



Cour III
C-493/2009
{T 0/2}

Arrêt du 17 août 2010

Composition

Francesco Parrino (président du collège),
Stefan Mesmer, Michael Peterli, juges,
Dario Croci Torti, greffier.

Parties

A. _____,
représenté par
Bergantiños Convenios Internacionales Marcelino Freire
Nión, c/ Barcelona 22-24, Entresuelo,
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 18 décembre 2008).

Faits :**A.**

Le ressortissant espagnol A._____, né le , a travaillé en Suisse dans le secteur du bâtiment de 1988 à 1992 (pce 30). De retour en Espagne, il a travaillé en tant que maçon, notamment, de juin 1995 au 21 avril 2006, auprès d'une entreprise de sa région (pce 9).

B.

En date du 25 mars 2008, A._____ a présenté une demande de prestations de l'assurance-invalidité suisse par l'entremise de "l'Istituto 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). Dans le cadre de l'instruction de la demande, l'UAIE a porté au dossier, notamment, les documents ci-après:

- un questionnaire du dernier employeur, selon lequel l'intéressé, actif en tant que maçon depuis 1995, a été licencié avec effet 21 avril 2006 (dernier jour de travail 29 mars 2006) pour cause de fin de contrat (pce 9);
- le questionnaire à l'assuré, où l'intéressé confirme de ne plus avoir repris d'activité lucrative après mars 2006, pour cause de maladie (pce 8);
- un rapport scanographique de la colonne lombo-sacrée du 10 mai 2006 (pce 11); un rapport d'examen orthopédique du 17 juin 2006 (pce 12);
- un rapport de consultation médicale du 1^{er} août 2006 pour cause de lombosciatalgie à gauche (pce 13);
- un rapport de résonance magnétique (RM) lombaire du 27 juin 2006 (pce 14); un rapport d'examen neurochirurgical du 20 septembre 2006 pour cause de hernies discales L3-L4, L4-L5 et L5-S1 avec compression radiculaire, discopathie dégénérative lombaire, hernies inter-somatiques (pce 15);
- les résultats d'examens de RM de la colonne lombaire du 22 décembre 2006 (pce 16);

- une attestation du service de dermatologie du 25 mai 2007 pour cause de pustulose plantaire (pce 17);
- les résultats d'une RM de la colonne cervicale du 6 octobre 2007 (pce 19), ainsi qu'un rapport d'examen orthopédique du 21 décembre 2007 (pce 20);
- les résultats d'une électromyographie des membres inférieurs du 21 février 2008 (pce 21);
- un rapport détaillé E 213 de l'INSS daté du 26 mars 2008 faisant état de cervicarthrose avec protrusions discales de C4-C5 et C5-C6, lombarthrose avec protrusions, hernie discale C3-C4, C4-C5 et L5-S1 (EMG du février 2008), radiculopathie motrice chronique L5 à gauche modérée, lombosciatalgie; le médecin estime que l'intéressé peut travailler dans des activités qui ne demandent pas une surcharge du rachis (pce 22).

C.

Invité par l'OAIE à se déterminer sur la documentation médicale, le Dr Rais, dans son rapport du 1^{er} octobre 2008, a retenu le diagnostic exposé par le médecin de l'INSS et a admis que l'assuré, en raison des ses problèmes orthopédiques, est inapte pour des des activités lourdes, mais il a estimé qu'une activité légère (ouvrier dans l'industrie légère en position assise, vendeur de billets) serait exigible à 100% (pce 24).

L'OAIE a effectué une comparaison de revenus. Ainsi, compte tenu d'un revenu mensuel statistique avant l'invalidité de Fr. 5'652.44 (en 2006) et d'un revenu mensuel moyen après l'invalidité de Fr. 4'690.47, l'Office AI aboutit à une perte de gain de 17.02% (pce 25).

Dans son projet de décision du 17 octobre 2008, l'OAIE signifie à l'assuré qu'il entend rejeter sa demande de rente d'invalidité, motif pris qu'il serait à même de reprendre une activité de substitution légère à hauteur de 100% et que son taux d'invalidité n'atteindrait dès lors pas les 40% nécessaires pour avoir droit à une rente (pce 26).

A._____ n'ayant pas contesté ce projet, l'administration a rejeté la demande de prestations par décision du 18 décembre 2008 (pce 27).

D.

