

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour III
C-4817/2007

{T 0/2}

Arrêt du 11 mai 2009

Composition

Francesco Parrino (président du collège), Beat Weber,
Michael Peterli, juges,
Pascal Montavon, greffier.

Parties

A. _____,
représenté par Bergantiños Convenios Internacionales,
ES-15100 Carballo,
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 1^{er} juin 2007)

Faits :**A.**

Le ressortissant espagnol A._____, né en 1953, a travaillé en Suisse de 1977 à 2000 dans la construction de routes (pces 6 et 25). De retour en Espagne il a exercé une activité de livreur de pain en fourgonnette de février 2003 à mai 2005 puis, selon ses déclarations, de maçon du 1^{er} juin 2005 au 12 juin 2006 et durant le mois d'août 2006 (cf. les pces 9, 10, 25, 29, 42). Le 21 avril 2006 il a déposé une demande de prestations d'invalidité suisse auprès de l'Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) qui l'a transmise à l'Office de l'assurance-invalidité pour les personnes résidant à l'étranger (OAIE, pce 1).

B.

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

- le questionnaire à l'assuré daté du 1^{er} décembre 2006 selon lequel l'intéressé a exercé en dernier lieu des activités à plein temps dans les domaines de la boulangerie (8 février 2003 au 31 mai 2005) et de la construction (1^{er} juin 2005 au 12 juin 2006) et a cessé toute activité le 12 juin 2006 en raison d'incapacité (pce 10),
- le questionnaire à l'employeur daté du 5 décembre 2006 selon lequel l'intéressé a travaillé comme maçon à plein temps pour une durée déterminée du 2 août au 2 septembre 2006 chargé de travaux mi-lourds (pce 9),
- le questionnaire à l'employeur relativement à son ancienne activité en Suisse daté du 20 novembre 2006 selon lequel l'intéressé a travaillé dans l'entreprise de 1978 à 2000 comme ouvrier spécialisé dans la construction (pce 8),
- un rapport radiologique daté du 11 juillet 2005 faisant état de dorsolombarthrose, avec ostéophytose et syndesmophytose marginale sur les vertèbres lombaires, de prédominance à gauche, de sclérose aux articulations interapophysaires lombaires, plus proéminente en L5-S1, avec discrète diminution des espa-

ces intervertébraux pouvant conditionner une discopathie (pce 12),

- un rapport radiologique daté du 2 novembre 2005 faisant état de champs dégénératifs sur la colonne lombaire avec présence d'ostéophytose qui sur les segments L4-L5 affecte l'espace rachidien et produit une sténose du conduit de jonction droit; pas d'affection discale (pce 14),
- un rapport radiologique avec eco-doppler du membre inférieur droit daté du 27 novembre 2005 démontrant une thrombose veineuse profonde aiguë (pce 16),
- un rapport médical daté du 1^{er} décembre 2005 signé de la Dresse B. _____ relatant une hospitalisation pour oedème du membre inférieur droit, faisant état d'un bon état général, posant le diagnostic notamment de thrombose veineuse profonde et de déficit de mieloperoxydase (pce 17),
- un rapport médical daté du 10 décembre 2005 pour notamment hernioplastie inguinale droite et ménissectomie droite (pce 18),
- des examens de laboratoire datés des 16 janvier et 1^{er} mars 2006 (pces 19 s.),
- un rapport médical signé du Dr C. _____, date illisible, faisant notamment état de diabète mellitus II, hypertension artérielle, hernioplastie inguinale, ménissectomie droite (pce 23),
- un rapport détaillé E 213 de la Sécurité sociale espagnole daté du 16 mai 2006 relevant un excès pondéral (163cm/85kg; BMI 32), un diabète mellitus diagnostiqué en 1997, une hypertension artérielle antérieure à 1990, une thrombose veineuse profonde en novembre 2005, une hernioplastie inguinale droite en 1979, une varicectomie en 1995, une ménissectomie de la rotule gauche en 1999, une mobilité axiale de la colonne cervicale en ses 3 segments, des douleurs lombaires gauches à la flexion gauche, un Lasègue négatif, la possibilité de marcher sur la pointe des pieds et les talons, une balance articulaire et musculaire conservée tant des membres supérieurs qu'inférieurs, une lombarthrose, un syndrome facettaire, un status post thrombose veineuse profonde à la jambe droite. Le rapport

