



Cour III
C-4827/2009

Arrêt du 17 octobre 2011

Composition

Madeleine Hirsig-Vouilloz (présidente du collège),
Michael Peterli, Franziska Schneider, juges,
Audrey Bieler, greffière.

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

Droit à une rente AI (décision du 13 novembre 2007)

Faits :**A.**

A. _____, né en 1962, ressortissant portugais, a travaillé en Suisse en tant que maçon saisonnier entre 1991 et 1994, puis, après avoir vécu quelques années au Portugal, a de nouveau travaillé en Suisse de 1998 jusqu'au 1^{er} juillet 2002, années durant lesquelles il a cotisé à l'assurance-vieillesse et invalidité suisse (AVS/AI; OCAI-VD pce 16). En juin 2002, l'assuré a un accident de travail en soulevant une lourde charge, suite auquel il a cessé toute activité professionnelle en raison d'une hernie discale L4-L5 à droite, associée à une hernie discale L5-S1 à gauche, avec une très mauvaise évolution (OCAI-VD pces 20 à 22).

B.

Le 6 décembre 2002, A. _____ dépose une demande de rente AI auprès de l'office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après: OCAI-VD); sont notamment portés en cause les documents suivants (OCAI-VD pces 2 à 8):

- un protocole opératoire du 23 septembre 2002, établi par le Dr B. _____, chef de clinique, indiquant que l'assuré a subi une microdissectomie et foraminotomie L5-S1 gauche pour cure de hernie discale L5-S1 gauche luxée vers le haut en raison de lombosciatalgies gauches résistantes et d'une parésie au niveau de la flexion plantaire et de l'extension du pied (OCAI-VD pces 30 et 31);
- un avis de transfert du 30 septembre 2002 du Dr B. _____ indiquant que l'assuré a séjourné dans son service de neurochirurgie du 20 septembre 2002 au 30 octobre 2002, date à laquelle il a été transféré à X. _____ en raison de lombosciatalgies bilatérales à prédominance gauche dues à une hernie discale L5-S1 paramédiane gauche luxée vers le haut. Le praticien note une évolution très lentement favorable suite à une intervention chirurgicale pour cure de hernie discale et relève un déficit moteur à M4 au niveau du releveur du pied et de l'extenseur propre du gros orteil à gauche, ainsi qu'un déficit à M4 de la flexion plantaire. Le Dr B. _____ constate des hypoesthésies persistantes sur le bord latéral du pied gauche en régression, ainsi qu'un syndrome irritatif toujours très présent. En outre, il retient comme diagnostic secondaire un diabète de type II traité depuis six ans et déclare l'assuré en incapacité de travail complète (OCAI-VD pces 32 à 34);

- un courrier du 28 octobre 2002 du Dr C._____, médecin-chef du du X._____, attestant que l'assuré a séjourné dans son service de réadaptation du 8 au 23 octobre 2002 suite à la microdistectomie et foraminotomie L5-S1 subie à gauche et dont il ressort que les suites opératoires ont été catastrophiques, à savoir qu'un déficit radiculaire L5-S1 gauche du releveur du pied, du gros orteil et du fléchisseur plantaire gauche est apparu avec une diminution du réflexe ostéo-tendineux achilléen gauche. Les difficultés à la marche de l'assuré allant en s'aggravant et la symptomatologie algique allant en s'accroissant, le médecin diagnostique une atteinte L5-S1 gauche avec d'importants troubles somatoformes douloureux (OCAI-VD pces 66 et 67);
- un courrier du 23 janvier 2003 du Dr D._____, neurologue, indiquant chez l'assuré des signes d'irritation axonale (fibrillations) dans les myotomes S1, et à moindre degré, L5, du côté gauche. Il s'étonne de ce résultat et évoque une possible compression résiduelle de la racine S1 gauche (OCAI-VD pces 26 et 27);
- un questionnaire pour l'employeur, daté du 31 janvier 2003, attestant que l'assuré travaillait au moment de son accident comme maçon à 100%, soit 42 heures par semaines pour Fr. 24.40 de l'heure. Il ressort de ce formulaire que l'assuré a gagné en 2001 Fr. 31'647.65.-- entre avril et octobre (OCAI-VD pces 12 à 14);
- un rapport médical du 24 février 2003 établi par la Dresse E._____, rhumatologue, posant le diagnostic de lombosciatalgies gauches avec important syndrome irritatif et déficitaire S1 résiduel après cure chirurgicale de hernie discale L5/S1 gauche, ainsi qu'un état dépressif réactionnel. La praticienne mentionne une évolution postopératoire catastrophique avec aggravation des lombosciatalgies et la suspicion d'une récurrence de hernie discale L5/S1 gauche. En outre, elle retient, comme diagnostic sans répercussions sur la capacité de travail, un diabète de type II, ainsi qu'une obésité et déclare l'assuré en incapacité de travail complète depuis le 1^{er} juillet 2002, estimant que son état de santé va en s'aggravant (OCAI-VD pces 20 à 22).

