé sur la structure des salaires en 2004, le salaire en Suisse d'un salarié avec des connaissances professionnelles spécialisées dans la construction, soit Fr. 5'358.- pour 40 h./sem. et Fr. 5'585.72 pour 41.7 h./sem. usuelles dans la branche et compara ce montant avec les revenus d'activités de substitution simples et répétitives (secteur de la production en général: Fr. 4'853.-, services collectifs et personnels: Fr. 4'181.-; commerce de détail: Fr. 4'672.-) telles que proposées par le Dr F._____ exigibles à 100%, soit en moyenne Fr. 4'568.67 pour 40 h./sem. et Fr. 4'751.41 pour 41.6 h./sem. usuelles toutes branches confondues, duquel 5% furent déduit pour raison d'âge et de limitation à des activités légères, soit Fr. 4'513.84, déterminant une invalidité économique de 19.19% ($[5'585.72 - 4'513.84] \times 100 : 5'585.72 = 19.19\%$; pce 46).

E.

Par décision du 25 janvier 2006 l'OAIE informa l'assuré qu'il était apparu de son dossier qu'il ne présentait pas une incapacité permanente de gain, ni une incapacité de travail moyenne suffisante, pendant une année, au sens des dispositions de la LAI prévoyant un seuil d'incapacité de gain de 40% au moins sur une année pour le droit à une rente. Il précisa que, bien que sa dernière activité lucrative ne fut plus exigible, l'exercice d'une activité lucrative plus légère, mieux adaptée à son état de santé, était exigible dans une mesure suffisante pour exclure le droit à une rente. Il indiqua à titre d'exemple les activités d'ouvrier non qualifié, de manoeuvre dans une usine / fabrique / production en général, de concierge / gardien d'immeuble / de chantier, magasinier / gestion des stocks et rejeta la demande de prestations d'assurance (pce 47).

F.

Contre cette décision, l'intéressé, représenté par Jaime Andrade, fit part de son désaccord par acte du 15 février 2006 arguant ne pas être en mesure de pouvoir rester plus d'une heure debout et concluant à de nouveaux examens de son état de santé (pce 48). Par acte du 5 mars 2007, l'OAIE requit du représentant de l'assuré une procuration (pce 51). Celle-ci fut adressée à l'OAIE par courrier du 21 mars 2007 avec un nouveau rapport médical de la Clinique orthopédique et traumatologique S. Joao da Madeira du 9 mars 2007 rappelant les attein-

tes de l'intéressé, indiquant entre autres une rigidité accentuée de la colonne vertébrale, une dds de 44 cm, un Lasègue à 45° gauche, une hyposthénie au niveau L5-S1, l'impossibilité pour l'assuré d'exercer sa profession (pce 52 et annexes).

G.

L'OAIE transmet le dossier au Dr F._____ pour nouvelle prise de position. Dans son rapport du 9 mai 2007 ce médecin indiqua que le rapport faisait état du diagnostic connu, n'apportait pas de nouveaux éléments et confirmait sa prise de position antérieure selon laquelle l'assuré ne pouvait plus exercer de travaux lourds. Il nota que le rapport ne prenait pas position sur la possibilité de travaux légers à moyens, mais que, vu la même appréciation des limitations de l'intéressé, il n'y avait aucun motif de modifier sa prise de position antérieure du 21 novembre 2005 (pce 54).

H.

Par décision sur opposition du 15 mai 2007, l'OAIE confirma sa décision faisant valoir que le rapport orthopédique du 7 mars 2007 confirmait que l'intéressé présentait une incapacité de travail de 70% dans son activité de maçon, mais qu'une activité légère, voire moyenne, comme gardien, concierge, magasinier, ouvrier, était toujours raisonnablement exigible du point de vue médical sans limitation après les récurrences de hernies discales et les opérations. L'OAIE précisa qu'il résultait de la comparaison de revenus avec et sans invalidité une perte de gain de 19%, taux inférieur au taux de 40% nécessaire pour l'ouverture du droit à une rente (pce 55).

I.

Contre cette décision sur opposition, l'intéressé interjeta recours par acte du 30 mai 2007 à l'adresse de l'OAIE qui transmet le recours au Tribunal de céans. Il fit valoir être dans l'impossibilité d'exercer un travail même léger et être assisté de sa famille. Il conclut à l'octroi de prestations d'invalidité (pce TAF 1).