Le 22 janvier 2009, A._____, représenté par Bergantiños Convenios Internacionales, a interjeté recours à l'encontre de la décision du 18 décembre 2008 en concluant à son annulation et à l'octroi d'une rente d'invalidité. Il fait valoir être au bénéfice d'une pension d'invalidité de la sécurité sociale espagnole et qu'il est à ce jour incapable de reprendre une quelconque activité professionnelle à 100%. À l'appui de son recours, il produit une expertise du Dr Armada Alvarez, médecin généraliste, du 14 novembre 2008. Ce praticien reprend les résultats des RM versés au dossier et déjà considérés par le Dr Rais de l'OAIE. Il produit ensuite les résultats de radiographies lombaire et cervicale plus récentes du 13 novembre 2008, qui confirment les atteintes au niveau lombaire, ainsi qu'une diminution des espaces intervertébraux, une sclérose osseuse subcondrale et des ostéophytoses marginales. Le Dr Armada Alvarez signale aussi une hypoacousie neurosensorielle bilatérale (résultat d'une audiométrie du 23 octobre 2008). Ce médecin estime que le patient présente des limitations fonctionnelles très graves et que la possibilité de reprendre une activité lucrative est purement théorique. Il ne pourrait du reste pas accomplir des activités en position exclusivement assise et la déambulation se limiterait à 150 mètres au maximum.

E.

Invité par l'OAIE à se déterminer sur la documentation médicale, le Dr Lehmann, dans son rapport du 31 mars 2009, indique que la description clinique du Dr Armada Alvarez serait en contradiction avec les conclusions de l'E 213. Il indique qu'une activité légère, préservant le dos, principalement en position assise, est possible dans les activités déjà mentionnées (pce 32). Dans sa réponse du 8 avril 2009, l'OAIE conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée.

F.

En réplique, le recourant maintient ses conclusions, en faisant valoir que les documents médicaux versés au dossier prouvent que son incapacité de travail est présente aussi dans des activités de substitution. Les limitations fonctionnelles influencent aussi l'accomplissement des tâches ordinaires de la vie quotidienne (s'habiller, se chausser, conduire la voiture, etc.).

G.

Par décision incidente du 18 mai 2009, le TAF a fixé l'avance pour les frais de procédure présumés à Fr. 300.-. L'assuré s'est acquitté de cette somme dans le délai imparti.

Droit :**1.**

Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'OAIE concernant l'assurance-invalidité peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 69 al. 1 let. b de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20), celui-ci étant dès lors compétent pour connaître de la présente cause.

2.

2.1 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. 1 al. 1 LAI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1 a à 26^{bis} et 28 à 70), à moins que la LAI ne déroge à la LPGA.

2.2 Le requérant est particulièrement touché par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 59 LPGA). Il a, partant, qualité pour recourir.

2.3 Dans la mesure où le recours a été introduit dans le délai et la forme prescrits (art. 60 LPGA et 52 PA), l'avance de frais fournie dans le délai, il est entré en matière sur le fond du recours.

3.

Le requérant est citoyen d'un Etat membre de la Communauté

européenne. Par conséquent, est applicable en l'espèce l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002 (ALCP, RS 0.142.112.681) – dont l'Annexe II règle la coordination des systèmes de sécurité sociale (art. 80a LAI).

Conformément à l'art. 3 al. 1 du règlement du 14 juin 1971 (CEE) N° 1408/71 du Conseil, les personnes, qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres et auxquelles les dispositions dudit règlement sont applicables, sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout Etat membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci, sous réserve de dispositions particulières contenues dans ledit règlement. Comme avant 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 (art. 40 par. 4 du règlement 1408/71).

4.

4.1 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 réf. cit.). Les dispositions de la 5^{ème} révision de la LAI entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008 sont applicables et les dispositions citées ci-après sont, sauf précision contraire, celles en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2008.

4.2 Concrètement, le Tribunal peut se limiter à examiner si le recourant avait droit à une rente jusqu'au 18 décembre 2008, date de la décision attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 130 V 445 consid. 1.2 et 1.2.1).

5.

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

- être invalide au sens de la LPG/LAI et

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

En l'occurrence, le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus de trois années au total (cf. pce 30 du dossier AI) et remplit, partant, la condition de la durée minimale de cotisations. Il reste dès lors à examiner s'il est invalide au sens de la LAI.

6.

6.1 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. Le deuxième alinéa 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.

6.2 Un assuré a droit à un quart de rente s'il est invalide à 40% au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50%, 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. 2 LAI). Suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002 de l'Accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne, la restriction prévue à l'art. 29 al. 4 - 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 plus applicable lorsqu'un assuré est un ressortissant suisse ou de l'UE et y réside.