C.

Dans une prise de position médicale du 16 septembre 2004, le Dr F._____, du service médical régional Léman (ci-après: SMR), relève que les investigations ont mis en évidence une hernie discale

opérée le 23 septembre 2002, avec des suites catastrophiques malgré des séjours de rééducation et l'apparition d'un syndrome dépressif réactionnel. Il requiert un rapport médical intermédiaire de la Dresse E. _____, afin de déterminer si une expertise complémentaire est nécessaire (OCAI-VD pce 51).

D.

Dans un rapport médical intermédiaire des 15 et 18 octobre 2004, la Dresse E. _____ indique que l'assuré est totalement incapable de travailler dans tout type d'activités en raison de lombosciatalgies gauches invalidantes persistantes, entraînant une limitation de ses déplacements sur un périmètre de marche de 500 mètres à l'aide d'une canne, et d'une hypoesthésie globale de la jambe gauche. D'un point de vue psychologique, la praticienne relève que l'assuré est toujours sous traitement antidépresseur. Elle retient un pronostic défavorable et un retour au travail illusoire même dans une activité très légère (OCAI-VD pces 54 et 55).

E.

Le 6 juillet 2005, le SMR procède à un expertise bidisciplinaire – orthopédique et psychiatrique - diagnostiquant chez l'assuré des lombosciatalgies gauches chroniques sur hernie discale L4-L5 et un status après cure chirurgicale d'une hernie discale L5-S1 à gauche (M.54.4). Par ailleurs, on constate chez l'assuré, comme n'ayant pas de répercussion sur sa capacité de travail, un diabète de type II non insulino-dépendant, une obésité avec BMI à 33 et un syndrome algique polymorphe ne remplissant par les critères diagnostics pour une fibromyalgie ou pour un syndrome douloureux somatoforme. Il est constaté un certain manque de motivation et l'absence de compliance médicamenteuse, ainsi qu'une divergence entre les douleurs décrites par l'assuré et le comportement observé.

Les médecins ne relèvent pas de troubles psychiatriques et estiment que les quelques traits dépressifs et anxieux présents sont discrets et ne permettent pas de retenir un trouble spécifique, à savoir qu'il s'agit d'une symptomatologie réactionnelle et transitoire sans incidence sur la capacité de travail. En définitive, le SMR estime que l'assuré est incapable de travailler en tant que maçon, mais conserve une entière capacité de travail depuis mars 2003 dans des activités adaptées sans port de charges supérieures à 15 kg, sans position en antéflexion ou en porte-à-faux, sans positions statiques en position assises au-delà de une

heure et de position debout au-delà de 30 minutes, avec un périmètre de marche de 30 minutes (OCAI-VD pces 74 à 83).

F.

Par projet de décision du 17 janvier 2006, l'OCAI-VD propose le rejet de la demande de prestation AI de A._____, au motif que, bien qu'il ne puisse plus exercer son activité habituelle de maçon, sa capacité de travail reste entière depuis mars 2003 dans des activités adaptées, à savoir, sans port de charges de plus de 15 kg, sans positions en antéflexion ou porte-à-faux du tronc et permettant l'alternance des positions assise-debout. L'office procède à l'évaluation de l'invalidité du recourant par le biais de la méthode générale de comparaison du salaire valide et invalide et retient une perte de gain de 16.02%, taux insuffisant pour l'octroi d'une rente d'invalidité suisse (OCAI-VD pces 102 à 104).

G.