relève des lombalgies chroniques affectant l'intéressé le limitant au port de charges légères mais lui permettant d'exercer son ancienne activité de livreur motorisé à 80% ou une activité adaptée à 100% telle que réceptionniste, surveillant de musée, jardinier (pce 25).

- deux rapports radiologiques par eco-doppler du membre inférieur droit du 16 octobre 2006 datés des 16 octobre et 30 novembre 2006 (pce 26 s.),
- un rapport médical signé du Dr D._____ daté du 1^{er} décembre 2006 rappelant les atteintes de l'assuré de 1981 à 2005 (pce 28).

C.

L'OAIE soumit le dossier à son médecin conseil le Dr E._____ qui, dans son rapport du 26 mars 2007 retint le diagnostic sans répercussion sur la capacité de travail de lombalgies communes et syndrome facettaire, thrombose veineuse profonde, hypertension artérielle traitée et diabète. Il indiqua que les atteintes de l'intéressé étaient tout à fait minimales, que son arrêt de travail n'était médicalement pas justifié et que, comme il y avait lieu de le faire selon le rapport E 213, seule une incapacité de travail de 20% devait être retenue (pce 30).

D.

Par projet de décision du 28 mars 2007, l'OAIE informa l'assuré qu'il ne ressortait pas de son dossier une incapacité permanente de gain, ni une incapacité de travail moyenne suffisante de 40% pendant une année au moins et que, malgré ses atteintes à la santé, l'exercice d'une activité lucrative était toujours exigible dans une mesure suffisante pour exclure le droit à une rente (pce 31).

Par acte du 14 mai 2007, l'intéressé, représenté par M. Freire Nion de Bergantinos Convenios Internacionales, contesta le projet de décision faisant valoir ses atteintes à la santé et joignit deux nouveaux rapports médicaux signés du Dr F._____ du 2 mai 2007 et du Dr D._____ du 27 avril 2007 énumérant les atteintes connues de l'intéressé, le premier concluant à ce que les efforts physiques soient évités, à de la physiothérapie régulière et à des analgésiques et anti-inflammatoires en cas de nécessité (pces 32-35).

Invité à se déterminer sur la nouvelle documentation médicale, le Dr E._____, dans son rapport du 30 mai 2007, releva que la nouvelle documentation médicale reprenait les atteintes à la santé de l'intéressé notées dans le rapport E 213 qui n'avaient pas été estimées importantes par le médecin de la Sécurité sociale et que depuis lors ces atteintes n'avaient pu évoluer d'une manière importante. Il indiqua, s'agissant du rapport du Dr D._____, que les anciennes atteintes de 1981 à 1998 (opération d'une hernie, saphénectomie, hypertension artérielle et diabète) n'étaient absolument pas invalidantes et que les autres diagnostics étaient des problèmes de la colonne vertébrale. S'agissant du rapport du Dr G._____, il nota que les diagnostics ostéoarticulaires n'apportaient pas d'argument concernant l'incompatibilité de ces atteintes arthrosiques banales avec une activité professionnelle et que même ils ne prouvaient pas une incapacité de travail qui avait été estimée à 20% une année auparavant. Il confirma ainsi sa prise de position antérieure (pce 37).

E.

Par décision du 1^{er} juin 2007 l'OAIE rejeta la demande de prestations de l'intéressé reprenant les motifs de son projet de décision et indiqua que la nouvelle documentation médicale n'avait pas modifié l'avis de son service médical (pce 38).

F.