J.

Invité à se déterminer sur le recours, l'OAIE en proposa le rejet par réponse du 26 septembre 2007. Il fit valoir que si l'intéressé présentait une incapacité de travail de 70% dans son activité de maçon depuis le 24 septembre 2002, il pouvait exercer sans limitation une activité légère à moyennement lourde qui était du point de vue médical exigible à 100% et qu'en l'occurrence, par comparaison de revenus avec et sans

invalidité, compte tenu également d'un abaissement du revenu de substitution de 5%, son invalidité se montait à 19%, taux insuffisant pour ouvrir un droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse.

K.

Par réplique du 17 octobre 2007 l'intéressé fit parvenir au Tribunal de céans d'anciens rapports médicaux déjà au dossier et un nouveau rapport du Dr D._____ daté du 17 octobre 2007 rappelant l'anamnèse de l'intéressé et ses limitations physiques, relevant l'impossibilité pour l'assuré d'effectuer une activité requérant des efforts physiques ou une position orthostatique sur une période prolongée, concluant à une incapacité de 70% dans sa profession de maçon (pce TAF 9).

L.

Invité par ordonnance du 2 février 2009 à dupliquer (pce 10), l'OAIE transmet le nouveau rapport médical au Dr F._____ qui, dans son rapport du 16 février 2009, releva que celui-ci n'apportait pas d'éléments nouveaux et concluait, comme précédemment, à une incapacité de 70% dans les travaux lourds sans s'exprimer sur les travaux légers à moyens. Le Dr F._____ confirma ainsi ses prises de position antérieures (pce 57).

M.

Par duplique du 19 février 2009 l'OAIE réitéra sa proposition de rejet du recours notant que la nouvelle documentation médicale ne lui permettait pas de revenir sur l'appréciation du cas (pce TAF 11).

N.

Par décision incidente du 24 février 2009 le Tribunal de céans requit de l'intéressé une avance de frais de Fr. 300.-, montant dont il s'acquitta dans le délai imparti (pces 12-14).

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, 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'octroi de rente 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 vertu de l'art. 3 let. d^{bis} PA la procédure en matière d'assurances sociales n'est pas régie par la PA dans la mesure où la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) est applicable. Selon l'art. 2 LPGA, les dispositions de ladite loi sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient. En application de l'art. 1 al. 1 LAI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26^{bis} et 28 à 70), à moins que la LAI ne déroge à la LPGA.

1.3 Selon l'art. 59 LPGA, quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir. Ces conditions sont remplies en l'espèce.

1.4 Déposé en temps utile 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 règle-

ment (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.

2.3 De jurisprudence constante l'octroi d'une rente étrangère d'invalidité ne préjuge pas l'appréciation de l'invalidité selon la loi suisse (arrêt du Tribunal fédéral I 435/02 du 4 février 2003 consid. 2; Revue à l'intention des caisses de compensation [RCC] 1989 p. 330). Même après l'entrée en vigueur de l'ALCP, le degré d'invalidité d'un assuré qui prétend une rente de l'assurance-invalidité suisse est déterminé exclusivement d'après le droit suisse (ATF 130 V 253 consid. 2.4).

3.

3.1 L'examen du droit à des prestations selon la LAI est régi par la teneur de la LAI au moment de la décision entreprise eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 131 V 9 consid. 1; 130 V 445 consid. 1.2 et les références). Les dispositions de la 5^{ème} révision de la LAI entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008 ne sont donc pas applicables et les dispositions citées ci-après sont celles en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007.

3.2 Le recourant a présenté sa demande de rente le 18 novembre 2003. 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 dou-

ze mois précédant le dépôt de la demande. En l'espèce, le Tribunal peut se limiter à examiner si le recourant avait droit à une rente le 18 novembre 2002 ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 15 mai 2007, date de la décision sur opposition attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 129 V 1 consid. 2.1 et 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:

- être invalide au sens de la LPGA et de la LAI (art. 8 LPGA, 4, 28, 29 al. 1 LAI);
- compter une année entière au moins de cotisations (art. 36 al. 1 LAI).

Le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus d'une année au total et remplit donc la condition de la durée minimale de cotisations. Il reste à examiner s'il est invalide.

5.