Par opposition du 7 février 2006 (OCAI-VD pce 105), le recourant allègue que son état de santé s'aggrave et qu'il est dans l'impossibilité de travailler en raison des douleurs dorsales et des faiblesses de la jambe gauche suite à son opération pour une hernie discale, ce qui l'oblige à se déplacer avec une canne. En sus, il indique être diabétique avec atteinte rénale et produit les documents suivants:

- un certificat médical du 6 février 2006 de la Dresse E._____, attestant que le patient est suivi régulièrement depuis 2002 pour les séquelles neurologiques et algiques d'une opération neurochirurgicale effectuée pour une hernie discale L5/S1 qui ne répondent plus au traitement médicamenteux ni à la physiothérapie. En outre, la doctoresse relève que l'assuré souffre de problèmes de médecine interne (diabète) et d'une dépression réactionnelle à ses problèmes de santé (OCAI-VD pce 106);
- un rapport de consultation ambulatoire du 14 février 2005, établi par le Dr G._____, diabétologue, faisant état chez l'assuré de diabète de type II avec une néphropathie diabétique probable, en sus d'un status post-cure hernie discale L5-S1, de lombosciatalgies chroniques sur hernie discale L4-L5, ainsi qu'un état dépressif réactionnel à une situation sociale précaire (OCAI-VD pce 107).

H.

Par courrier du 13 août 2007, l'assuré informe l'OCAI-VD de son retour définitif au Portugal et le dossier est alors transmis à l'office de

l'assurance-invalidité des assurés résidant à l'étranger (ci-après: l'OAIE; OCAI-VD pce 118).

I.

Invité à se prononcer sur les nouvelles pièces produites par l'assuré, le SMR, dans une seconde prise de position du 26 septembre 2007, maintient les conclusions prises dans son expertise du 6 juillet 2005 et relève que la maladie diabétique avait été prise en compte lors de l'examen de l'état de santé du recourant. Le SMR constate qu'aucun fait nouveau ne permet de modifier sa précédente prise de position médicale (OCAI-VD pce 121).

J.

Par décision sur opposition du 13 novembre 2007, l'OAIE rejette la demande de prestations AI de l'assuré au motif qu'il conserve une capacité totale de travail dans des activités de substitution adaptée et présente une perte de gain de seulement 16.02%, taux insuffisant pour ouvrir le droit à une rente d'invalidité suisse (OCAI-VD pces 134 à 137).

K.

Le 13 décembre 2007, A._____, par l'intermédiaire de son mandataire, interjette recours auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après: le TAF ou le Tribunal). Il conclut à l'annulation de la décision sur opposition et demande un délai supplémentaire pour compléter la motivation de son recours. Il met notamment en avant la grande disparité entre les observations du médecin traitant de l'assuré et celles du SMR et remet en cause la valeur probante de l'expertise menée par ce service (TAF pce 1).

L.

Après deux prolongations de délai accordées au recourant afin de compléter son mémoire de recours, le Tribunal, par décision incidente du 17 avril 2008, invite le recourant à déposer des conclusions claires et les moyens de preuve y relatif, ainsi qu'à motiver son recours dans les 14 jours, faute de quoi ce dernier sera déclaré irrecevable (Dossier C-450/2007, TAF pces 3, 5 et 6).

M.

Par arrêt du 22 mai 2008, le TAF déclare irrecevable le recours du 13 décembre 2007, au motif que le recourant n'a pas complété son mémoire de recours dans le délai imparti (Dossier C-8450/2007, TAF pce 9).

N.

Suite au recours en matière de droit public interjeté par A. _____ auprès du Tribunal Fédéral (ci-après: le TF), concluant implicitement à l'annulation de cette décision incidente, au motif que des conclusions et une motivation succincte figuraient dans le mémoire de recours déposé par son ancien mandataire, le TF admet le recours de A. _____ par arrêt du 6 juillet 2009 et renvoie la cause au Tribunal de céans pour nouvelle décision (Dossier C-8450/2007, TAF pces 13 à 18).

O.

Par décision incidente du 30 juillet 2009, le Tribunal de céans invite le recourant à verser une avance de frais d'un montant de Fr. 400.-- (TAF pce 3), dont le recourant s'est acquitté les 19 août et 9 septembre 2009 (TAF pces 5 à 7).

P.

Par réponse du 11 novembre 2009, l'OAIE conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Il transmet la prise de position de l'OCAI-VD du 6 novembre 2009, qui propose le rejet du recours dont il ressort que la décision querellée se fonde sur un examen bidisciplinaire du SMR bien mieux étayé que les observations du médecin traitant du recourant, la Dresse E. _____ n'ayant, selon l'office AI, pas motivé son point de vue, ni indiqué les limitations fonctionnelles du recourant (TAF pce 11).