Contre cette décision, l'intéressé interjeta recours auprès du Tribunal administratif fédéral, reçu le 16 juillet 2007, reprenant les motifs de sa contestation à l'encontre du projet de décision, il conclut à l'octroi d'une rente d'invalidité et joignit un nouveau rapport médical daté du 22 juin 2007 signé du Dr H._____ faisant état d'algies pour condrite post traumatisme de la rotule gauche de deux mois d'évolution et remontant à trois semaines (pce TAF 1/5).

G.

Invité à se déterminer sur le recours, l'OAIE transmit le dossier à son médecin conseil le Dr Th. Lehmann qui, dans son rapport du 4 décembre 2007, releva que la documentation médicale pour une atteinte à la santé remontant à trois semaines ne pouvait fonder une aggravation durable de l'état de santé. Il nota qu'un retour à la fonctionnalité pouvait être envisagé et que le Dr H._____ n'attestait pas d'incapacité de travail. Il confirma les prises de position des 26 mars et 30 mai 2007 du Dr E._____ (pce 40). Dans sa réponse au recours du 6

décembre 2007, l'OAIE conclut à son rejet faisant valoir que l'intéressé n'avait pas apporté d'arguments pertinents ni n'avait présenté de documents ayant permis de revenir sur sa position (pce TAF 8). Invité à répliquer par ordonnance du 12 décembre 2007 (pce TAF 9), l'intéressé y renonça.

H.

Par décision incidente du 4 février 2008 le Tribunal de céans requit de l'intéressé une avance de frais de procédure de Fr. 300.-, montant dont il s'acquitta dans le délai imparti par un virement de Fr. 480.- (pces TAF 12-14).

I.

L'OAIE reçut en date du 21 décembre 2007 de l'INSS une nouvelle documentation dont

- un rapport E 205 établi le 12 décembre 2007 indiquant les dernières périodes d'activité assurée et de chômage de l'intéressé, soit une activité jusqu'au 31 mai 2005, puis du 2 août au 2 septembre 2006, puis une période de chômage du 3 septembre 2006 au 1^{er} mai 2007 (pce 42),
- un rapport médical signé du Dr H._____ daté du 15 juin 2006 faisant état de lombarthrose grave avec sténose foraminale à divers niveaux, notamment en L4-L5 provoquant une compression radiculaire et une irradiation sciatique droite (pce 44),
- un rapport radiologique du 24 novembre 2006 faisant état d'une thrombose subaiguë avec recanalisation partielle (pce 44a),
- un rapport médical récapitulatif des atteintes à la santé de l'intéressé signé du Dr D._____ daté du 27 avril 2007 notant outre les affections connues une hypercholestérolémie depuis novembre 2006 et des gonalgies gauches post-traumatiques depuis mars 2007 (pce 45),
- un rapport du Dr F._____, chirurgie orthopédique et traumatologie, daté du 2 mai 2007, énonçant le diagnostic de cervico-arthrose modérée, arthrose thoracique sévère, lombarthrose sévère, syndrome facettaire dorsolombaire, syndrome fémoro-patellaire gauche, affections nécessitant de limiter

les efforts, de faire de la physiothérapie de façon régulière, de prendre des analgésiques et anti-inflammatoires à la demande (pce 46),