5.1 Aux termes de l'art. 8 LPGA, est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée. L'art. 4 LAI précise que l'invalidité peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident. L'al. 2 de cette disposition mentionne que l'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération.

5.2 L'assuré a droit à un quart de rente s'il est invalide à 40% au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50%, à trois-quarts de rente s'il est invalide à 60% et à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins (art. 28 al. 1 LAI). Antérieurement au 1^{er} janvier 2004 le seuil de 40% était également applicable, le droit à une demi-rente s'ouvrait à compter d'une invalidité de 50% et le droit à une rente entière à compter d'une invalidité de 66.66%. Suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002 de l'accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne, la restriction prévue à l'art. 28 al. 1^{er} LAI - selon laquelle les rentes correspondant à un taux d'invalidité inférieur à 50% ne sont versées qu'aux assurés qui ont leur domicile et leur résidence

habituelle en Suisse (art. 13 LPGA) - n'est pas applicable lorsque l'assuré est un ressortissant suisse ou un ressortissant de l'UE et y réside.

5.3 Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI, le droit à une rente prend naissance au plus tôt à la date dès laquelle l'assuré présente une incapacité de gain durable de 40% au moins (lettre a), ou l'assuré a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année sans interruption notable (lettre b). 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 affectant la capacité de gain dans une mesure suffisamment grave pour justifier l'octroi d'une rente (art. 29 du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité [RAI, RS 831.201]), la lettre b si l'état de santé est labile, c'est-à-dire susceptible d'une amélioration ou d'une aggravation (ATF 111 V 21 consid. 2). Une atteinte labile peut être considérée comme relativement stabilisée seulement lorsque son caractère a clairement évolué de manière que l'on puisse prévoir que pratiquement aucun changement notable n'interviendra dans un avenir prévisible (ATF 119 V 102 consid. 4a et les références; arrêt du Tribunal fédéral I 342/05 du 27 juillet 2005). 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 (Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [Pratique VSI] 1998 p. 126 consid. 3c).

5.4 Par incapacité de travail on entend toute perte, totale ou partielle, résultant d'une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (art. 6 LPGA). L'incapacité de gain est définie à l'art. 7 LPGA et consiste dans toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré, sur un marché du travail équilibré, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles.

6.

6.1 L'assuré a exercé pendant de longues années l'activité de maçon en Suisse et au Portugal, c'est au regard de cette activité que son invalidité doit, cas échéant, être appréciée, sous réserve de l'obligation pour tout assuré d'exercer toute autre activité raisonnablement exigible.

6.2 La notion d'invalidité, dont il est question à l'art. 8 LPGA et à l'art. 4 LAI est de nature économique/juridique, établissant une incapacité de gain permanente ou probablement de longue durée, et non médicale (ATF 127 V 294 consid. 4b)bb, ATF 116 V 246 consid. 1b; Sozialversicherungsrecht Rechtsprechung [SVR] 2009 IV n° 8 p. 16). 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 exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation sur un marché du travail équilibré (art. 16 LPGA).

6.3 Dans les cas où il est particulièrement difficile de déterminer les revenus avant et après l'invalidité, la jurisprudence admet que l'évaluation de la perte de gain soit faite, exceptionnellement, par une méthode dite extraordinaire. En ce qui concerne la détermination de l'incapacité de gain des travailleurs indépendants, le Tribunal fédéral (des assurances) a établi que l'invalidité doit être évaluée, dans l'activité exercée, d'après l'incidence de la capacité de rendement amoindrie sur la situation économique concrète (cf. ATF 128 V 29 consid. 1). Sur la base de cette méthode, on constate d'abord l'empêchement dû à l'atteinte à la santé et, ensuite, on examine les effets de cet empêchement sur la capacité de gain (VSI 1998 p. 121; SVR 1996 IV n° 74 consid. 2b). Toutefois, si l'intéressé a cessé toute activité indépendante, on peut renoncer à l'application de la méthode de calcul extraordinaire. Dans ce cas là, en effet, la comparaison des activités exercées avant et après la survenance de l'invalidité n'est plus possible (RAMA 1995 p. 107) et dès lors s'applique la méthode générale fondée sur une comparaison de revenus théoriques statistiques sans et avec invalidité.

6.4 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 599/2004 du 28 juillet 2005 consid. 1.2).

7.