Q.

Par réplique du 5 janvier 2010, le recourant avance que des problèmes psychiques importants, ayant nécessité un suivi régulier et une médication lourde, sont apparus depuis la dernière expertise effectuée. Il joint un rapport psychiatrique du 28 décembre 2009 signé par le Dr H. _____, dont il ressort que le recourant a souffert d'un syndrome dépressif et anxieux suite à son accident de travail en Suisse, traité par antidépresseurs et anxiolytiques depuis un peu moins d'une année. Il observe chez le recourant une humeur dépressive, des troubles du sommeil, une anxiété marquée, une irritabilité, des pensées négatives, des sentiments d'incapacité et un manque d'estime de soi, etc. Il mentionne que le traitement doit être poursuivi et préconise un suivi régulier. Le praticien déclare l'intéressé totalement incapable de travailler de ce fait. Au vu de ces nouveaux éléments, le recourant requiert également qu'une expertise psychiatrique soit ordonnée et conduite en Suisse (TAF pce 15).

R.

Par duplique du 16 février 2010, l'OAIE conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée et transmet au Tribunal de céans la prise de position de l'OCAI-VD du 10 février 2010, dont il ressort que le rapport du Dr H. _____ ne fait pas ressortir d'éléments nouveaux qui permettraient de remettre en question le bien-fondé de leur décision. L'office cantonal souligne qu'il ne ressort pas des pièces au dossier, que le recourant ait été suivi en Suisse pour des problèmes psychiques (TAF pce 18).

S.

Par ordonnance du 19 février 2010, le Tribunal porte un double de la duplique de l'autorité inférieure à la connaissance du recourant (TAF pce 19).

Droit :**1.**

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

1.2. Conformément à l'art. 3 let. d^{bis} PA, la procédure en matière d'assurances sociales n'est pas régie par la PA dans la mesure où la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) est applicable. Conformément à 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, dans les formes requises par la loi (art. 60 LPGA et 52 PA), et l'avance sur les frais de procédure ayant été dûment acquittée, le recours est recevable.

2.

Le TAF applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, 2^e éd., Berne 2002, ch. 2.2.6.5, p. 265). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le TAF définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 122 V 157 consid. 1a, ATF 121 V 204 consid. 6c; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 61.31 consid. 3.2.2; ANDRÉ MOSER / MICHAEL BEUSCH / LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, p. 22 n. 1.55; ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd. Zurich 1998 n. 677).

3.

3.1. Le requérant, ressortissant portugais, est citoyen d'un Etat membre de la Communauté européenne. Par conséquent, est applicable en l'espèce, 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) 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.

3.2. Selon l'art. 20 ALCP, sauf disposition contraire découlant de l'annexe II, les accords de sécurité sociale bilatéraux entre la Suisse et les 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.

3.3. 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. 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.

4.

4.1. S'agissant du droit applicable, il convient de préciser que le 1^{er} janvier 2008 les modifications de la LAI introduites par la modification du 6 octobre 2006 (5^{ème} révision) sont entrées en vigueur (RO 2007 5129). 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), si le cas d'assurance survient avant le 1^{er} janvier 2008, ce sont les normes en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 qui s'appliquent. Selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant jusqu'au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 116 V 246 consid. 1a et les arrêts mentionnés). Par conséquent, 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 articles de loi cités ci-après sont ceux en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007.

4.2. Le recourant, en incapacité de travail depuis le 1^{er} juillet 2002, a déposé sa demande de rente le 21 janvier 2003. Concrètement, le Tribunal doit donc examiner si le recourant avait droit à une rente d'invalidité le 1^{er} juillet 2003 ou si ce droit est né jusqu'au 13 novembre 2007, date de la décision querellée, marquant la limite dans

le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 129 V 4 consid. 2.1 et 121 V 366 consid. 1b).

5.

Selon les normes applicables, tout requérant doit remplir cumulativement les conditions suivantes pour avoir droit à une rente de l'assurance invalidité suisse:

- être invalide au sens de la LPGA/LAI (art. 8 LPGA, art. 4, 28, 29 al. 1 LAI) et,
- avoir versé des cotisations à l'AVS/AI durant au moins une année (art. 36 LAI).

En l'occurrence, le recourant remplit la condition liée à la durée minimale de cotisation (supra let. A). Il reste dès lors à examiner s'il peut être qualifié d'invalide au sens de la LAI.