- un rapport d'eco-doppler du système veineux profond du membre inférieur droit signé de la Dresse I._____, établi le 14 juin 2007, appréciant un status de séquelles post phlébite (pce 47),
- dix rapports radiologiques datés du 18 décembre 2001 au 1^{er} avril 2007 (pce 48),
- un rapport médical signé du Dr H._____, daté du 22 juin 2007, faisant état d'une condrite post-traumatique de la rotule gauche de deux mois d'évolution (pce 49),
- un rapport médical signé du Dr D._____ daté du 10 septembre 2007, résumant les atteintes à la santé de l'intéressé dont nouvellement indiqués un déficit de mieloperoxidase et de l'hypertension artérielle (pce 50),
- un rapport médical signé du Dr F._____ daté du 15 octobre 2007 complétant le rapport du 2 mai 2007 par le diagnostic de séquelles post phlébite à la jambe droite et de sténose foraminale droite L4-L5 imposant à l'intéressé d'éviter les efforts et de faire usage d'anti-inflammatoires et d'analgésiques lors de crises de douleurs (pce 51),
- un nouveau rapport médical E 213, établi le 5 décembre 2007, relevant les atteintes à la santé connues de l'assuré, un excès pondéral, de discrets champs post phlébite à la jambe droite, une colonne cervicale sans limitation, une colonne lombaire avec flexion-extension conservée, une dds de 20 cm, un Lasègue et un Bragard négatifs, une marche sur les pointes et les talons des pieds sans claudication, pas de limitation locomoteur, pas de limitation des membres supérieurs, marche normale, retenant comme diagnostic une cervicoarthrose modérée, une lombarthrose sévère, des séquelles post phlébite au membre inférieur droit, un diabète de type 2, une hypertension artérielle, affections entraînant des lombalgies mécaniques limitant l'intéressé à un travail de contraintes physiques moyennes permettant la poursuite de l'activité de maçon à temps complet ou toutes autres activités adaptées (pce 52).

J.

Par acte du 30 janvier 2009 l'intéressé adressa au Tribunal de céans une nouvelle documentation médicale (un rapport radiologique du 9 octobre 2008 signé du Dr J._____, un rapport cardiovasculaire et un rapport d'examens de laboratoires du 19 décembre 2007 signés du Dr K._____), et la copie d'une décision de la Sécurité sociale espagnole du 13 décembre 2007 le reconnaissant, en tant qu'ancien maçon, au bénéfice d'une rente d'invalidité pour incapacité permanente totale à compter de décembre 2007 (pce TAF 15).

K.

Invité à se déterminer, l'OAIE transmet le dossier, y compris le nouveau rapport E 213 du 5 décembre 2007, à son médecin conseil le Dr L._____. Dans son rapport du 18 février 2009, ce médecin détailla le contenu de la nouvelle documentation et conclut que celle-ci ne mettait pas à jour de nouveaux éléments remettant en question les prises de position antérieures comme d'ailleurs le confirmait le récent rapport E 213 du 5 décembre 2007 concluant à la possibilité d'une pleine capacité de travail dans l'activité jusqu'alors exercée par l'intéressé (pce 56). Par duplique du 25 février 2009 l'OAIE maintint sa proposition de rejet du recours (pce TAF 17). Invité à s'exprimer, l'intéressé maintint son recours par acte du 11 mars 2009 (pce TAF 20).

L.

Par acte du 3 avril 2009, l'intéressé adressa au Tribunal de céans une nouvelle documentation médicale composé de 4 rapports médicaux datés du 18 au 30 mars 2009 portant sur le status de l'intéressé depuis les derniers rapports médicaux transmis établis après la date de la décision attaquée, énonçant quelques nouvelles affections, rappelant les atteintes connues et concluant à une incapacité totale pour tout type de travail physique (pce TAF 21).

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 décem-

bre 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 règlement (CEE) n° 1408/71 les ressortissants des Etats membres de la

Communauté européenne et les ressortissants suisses bénéficient de l'égalité de traitement. Selon l'art. 20 ALCP, sauf disposition contraire découlant de l'annexe II, les accords de sécurité sociale bilatéraux entre la Suisse et les Etats membres de la Communauté européenne sont suspendus dès l'entrée en vigueur du présent accord, dans la mesure où la même matière est régie par le présent accord. Dans la mesure où l'accord, en particulier son annexe II qui régit la coordination des systèmes d'assurances sociales (art. 8 ALCP) ne prévoit pas de disposition contraire, l'organisation de la procédure de même que l'examen des conditions à l'octroi d'une rente d'invalidité suisse ressortissent au droit interne suisse.

2.2 L'art. 80a LAI rend expressément applicables dans la présente cause, s'agissant d'un ressortissant de l'Union européenne, l'ALCP et les règlements (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 et (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relativement à l'application du règlement (CEE) n° 1408/71.