6.3 L'art. 28 al. 1 LAI prévoit que l'assuré a droit à une rente aux conditions suivantes: a. sa capacité de gain ou sa capacité d'accomplir ses travaux habituels ne peut pas être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles; b. il a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGA) d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable; c. au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40% au moins. Toutefois, le droit à la rente prend naissance au plus tôt à l'échéance d'une

période de 6 mois à compter de la date à laquelle l'assuré a fait valoir son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGA, mais avant le mois qui suit le 18^e anniversaire de l'assuré.

6.4 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 de travail équilibré, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles. Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable (art. 7 al. 2 LPGA).

7.

Le recourant a travaillé en Suisse en qualité de maçon. De retour dans son Pays d'origine, il a travaillé dans la construction jusqu'au 29 mars 2006, date à laquelle il a cessé toute activité pour cause de maladie (pces 8 et 9). Il a été licencié avec effet au 21 avril 2006. L'employeur indique que la cause de la cessation de l'activité serait la "fin du contrat", mais il faut bien constater que l'intéressé était déjà absent depuis le 29 mars 2006 pour des raisons de santé.

Or, la notion d'invalidité, dont il est question à l'art. 8 LPGA et à l'art. 4 LAI, est de nature juridique/économique et non pas 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 mentale ou psychique - qui peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident - et non la maladie en tant que telle. Selon l'art. 16 LPGA, applicable par le renvoi de l'art. 28a al. 1 LAI, 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 être raisonnablement exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché de travail équilibré.

Selon une jurisprudence constante, les données fournies par le médecin constituent néanmoins un élément utile pour apprécier les conséquences de l'atteinte à la santé et pour déterminer quels travaux on peut encore raisonnablement exiger de l'assuré (ATF 115 V 133 consid. 2, 114 V 310 consid. 3c, RCC 1991 p. 329 consid. 1c).

8.

En l'espèce, il est établi que le recourant souffre essentiellement de cervicarthrose avec protrusions discales de C4-C5 et C5-C6, lombarthrose avec protrusions, hernie discale L3-L4, L4-L5 et L5-S1 (EMG du février 2008), radiculopathie motrice chronique L5 à gauche modérée, lombosciatalgie. Dans son expertise du 14 novembre 2008, le Dr Armada Alvarez reprend les diagnostics qui ressortent des imageries (RM, Rx) effectuées entre 2006 et 2008. Il mentionne la dernière radiographie lombaire effectuée le 13 novembre 2008, qui confirme la présence de discopathies dégénératives lombaires L4-L5 et L5-S1, diminution de l'espace intervertébral, sclérose osseuse subcondrale et des ostéophytes marginaux. Le praticien espagnol mentionne aussi la postulose plantaire (cf. aussi pce 17) et une hypoacousie neurosensorielle bilatérale (confirmée par une audiométrie du 23 octobre 2008).

9.

L'art. 69 al. 2 du règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RAI, RS 831.201) prescrit que l'Office AI réunit les pièces nécessaires, en particulier sur l'état de santé du requérant, son activité, sa capacité de travail et son aptitude à être réadapté, ainsi que sur l'indication de mesures déterminées de réadaptation; à cet effet peuvent être exigés ou effectués des rapports ou des renseignements, des expertises ou des enquêtes sur place, il peut être fait appel aux spécialistes de l'aide publique ou privée aux invalides. Les Offices de l'assurance-invalidité peuvent convoquer les assurés à un entretien, la date de celui-ci devant leur être communiquée dans un délai approprié (art. 69 al. 3 RAI dans sa nouvelle teneur en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2008).

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'occurrence, l'OAIE, se fondant essentiellement sur l'appréciation des Drs Rais et Lehmann, a considéré que si le recourant est incapable de travailler dans sa dernière activité de maçon, il pourrait cependant reprendre une activité de substitution légère, essentiellement en position assise adaptée à son état de santé. Cet avis est du reste partagé par le médecin de l'INSS espagnol.

Pour sa part, l'assuré a argué qu'à cause de sa situation clinique il ne peut reprendre aucune activité lucrative et qu'il convient dès lors de lui reconnaître une incapacité de travail permanente entière. Il fonde son avis sur l'expertise du Dr Armada Alvarez.