7.1 En l'espèce l'intéressé présente notamment des lombosciatalgies gauches irradiant au membre inférieur gauche après une double opération pour hernie discale en 1994 et 2002.

7.2 A 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.

8.

8.1 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).

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

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 351 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. 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 cons. 3b/aa). Au sujet des rapports établis par les médecins traitant, le juge peut et doit tenir compte du fait que selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc et les références). Cette constatation s'applique de même aux médecins non traitant consultés par un patient en vue d'obtenir un moyen de preuve à l'appui de sa requête. Toutefois le simple fait qu'un certificat médical est établi à la demande d'une partie et est produit pendant la procédure ne justifie pas en soi des doutes quant à sa valeur probante (ATF 125 V 351 consid. 3b/dd et les références citées).

10.

10.1 En l'espèce, l'intéressé a déclaré en 1991 une petite hernie discale en L5-S1 médiane et paramédiane gauche et une arthrose articulaire postérieure plus marquée en L5-S1 et L4-L5, affections qui n'ont plus permis à l'assuré d'effectuer des travaux de force. Rentré au Portugal il a néanmoins exercé en tant qu'indépendant à compter de 1992 l'activité de maçon et a subi deux opérations pour hernie discale en

1994 et 2002 en raison de lombalgies et sciatalgies chroniques. En 1997 le Dr D. _____ releva que l'intéressé ne pouvait plus exercer de travaux lourds. L'intéressé fut opéré en 2002 avec un certain succès si l'on se réfère à un rapport médical du 30 mars 2004 notant certes des lombalgies avec irradiation au MIG mais n'indiquant aucune incapacité à l'exercice de la profession de l'intéressé. Toutefois, il appert selon la documentation médicale la résurgence de lombalgies et irradiations au MIG avec paresthésie et diminution de la force musculaire, affections limitant la capacité de travail de l'intéressé dans sa profession à hauteur de 50% selon le rapport E 213 de la Sécurité sociale portugaise du 8 juin 2005 et à hauteur de 70% selon le rapport du Dr D. _____ du 21 juin 2005. Le service médical de l'OAIE a confirmé une incapacité de travail de l'intéressé pour les travaux lourds, dont l'activité de maçon, à hauteur de 70% à compter de la deuxième opération pour hernie discale tout en retenant une pleine capacité de travail dans une activité légère voire moyenne. L'OAIE s'en est tenu à cette appréciation à compter de sa décision du 25 janvier 2005 confirmée par sa décision sur opposition du 15 mai 2007. Les derniers rapports médicaux du Dr D. _____ ont à chaque fois confirmé une incapacité de travail de 70% dans les travaux lourds sans s'exprimer sur la capacité de travail dans des travaux légers voire moyens.

10.2 Le Tribunal de céans, au vu du dossier, peut confirmer l'appréciation de l'OAIE car si effectivement l'intéressé ne peut plus exercer de travaux lourds en raison de ses affections, il est vraisemblable que l'intéressé n'ayant aucune limitation aux membres supérieurs et pouvant se déplacer, même éventuellement comme allégué de façon limitée et devant éviter les positions orthostatiques, peut exercer toute activité légère voire moyenne permettant de travailler en positions variées sans position orthostatique sur la durée. Il est vrai que le Dr E. _____ dans son rapport du 5 juillet 2005 a mis en évidence un trouble fonctionnel prononcé (pce 32). Toutefois ce médecin ne s'est pas exprimé sur une éventuelle incapacité de travail dans des activités de substitution. Les autres rapports remis par le recourant se sont également limités à indiquer que ce dernier ne peut plus travailler comme maçon sans toutefois exclure une activité légère (cf. pce 52 et pce TAF 9). Compte tenu du fait qu'il n'y a pas de divergence entre les certificats médicaux au sujet de l'exigibilité d'une activité de substitution, l'OAIE n'a pas procédé à raison à un complément d'instruction. Au nombre des activités de substitution entrant en ligne de compte sont par exemple celles nombreuses dans l'industrie et la production

légère à moyenne, les services de réparation de petits appareils, les activités de magasinier, de gardien et surveillant d'immeuble / de chantier, de caissier. Il s'ensuit que c'est à juste titre que l'OAIE a retenu que l'intéressé n'était pas limité dans les activités légères à moyennes car rien au dossier, ni même les rapports médicaux du Dr D._____, ne permet de retenir une incapacité de travail quelconque dans les activités légères à moyennes plus ou moins sédentaires.