6.

6.1. L'invalidité au sens de la LPGA et de la LAI est l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée, qui peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art. 8 LPGA et 4 al. 1 LAI). Selon l'art. 7 LPGA, est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (art. 6 LPGA). De plus, il n'y a incapacité de gain que si elle n'est pas objectivement surmontable (art. 7 al. 2 LPGA dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008).

6.2. Aux termes de l'art. 28 al. 1 LAI, l'assuré a droit à un quart de rente s'il est invalide à 40% au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50% au moins, à trois quarts de rente s'il est invalide à 60% au moins et à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins. Toutefois, les rentes correspondant à un degré d'invalidité inférieur à 50% ne sont versées qu'aux assurés qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse (art. 28 al. 1^{er} LAI). Depuis l'entrée en vigueur de l'ALCP, les

ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne qui présentent un degré d'invalidité de 40% au moins, ont droit à un quart de rente s'ils ont leur domicile et leur résidence habituelle sur le sol d'un Etat membre.

7.

7.1. Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI, le droit à une rente naît dès que l'assuré présente une incapacité durable de 40% au moins (lettre a) ou dès qu'il a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année sans interruption notable (lettre b; ATF 121 V 264 consid. 6). D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la lettre a s'applique si l'état de santé de l'assuré est stabilisé et a acquis un caractère essentiellement irréversible, la lettre b si l'état de santé est labile, c'est-à-dire susceptible d'une amélioration ou d'une aggravation (ATF 111 V 21 consid. 2). Une incapacité de travail de 20% doit être prise en compte pour le calcul de l'incapacité de travail moyenne selon la let. b de l'art. 29 al. 1 LAI (VSI 1998 p. 126 consid. 3c).

7.2. A. _____ souffre de lombosciatalgies gauches chroniques sur hernie discale L4-L5 et d'un status après cure chirurgicale d'une hernie discale L5-S1 à gauche, de diabète et d'obésité BMI 33, ainsi que d'un syndrome algique polymorphe. Par voie de conséquence, eu égard au fait qu'il ne s'agit pas là d'un état de santé stabilisé, la let. a de l'art. 29 al. 1 LAI est inapplicable; seule peut entrer en considération la let. 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. La notion d'invalidité, dont il est question à l'art. 8 LPGA et à l'art. 4 LAI est de nature économique/juridique et non médicale (ATF 116 V 246, consid. 1b). En d'autres termes, l'assurance-invalidité suisse couvre seulement les pertes économiques liées à une atteinte à la santé physique ou psychique, qui peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident, et non la maladie en tant que telle. Pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation sur un marché du travail équilibré (art. 16 LPGA; méthode générale).

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

9.

9.1. L'art. 69 RAI prévoit que l'Office AI réunit les pièces nécessaires, en particulier sur l'état de santé du requérant, son activité, sa capacité de travail et son aptitude à être réadapté, ainsi que sur l'indication de mesures déterminées de réadaptation; à cet effet peuvent être exigés ou effectués des rapports ou des renseignements, des expertises ou des enquêtes sur place, il peut être fait appel aux spécialistes de l'aide publique ou privée aux invalides.

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

10.

10.1. En l'espèce, l'OAIE rejette la demande de prestations AI de l'assuré, au motif que celui-ci conserve une capacité de travail entière dans des activités de substitution adaptées et présente une perte de gain de seulement 16.02%, taux insuffisant pour ouvrir le droit à une rente d'invalidité. Pour ce faire, l'autorité inférieure se base essentiellement sur l'expertise SMR bidisciplinaire du 6 juillet 2005 et sur la prise de position du 26 septembre 2007 du SMR, ainsi que des prises de position des 6 novembre 2009 et 10 février 2010 de l'OCAI-VD (TAF pces 11 et 18).

10.2. Quant au recourant, il conteste cette décision et souligne une grande disparité entre les avis médicaux concernant sa capacité

résiduelle de travail ressortant du rapport médical du 6 février 2006 de la Dresse E. _____ et de l'expertise bidisciplinaire SMR du 6 juillet 2005. Il estime également que ses troubles psychiques n'ont pas été suffisamment pris en compte lors de cette expertise, en se basant sur un rapport psychiatrique du 28 décembre 2009 établi par le Dr H. _____, psychiatre, qui constate chez lui un syndrome anxio-dépressif réactionnel depuis trois quart d'année et qui préconise la poursuite du traitement, ainsi qu'un suivi psychiatrique régulier.