10.2 La patient présente, objectivement, un syndrome cervico-lombaire important. Depuis le printemps 2006, sur la base des examens fournis, cette pathologie l'a obligé à cesser son travail. Il est incontesté que les hernies discales de L3-L4, mais surtout L4-L5 et L5-S1 provoquent une compression radiculaire. En 2006 déjà, les examens radiologiques faisaient état d'une spondylolyse lombaire avec discopathies dégénératives et protrusions multiples, ce qui provoquait une réduction des anneaux de jonction de canal rachidien lombaire (cf. pces 15, 16). Au niveau cervical la situation était moins sévère car les discopathies mentionnées n'entraînaient pas de lésions médullaires ou des altérations plus profondes. Le rapport le plus probant pour examiner le caractère invalidant de la lombosciatalgie dont souffre l'intéressé, mis à part les examens médicaux, est l'électromyographie / neurographie des membres inférieurs. Or, cet examen du 21 février 2008 ne fait que relever une légère radiculopathie L5 gauche, en absence de dénervation. La situation de souffrance radiculaire est donc moins importante de celle relevée par le Dr Armada Alvarez. À l'examen purement clinique, la mobilité cervicale et des membres supérieurs est bien conservée, la

mobilité lombaire malgré les problèmes lombosciatalgiques est aussi bien conservée. Les membres inférieurs ne sont pas non plus limités dans leurs mouvements. La déambulation est libre. Du point de vue neurologique, on ne fait pas mention de paresthésies, bien que le syndrome radiculaire soit documenté par l'examen mentionné; réflexes, ton et tropisme sont dans la normale.

En conclusion, l'assuré souffre de lésions objectivées des colonnes cervicale et surtout lombaire, mais il conserve encore une capacité de travail dans des activités de substitution légères, à condition qu'il puisse oeuvrer en position essentiellement assise avec la possibilité d'effectuer des courts trajets.

Il est au surplus évident que certaines affections secondaires dont souffre le recourant, à savoir une dermatite plantaire et une hypoacousie bilatérale, n'ont pas de caractère invalidant. Ces troubles peuvent être facilement soignés par des médicaments appropriés en ce qui concerne l'affection aux pieds et par un appareillage spécifique pour ce qui est de l'hypoacousie.

10.3 Le Dr Armada Alvarez procède à une évaluation bien différente de la capacité de travail de l'assuré. À son avis le patient est inapte non seulement dans son ancienne activité, mais les limitations fonctionnelles sont telles de ne pas lui permettre d'accomplir les tâches les plus simples. Il ne pourrait se déplacer sans douleurs que sur un trajet de 150 mètres. Le patient serait limité même dans des activités sédentaires car il ne peut rester dans cette position que pour un temps limité. Cette opinion ne saurait toutefois raisonnablement être suivie pour les motifs exposés ci-dessus par les Drs Lehmann, Rais et aussi par le médecin de l'INSS. Il est le lieu de relever au surplus, à ce propos, que le juge doit tenir compte du fait que le médecin traitant, ou chargé d'une expertise par la partie intéressée, 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 353 consid. 3b/cc et réf. cit.; ULRICH MEYER-BLASER, Bundesgesetz über Invalidenversicherung, in: Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zurich 1997, p. 230). On notera aussi que le Dr Armada Alvarez, dans son expertise, applique des critères d'évaluations méconnus dans le droit suisse de l'assurance-invalidité. En effet, il fait référence aux tables d'une loi espagnole en matière de calcul du dommage qui ne sont pas pertinentes en l'espèce.

Le Tribunal de céans, à l'instar de l'autorité inférieure, fait siennes les appréciations médicales des médecins mentionnés et observe, au surplus, que le recourant pourrait exercer à temps complet un autre travail plus léger, à l'exemple d'une activité de surveillant de parking ou de musée, caissier, vendeur de billets, standardiste ou téléphoniste, dans la vente par correspondance, la réparation de petits appareils ou articles domestiques, la distribution du courrier interne, voire la saisie de données.

10.4 On observera, enfin, que les preuves figurant au dossier, constituées essentiellement de pièces médicales, permettent à l'autorité de céans de se convaincre que l'état de fait est établi de manière satisfaisante, au degré de la vraisemblance prépondérante, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une expertise complémentaire.

La jurisprudence admet un tel procédé. En effet, 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; KIESER, *Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung*, p. 212, n° 450; KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^{ème} éd., p. 39, n° 111 et p. 117, n° 320; GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2^{ème} éd., p. 274; cf. aussi ATF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. 3c et réf. cit.). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101; SVR 2001 IV n° 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d et réf. cit.).

En l'espèce, le diagnostic principal est incontesté et concerne pour l'essentiel la structure rachidienne. En outre, l'assuré a été soumis à de nombreux examens approfondis (RM, scanners, Rx). Il n'est donc pas nécessaire de procéder à des investigations supplémentaires. Du reste, même du point de vue thérapeutique, il semble que la situation du patient n'ait pas demandé de soins particulièrement intenses, mais

il doit suivre un protocole de soins lorsque les phases douloureuses lombosciatalgiques réapparaissent (médicaments, séances de physiothérapie).