11.

11.1 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.

11.2 Le gain d'invalidité est une donnée théorique, même s'il est évalué sur la base de statistiques. Ces données servent à fixer le montant du gain que l'assuré pourrait obtenir, sur un marché équilibré du travail, en mettant pleinement à profit sa capacité résiduelle de travail dans un emploi adapté à son handicap (arrêt du Tribunal fédéral I 85/05 du 5 juin 2005 consid. 6 et arrêt du Tribunal fédéral I 222/05 du 13 octobre 2005 consid. 6). Ce gain doit être comparé au moment déterminant avec celui que la personne valide aurait effectivement pu réaliser au degré de la vraisemblance prépondérante si elle était en bonne santé (ATF 129 V 222 consid. 4.3.1). Le gain de personne valide doit être évalué de manière aussi concrète que possible si bien qu'il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé, ou, à défaut de salaire de référence, au salaire théorique qu'il aurait pu obtenir selon les salaires théoriques statistiques disponibles.

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

servir à fixer le montant des revenus que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide.

L'administration doit de plus tenir compte pour le salaire d'invalide de référence d'une diminution de celui-ci, cas échéant, pour raison d'âge, de limitations dans les travaux dits légers ou de circonstances particulières. La jurisprudence n'admet à ce titre pas de déduction globale supérieure à 25% (ATF 126 V 75 consid. 5).

11.3 En l'espèce il y a lieu de procéder à une évaluation de l'invalidité selon la méthode générale par une comparaison de revenus entre, d'une part, le salaire mensuel moyen d'un salarié avec des connaissances professionnelles spécialisées (niveau 3) dans la construction en Suisse en 2004, soit, selon l'Enquête suisse sur les salaires 2004, Fr. 5'358.- pour 40 h./sem. et Fr. 5'585.72.- pour 41.7 h./sem. selon le temps de travail usuel dans la branche de la construction, avec, d'autre part, un revenu théorique 2004 pour des activités de substitution simples et légères toutes branches confondues des secteurs de la production en général, des services collectifs et personnels, du commerce de détail, soit en moyenne Fr. 4'568.- pour 40 h./sem. et Fr. 4'751.41.- pour 41.6 h./sem. selon le temps de travail usuel toutes branches confondues, sous déduction d'un certain pourcentage pour raison d'âge et de limitations dans les travaux légers, in casu 5%, soit Fr. 4'513.84.-. Or, on constate que l'assuré, du fait de son invalidité, subit une diminution de sa capacité de gain de 19.19%, soit 19%. Or même un abattement de 15% du revenu pris en compte avec invalidité, pour raison d'âge et de mobilité réduite, qui serait déjà in casu élevé car dans une activité légère à moyenne ne nécessitant pas de grande mobilité l'intéressé est sans diminution de sa capacité de travail, l'invalidité se monterait à 28% et ne permettrait pas d'atteindre le seuil de 40%.

12.

Dans le cadre de cette demande de rente, il est utile de rappeler que, 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 (art. 21 al. 4 LPG; arrêt du Tribunal fédéral I 294/99 du 4 juillet 2000 consid. 1; ATF 130 V 97 consid. 3.2 et les références citées; ATF 123 V 233 consid. 3c; UELI KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Zu-

rich/St-Gall 2008, p. 204; THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3^{ème} éd., Berne 2003, p. 122 s., 235, 268 ss). Dans ce contexte, il convient de souligner que ni l'âge, ni la situation familiale ou économique, 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; Pratique VSI 1999 p. 247 consid. 1; Pratique VSI 1998 p. 296 consid. 3b).

13.

Vu ce qui précède, il s'ensuit que c'est à juste titre que la demande de prestations de l'assurance-invalidité déposée par le recourant le 18 novembre 2003 a été rejetée par décision sur opposition du 15 mai 2007 de l'OAIE.

14.

14.1 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 en relation avec les art. 63 al. 1 et 5 PA et l'art. 3 let. b du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Le montant en question de Fr. 300.- est compensé avec l'avance de frais fournie.

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Il est perçu des frais de procédure de Fr. 300.-, montant compensé par l'avance de frais fournie.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

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

Le président du collège :

Le greffier :

Francesco Parrino

Pascal Montavon

Indication des voies de droit :

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

Expédition :