11.

En l'occurrence, le recourant a subi une discectomie et foraminotomie L5-S1 gauche pour cure de hernie discale L5-S1 gauche luxée vers le haut en raison de lombosciatalgies gauches résistantes en septembre 2002, suite à un accident de travail survenu à la fin en juin 2002. Le Tribunal relève que les médecins consultés sont unanimes sur le diagnostic principal de lombosciatalgies gauches chroniques, d'un status après cure chirurgicale d'une hernie discale L5-S1 à gauche, ainsi qu'un syndrome algique polymorphe. En sus, ils diagnostiquent un diabète de type II, présent depuis 2006, ainsi qu'un obésité (BMI à 33). Tous les médecins consultés s'accordent pour reconnaître au recourant une incapacité de travail dans son activité habituelle de maçon. Toutefois, un désaccord subsiste sur la capacité résiduelle du recourant dans des activités de substitution adaptées, ainsi que sur l'état psychique du recourant au moment de la décision querellée.

12.

12.1. Eu égard à l'état de santé psychique du recourant, les avis médicaux divergent sur l'existence et sur la gravité des symptômes dépressifs du recourant. En effet, d'un côté, il ressort clairement de l'expertise SMR bidisciplinaire que le recourant n'a jamais bénéficié d'une prise en charge psychiatrique, bien qu'il ait eu à disposition un traitement antidépresseurs en réserve géré par lui-même (OCAI-VD pce 77). En outre, les experts SMR n'ont pas pu objectiver de signe floride de la lignée dépressive en faveur d'un diagnostic de dépression majeure et estiment que les traits anxieux et dépressifs sont discrets et ne permettent pas de retenir un trouble spécifique (OCAI-VD pce 79). Les experts retiennent en définitive l'absence de diagnostic psychiatrique, malgré une symptomatologie réactionnelle et transitoire sans incidence sur la capacité de travail du recourant (OCAI-VD pce 82).

Le Tribunal souligne que l'expertise bisdisciplinaire conduite par le SMR repose sur des observations approfondies et des investigations complètes. Sur une dizaine de pages, les experts développent une anamnèse psychosociale et psychiatrique, ainsi qu'un status psychiatrique détaillés et aboutissent à des conclusions claires et motivées dont le juge ne saurait s'écarter, aussi longtemps qu'aucun indice concret ne permet de douter de leur bien-fondé.

12.2. D'un autre côté, le recourant produit un certificat médical du 6 février 2006 de la Dresse E. _____, médecin traitant rhumatologue, qui relève chez le recourant, en sus des symptômes somatiques reconnus, une dépression réactionnelle déjà évoquée dans son rapport médical du 21 février 2003 (OCAI-VD pces 20 et 106). Toutefois, cette appréciation ne saurait aller à l'encontre des conclusions du rapport des experts SMR, dans la mesure où le trouble psychique mentionné a été pris en compte dans l'expertise SMR. En outre, le Tribunal relève que la Dresse E. _____ n'est pas spécialisée en psychiatrie et qu'elle ne se prononce sur les troubles psychiques du recourant que très brièvement, lorsqu'elle atteste en une ligne que les signes dysthymiques constatés déjà peu de temps après l'opération sont devenus florides actuellement, nécessitant une prise régulière d'antidépresseurs.

12.3. Par ailleurs, lors de la procédure de recours, A. _____ produit un nouveau certificat médical du 28 décembre 2009 du Dr H. _____, attestant qu'il souffre d'un syndrome anxio-dépressif consécutif à son accident de travail survenu en Suisse en 2002. Ce praticien déclare le recourant incapable de travailler en raison de ces troubles psychiques et préconise un suivi régulier et le maintien du traitement par antidépresseurs et anxiolytiques entrepris depuis un peu moins d'un an.

Cependant, le Tribunal rappelle que, de jurisprudence constante, les faits qui se sont produits postérieurement à une décision et qui ont une influence sur l'état de santé de l'assuré doivent normalement ouvrir une nouvelle procédure d'examen d'un éventuel droit aux prestations (ATF 129 V 4 consid. 1.2, 127 V 467 consid. 1, 121 V 366 consid. 1b). Exceptionnellement, les autorités d'assurance-invalidité peuvent – pour des raisons d'économie de procédure – aussi prendre en considération les événements survenus après le prononcé d'une décision, à condition qu'ils soient établis de manière suffisamment précise et dans la mesure où ils servent à la constatation rétrospective de la situation antérieure à la décision elle-même (ATF 130 V 138 consid. 2.1 et réf. cit.).