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 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 21 avril 2006. 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. En l'espèce, le Tribunal peut se limiter

à examiner si le recourant avait droit à une rente le 21 avril 2005 ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 1^{er} juin 2007, date de la décision attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 129 V 1 consid. 2.1 et ATF 121 V 362 consid. 1b). Par ailleurs, on notera que la documentation médicale ultérieure au 1^{er} juin 2007 ne peut être prise en compte que dans la mesure où elle permet une meilleure compréhension des atteintes à la santé de l'intéressé à la date de la décision attaquée.

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). 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 LPGGA) - 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 LPGGA). L'incapacité de gain est définie à l'art. 7 LPGGA 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. De retour en Espagne, il a repris une activité de livreur motorisé de pain en 2003-2005. Par la suite, il a encore travaillé comme maçon pendant une courte période. Selon ses déclarations, l'intéressé aurait repris une activité de maçon du 1^{er} juin 2005 au 12 juin 2006. Il a de plus travaillé comme maçon en août 2006, comme l'a attesté pour ce mois son employeur.

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 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 lombalgies communes, en raison d'arthrose, des gonalgies, en raison d'un syndrome facettaire, un status post thrombose veineuse profonde, de l'hypertension artérielle et un diabète de type 2 traités.

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 souffre essentiellement de diverses affections arthrosiques documentées à la colonne lombaire, d'un syndrome facettaire du genou, atteintes entraînant des lombalgies et gonalgies, et d'un status post thrombose profonde à la jambe droite. Il est également atteint d'hypertension artérielle et de diabète, ces dernières affections traitées et sous contrôle peuvent ne pas être retenues comme invalidantes dans le cadre d'activités légères à moyennes. Dans un premier rapport E 213 de la Sécurité sociale espagnole du 16 mai 2006 il a été relevé que ces affections limitaient l'intéressé au port de charges légères mais lui permettaient d'exercer son ancienne activité de livreur de pain motorisé à 80% ou une activité adaptée à 100%. Un deuxième rapport E 213 de la Sécurité sociale espagnole (examen du 5 décembre 2007) reçu par l'OAIE en date du 21 décembre 2007 confirme pleinement la capacité de travail de l'intéressé dans sa dernière activité, soit celle de maçon. Ce rapport relève notamment une colonne cervicale sans limitation, une marche normale, une colonne lombaire avec flexion-extension conservée, pas de limitation locomoteur, pas de limitation des membres supérieurs, mais relève une surcharge lombaire intense et la nécessité pour l'intéressé d'éviter de lever et transporter des objets, activités qu'un maçon ne fait pas de l'avis, apparemment, du médecin de la Sécurité sociales espagnole. Ce rapport médical étant en lui-même contradictoire, le Dr L. _____

de l'OAIE le considéra avec réserve relevant qu'il ne remettait pas en question son appréciation selon laquelle l'intéressé pouvait exercer l'activité de livreur de pain motorisé sans restriction.

Par acte du 30 janvier 2009 l'intéressé adressa au Tribunal de céans une nouvelle documentation médicale à titre de réplique. Par duplique du 25 février 2009, se fondant sur l'avis de son service médical, l'OAIE a noté que les rapports médicaux produits n'étaient pas de nature à remettre en cause sa position. La dernière documentation médicale produite par l'assuré par envoi du 3 avril 2009 n'a pas été adressée à l'OAIE, l'instruction étant close s'agissant de l'examen de la décision du 1^{er} juin 2007 (cf. ci-dessus consid. 3.2).

10.2 Le Tribunal de céans estime en premier lieu que l'appréciation de la capacité de travail résiduelle de l'intéressé peut se faire en relation avec l'activité de maçon exercée par l'intéressé. En effet, ce dernier a travaillé pendant une longue période dans le bâtiment et a repris cette activité en 2005, selon ses écritures, durant plus d'une année. Il n'a pas été établi pour quelles raisons il a changé de profession au profit de celle de livreur dans une boulangerie et si ce changement doit être imputé à des questions de santé. Dans le cas contraire, il y aurait lieu d'apprécier la capacité de travail résiduelle à la lumière de l'activité de livreur. Cette lacune dans le dossier est toutefois ininfluente sur le sort de la présente procédure comme on le verra par la suite (cf. consid. 10. 3 et 11 ci-après).