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

10.6 Enfin, de jurisprudence constante, l'octroi d'une rente d'invalidité étrangère, comme dans le cas d'espèce, ne préjuge pas l'appréciation de l'invalidité selon la loi suisse; même après l'entrée en vigueur de l'ALCP (cf. consid. 3), le degré d'invalidité d'un assuré qui prétend une rente d'invalidité suisse est déterminé exclusivement d'après le droit suisse (ATF 130 V 253 consid. 2.4, arrêt du Tribunal fédéral I 435/02 du 4 février 2003 consid. 2; RCC 1989 p. 330).

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.

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

11.4 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).

12.

12.1 En l'espèce, il sied de relever que le revenu de l'assuré sans invalidité doit être calculé, exceptionnellement, sur la base des

statistiques suisses, du fait que les données fournies par le dernier employeur sont insuffisantes et les statistiques espagnoles en matière de revenus ne sont connues ni par la Cour de céans, ni par l'administration. Cela a pour conséquence, afin de se tenir sur le même marché du travail, qu'on prendra en considération les statistiques suisses aussi pour le revenu après l'invalidité.

En Suisse, en 2006, année de référence, le salaire mensuel moyen d'un salarié dans le secteur de la maçonnerie était de Fr. 5'422.-; cette rétribution étant calculée, statistiquement, sur 40 heures hebdomadaires, il faut la reporter sur 41.7 heures de sa catégorie, soit Fr. 5652.44.

12.2 Le revenu d'invalidé tiré des données statistiques doit tenir compte d'un large éventail d'activités légères, sédentaires, répétitives, existant sur le marché du travail. Un nombre suffisant d'entre elles peut être exercé à plein temps, de sorte que ces activités sont adaptées au handicap du recourant. De plus, la majeure partie de ces postes ne nécessite pas de formation particulière autre qu'une mise à jour au courant initiale.

Selon les données statistiques publiées par l'Office fédéral compétent le salaire après invalidité se monte à Fr. 4'499.25, données 2006, pour des activités de substitution simples et légères du secteur privé en général. À cet égard, il convient de préciser qu'il s'agit des données tirées du Tableau TA1 (hommes, niveau de qualification 4), qui sont déterminantes en l'espèce selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. RSAS 2007 p. 64). Ce chiffre est adapté à la durée de travail hebdomadaire de 41.7 heures (cf. La Vie économique, tableau B 9.2) – au lieu de 40 heures sur lesquelles sont calculées les données statistiques –. On obtient ainsi un résultat de Fr. 4'690.47 à 100%.

La réduction des salaires ressortant des statistiques (abattement) relève en premier lieu de l'OAIE, qui dispose pour cela d'un large pouvoir d'appréciation. Le juge des assurances sociales ne peut, sans motif pertinent, substituer son appréciation à celle de l'administration (ATF 126 V 75 consid. 3b/aa et bb). En l'espèce, compte tenu de l'âge et du handicap du recourant, l'autorité inférieure n'a opéré aucun abattement. Il s'ensuit que le revenu annuel théorique pour des activités adaptées, à 100%, est de Fr. 4'690.47. Un revenu sans invalidité de Fr. 5'652.44 comparé avec un revenu après invalidité de

Fr 4'690,47, fonde une perte de gain de 17.02%, taux insuffisant pour avoir droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse.

12.3 On peut relever, à titre subsidiaire, que l'assuré ne peut pas atteindre le taux minimal pour avoir droit à une rente AI, même si on admettait une incapacité de travail de 80% dans des activités de substitution. En se fondant sur les données ci-dessus, la rétribution théorique après la survenance de l'invalidité s'élèverait à Fr 3'752.37 (80% de Fr. 4'590.47), qui par rapport à un revenu sans invalidité de Fr. 5'652.44, fait ressortir une perte de gain de 33.61%.

Par voie de conséquence, le recours du 22 janvier 2009 doit être rejeté et la décision du 18 décembre 2008 confirmée.

13.

13.1 Vu l'issue de la procédure, les frais de celle-ci, fixés à Fr. 300.-, 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 acquitté au cours de l'instruction.

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

3.

Il n'est pas alloué d'indemnités de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au représentant du recourant (recommandé + A/R)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. AI)
- à l'Office fédéral des assurances sociale, Berne

Le président du collège :

Le greffier :

Francesco Parrino

Dario Croci Torti

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 :