Or, en l'espèce, le certificat médical du Dr H._____ du 28 décembre 2009 est largement postérieur à la décision attaquée, datée du 13 novembre 2007, et sort du cadre du pouvoir d'examen du Tribunal de céans. En effet, bien que les symptômes dépressifs semblent réactionnels à l'accident de travail du recourant survenu en 2002, il ressort également du rapport du Dr H._____ que les troubles psychiatriques dont il fait mention sont apparus seulement depuis trois quart d'année. Dès lors, ces faits nouveaux ne sauraient être pris en considération dans la présente procédure.

Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal n'a pas de raison de s'écarter, en ce qui concerne le volet psychique, des conclusions convaincantes de l'expertise SMR, à savoir l'absence de diagnostic psychiatrique, malgré une symptomatologie réactionnelle et transitoire, sans incidence sur la capacité de travail de l'assuré.

13.

13.1. D'un point de vue somatique, le Tribunal note que la Dresse E._____, au demeurant médecin traitant de l'assuré, est spécialisée en rhumatologie; cependant, celle-ci se borne à déclarer, en une phrase, que le recourant est totalement incapable de travailler en raison de son état de santé. En aucune manière, la rhumatologue ne mentionne quelles sont les limitations fonctionnelles du recourant, ni les implications de ses affections sur sa capacité résiduelle de travail dans des activités adaptées (rapports médicaux des 24 février 2003, 15/18 octobre 2004 et 6 février 2006). Dès lors, le Tribunal considère qu'une étude circonstanciée de l'état de santé du recourant n'a pas eu lieu, et ne saurait ainsi attribuer pleine valeur probante au certificat médical de la Dresse E._____ compte tenu des exigences posées par la jurisprudence en la matière (cf. ATF 125 V 332, supra consid. 9.2.).

Au contraire, les experts du SMR relèvent l'existence d'une pathologie herniaire L4-L5 à droite et d'un status après hernie lombaire L5-S1 à gauche ayant bénéficié d'un traitement chirurgical, ainsi que d'un syndrome de type lombosciatalgique chronique à gauche associé à un syndrome irritatif de type S1 (OCAI-VD pce 81). Il est retenu des limitations fonctionnelles précises, soit l'absence de port de charges supérieurs à 15 kg de façon répétitive, l'absence de position antéflexion ou en porte-à-faux du tronc, l'absence de positions statiques en position assise au-delà de une heure et en position debout au-delà de trente minutes, ainsi qu'une diminution du périmètre de marche à trente minutes.

Par ailleurs, le Tribunal note que les experts, lors de l'examen clinique, ont objectivé une divergence entre les douleurs décrites et le comportement observé, l'allégation d'intenses douleurs dont les caractéristiques demeurent vague, l'absence de compliance médicamenteuse, ainsi qu'un manque de motivation (OCAI-VD pce 82). Dès lors, l'expertise du SMR, très complète (10 pages), ayant fait l'objet d'une étude circonstanciée tant du point de vue psychiatrique et somatique du recourant, prenant en compte l'entier de la symptomatologie et les plaintes du recourant, peut se voir, également sur le plan somatique, attribuer pleine valeur probante.

14.

Eu égard à tout ce qui précède, le Tribunal se doit donc de retenir, à l'instar de l'OAIE, que le recourant conserve une capacité de travail entière dans des activités de substitution adaptées dès mars 2003, en tenant compte des limites fonctionnelles retenues par les experts du SMR.

15.

15.1. 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.

15.2. 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.

15.3. 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 les enquêtes suisses sur la structure des salaires (ESS) peuvent aussi servir à fixer le montant des revenus que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide.

15.4. Le revenu d'invalide 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'invalide 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 salaire statistique 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).

16.

16.1. *In casu*, l'OAIE a appliqué, conformément à la jurisprudence précitée, la méthode ordinaire de comparaison des revenus. Il s'agit de comparer les revenus de A. _____ en fonction de ce qu'ils étaient ou auraient pu être au moment de la naissance du droit à la rente, soit douze mois après l'apparition des atteintes ayant causé l'incapacité survenue en juillet 2002 (art. 29 al. 1 let. b LAI; ATF 129 V 222 consid. 4.3.1 et 4.4; ATF 128 V 174; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-4599/2007 du 27 avril 2009 consid. 10.1).