10.3 Il apparaît raisonnable de considérer que le métier de maçon n'est plus exigible du point de vue médical pour cet assuré de 56 ans. Les différentes affections orthopédiques limitent en effet l'intéressé dans ses mouvements et l'empêchent d'accomplir des efforts physiques importants. En tout cas, on ne saurait pas exclure a priori une incapacité de travail d'au moins 40% dans cette activité. En revanche, le Tribunal de céans, au vu de l'ensemble des rapports médicaux, estime qu'il pourrait reprendre à plein temps une activité plus légère adaptée à son état de santé. Les différents rapports versés aux actes attestent qu'une activité légère reste possible. Une activité de livreur est également exigible en tout cas au moins à 80% (par rapports aux autres activités légères une perte de rendement peut être admise du fait de la position assise). En ce sens se sont exprimés les médecins des assurances sociales espagnoles dans leurs expertises E 213, dont l'opinion

a été reprise par le service médical de l'OAIE. Pour le Tribunal de céans, il n'y a aucune raison de s'écarter de cette appréciation.

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

La comparaison de revenus doit s'effectuer sur le même marché du travail (ATF 110 V 273 consid. 4b; arrêt du Tribunal fédéral I 222/05 du 13 octobre 2005 consid. 6.1). S'agissant d'assurés résidant à l'étranger, en raison de la disparité des niveaux de rémunération et des coûts de la vie généralement entre la Suisse et leur pays de résidence, on ne saurait retenir le montant du dernier salaire obtenu par l'intéressé dans son Etat de résidence pour être comparé avec un revenu théorique statistique suisse. Dans ces situations, les rémunérations retenues par l'enquête suisse sur la structure des salaires depuis 1994 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 particu-

lières. 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 2006, soit, selon l'Enquête suisse sur les salaires 2006, Fr. 5'422.- pour 40 h./sem. et Fr. 5'652.- pour 41.7 h./sem. selon le temps de travail usuel dans la branche de la construction, avec, d'autre part, un revenu théorique 2006 pour des activités de substitution simples et légères toute branches confondues des secteurs de la production (10-45) et des commerces et réparation (50-52), au nombre desquelles est comprise l'activité de livreur d'articles légers et celle par exemple de magasinier d'articles légers et les activités manufacturières, soit Fr. 4'768.- (Fr. 5'012.- + 4'523.- : 2) pour 40 h./sem. et Fr. 4'959.- pour 41.6 h./sem. selon le temps de travail usuel toutes branches confondues, sous déduction de 20% pour raison d'âge et de limitations dans les travaux légers, soit Fr. 3'967.-. Or, on constate que l'assuré, du fait de son invalidité, subit une diminution de sa capacité de gain de 29.81%, soit 30% $([5'652 - 3'967] : 5'652 \times 100 = 29.81)$. Or même un abattement maximal de 25% du revenu pris en compte avec invalidité, pour raison d'âge et de mobilité réduite, ne permettrait pas d'atteindre le seuil de 40%.

Au surplus, on peut souligner que même s'il fallait se référer à la dernière activité de livreur dans une boulangerie, l'intéressé ne subirait pas de perte de gain ouvrant le droit à une rente d'invalidité parce que cette activité serait exigible dans une mesure supérieure à 60%.

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 LPGA; 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, Zurich/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 21 avril 2006 a été rejetée par décision du 1^{er} juin 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 l'art. 63 al. 1 et al. 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]). Ce montant est compensé par l'avance de frais fournie. La différence de Fr. 180.- est remboursée au recourant.

14.2 Il n'est pas allouée 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.

Les frais de procédure de Fr. 300.- sont mis à la charge du recourant débouté. Ils sont compensés avec l'avance de frais déjà versée et la différence de Fr. 180.- est remboursée à la partie recourante.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au représentant du recourant (Recommandé + AR)
- à l'autorité inférieure
- 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 :