16.2. A. _____ a travaillé comme maçon saisonnier en Suisse jusqu'en juin 2002 jusqu'à la survenance de son accident de travail. Dès lors, pour fixer le revenu sans invalidité, il faut se baser sur le salaire

effectif que celui-ci a gagné la dernière année complète de travail, soit en 2001. Selon le questionnaire pour l'employeur daté du 31 janvier 2003, le recourant a gagné Fr. 31'647.65.-- pour avoir travaillé 7 mois dans l'année, ce qui correspond à un salaire annuel de Fr. 54'253.10.-- en 2001 et Fr. 55'850.45 en 2003 ($[(54'253.10 \times 1958)/1902]$; indexation selon l'Evolution des salaires nominaux, des prix à la consommation et des salaires réels, 1976-2010 de l'OFS). Le salaire mensuel avant invalidité retenu pour 2003 se monte ainsi à Fr. 4'654.20.

Ainsi, le salaire après invalidité doit être fixé sur la base de l'ESS 2002, indexé à 2003. Il ressort du projet de décision du 17 janvier 2006 de l'OCAI-VD que le recourant est apte à travailler dans des activités de substitution ne nécessitant pas de ports de charges de plus de 15 kg, sans positions en antéflexion ou en porte-à-faux du tronc, permettant l'alternance des positions assises-debout. L'office cantonal cite des activités industrielles légères et ne nécessitent pas de qualifications particulières. Il s'agit donc d'activités correspondant à celles d'un travailleur non qualifié, toutes branches économiques confondues (valeur plus favorable au recourant), car un nombre suffisant d'entre elles peut être exercé en respectant les limitations fonctionnelles citées ci-dessus. Il faut donc se référer pour un homme dans le secteur privé, à la table TA1, niveau 4, soit Fr. 4'557.-- pour 40h/sem., et Fr. 4'750.65 pour 41.7h/sem. selon le temps de travail hebdomadaire dans ce secteur (Tableau B 9.2, la Vie économique, 5-2011, p. 90). Il convient encore d'indexer ce montant à l'année 2003; ainsi on retient un salaire mensuel après invalidité de Fr. 4'812.10 ($[4'750.65 \times 1958] / 1933$).

16.3. Compte tenu notamment de l'âge de l'assuré au jour de la décision querellée (45 ans) et du fait qu'il est susceptible d'effectuer une activité de substitution à plein temps, il y a lieu, à l'instar de l'OAIE, d'effectuer un abattement sur le salaire d'invalidité de 15%, attendu que le maximum admis par la jurisprudence est de 25% (ATF 126 V 75). Le salaire après invalidité se monte ainsi à Fr. 4'090.30.

Par conséquent, la comparaison du salaire sans invalidité de Fr. 4'654.20 avec celui après invalidité de Fr. 4'090.30 fait apparaître une perte de gain de 12.11% ($[(4'654.20 - 4'090.30) \times 100] / 4'654.20$). Ce taux étant inférieur à 40%, il n'ouvre pas le droit à une rente d'invalidité.

16.4. Dans ce cadre, il est utile de relever 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 (ATF 123 V 96 consid. 4 c, 115 V 53, 114 V 285 consid. 3, 11 V 239 consid. 2a; Ulrich Meyer-Blaser, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, thèse, Berne 1985, p. 131).

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

16.5. Au vu de ce qui précède, le recours du 13 décembre 2007 doit être rejeté et la décision du 13 novembre 2007 de l'autorité inférieure confirmée.

17.

Les frais de procédure, fixés à Fr. 400.--, sont mis à la charge du recourant (art. 63 al. 1 PA, applicable par le truchement de l'art. 37 LTAF). Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant dont il s'est acquittée au cours de l'instruction.

Vu l'issue du litige, il n'est pas alloué de dépens (art. 7 al. 1 *a contrario* du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, fixés à Fr. 400.--, sont compensés avec l'avance de frais déjà versée.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Recommandé, A+R)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. __.__.__. ; Recommandé)
- à l'office fédéral des assurances sociales.

La présidente du collège :

La greffière :

Madeleine Hirsig-Vouilloz

Audrey Bieler

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 :