



Cour III
C-527/2009

{T 0/2}

Arrêt du 27 avril 2010

Composition

Madeline Hirsig (présidente du collège), Vito Valenti,
Francesco Parrino, juges,
Margit Martin, greffière.

Parties

R. _____, rua _____, ES- _____,
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

prestations de l'assurance-invalidité, décision du
2 décembre 2008.

Faits :**A.**

A.a Le ressortissant espagnol R._____, né en 1945, marié, a séjourné et travaillé en Suisse de 1969 à 1997 comme maçon auprès de l'entreprise générale W._____ SA, à C._____, et a acquitté – durant les périodes d'activité – les cotisations obligatoires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (AVS/AI). En date du 10 mars 1999, l'organe de liaison de la sécurité sociale espagnole (Instituto nacional de la seguridad social [INSS]), à Vigo, a transmis à l'autorité compétente en Suisse (Caisse suisse de compensation [CSC]), à Genève, une première demande de prestations de l'assurance-invalidité, assortie d'un rapport médical détaillé (CH/E20; pce 2) du 18 février 1999 retenant un degré d'invalidité de 30% pour le travail exercé en dernier lieu. Par décision du 23 novembre 1999, l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE) a rejeté la demande au motif que le requérant a été assuré en Suisse jusqu'en décembre 1997 et que, concernant l'éventuelle survenance d'une invalidité après cette date, les conditions d'assurance n'étaient pas remplies. Par jugement du 14 septembre 2000, entré en force sans avoir été contesté, la Commission fédérale de recours en matière d'AVS/AI pour les personnes résidant à l'étranger a rejeté le recours déposé contre cette décision (pce 10).

A.b En date du 4 février 2008, R._____ a présenté une seconde demande de rente d'invalidité (E 204). Du formulaire ad hoc appert qu'il a exercé une activité salariée jusqu'au 23 août 2007 et perçu des indemnités de salaire pour incapacité de travail entre le 23 août 2007 et le 1^{er} février 2008. Il est mentionné en outre que l'invalidité ne provient pas d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle. Selon les indications contenues dans ce document, l'assuré est célibataire (pce 11). Du document E 205 relatif à l'affiliation à la sécurité sociale espagnole résulte que l'assuré a été soumis à l'obligation de cotiser en 1963 (un peu plus de trois mois) et entre le 7 août 2000 et le 1^{er} février 2008. Des périodes assimilées ont été enregistrées entre le 2 février 2008 et le 22 février 2009 (pce 12). Les formulaires usuels pour l'instruction de la demande ont été transmis à l'autorité suisse compétente par l'INSS Vigo en date du 14 mars 2008 (pce 14).

B.

Dans le cadre de la procédure d'instruction, l'OAIE a notamment versé au dossier les pièces suivantes:

- un questionnaire à l'assuré non daté (date de l'envoi: 20 juin 2008) ainsi qu'un questionnaire à l'employeur, rempli le 12 juillet 2008, desquels il résulte que l'assuré a été employé en qualité de coffreur auprès de l'entreprise générale J._____ SA, à Santiago de Compostela, du 6 juin 2005 au 22 février 2008 (terme du contrat de travail) et qu'il y a exercé son activité à plein temps, soit 40 heures hebdomadaires, jusqu'au 1^{er} août 2007 pour un salaire mensuel brut de € 1982.20 (pces 19 et 20);
- un rapport médical établi le 27 septembre 2007 par le Dr S._____, Centre de diagnostic et traitement des maladies rhumatismales, à Pontevedra, qui atteste d'un suivi médical depuis mars 2004 et conclut à l'existence d'une pathologie dégénérative sévère au niveau cervical, dorsolombaire et des genoux (avec engagement radiculaire dans la région cervicale et lombaire); les efforts et surcharges inhérentes à la profession de l'assuré étant de nature à péjorer l'état, le spécialiste conseille l'abandon de cette activité (pce 23);
- le rapport d'une tomodensitométrie de la colonne lombaire réalisée le 12 février 2008 par la Dresse T._____, service de radiodiagnostic, à Vigo, confirmant la présence d'une spondylarthrose lombaire et de changements dégénératifs au niveau des articulations sacroiliaques (pce 24);
- un rapport médical détaillé (E 213) du 25 février 2008, établi par la Dresse B._____, médecin inspecteur de l'INSS Vigo, selon lequel l'assuré est limité pour les activités qui impliquent une surcharge mécanique du rachis lombaire; il est en revanche apte à réaliser un travail régulier moyen (pce 25).

Dans sa prise de position du 25 septembre 2008, le Dr L._____, médecin conseil de l'OAIE, a considéré que les altérations dégénératives de l'appareil locomoteur présentes et le syndrome douloureux décrit ne fondent pas de limitation fonctionnelle objectivable ni dans l'activité habituelle ni dans une activité de substitution adaptée (pce 29). Se fondant sur l'appréciation de son médecin, l'OAIE, en date du 29 septembre 2008, a fait parvenir à

l'assuré un projet de décision l'informant que sa demande de prestations devrait être rejetée (pce 30). Dans le cadre de la procédure d'audition, l'assuré a produit un rapport médical rédigé le 18 septembre 2008 par le Dr E._____, chef de service de traumatologie et orthopédie, Centre hospitalier de Pontevedra, lequel retient que, compte tenu des lésions dégénératives constatées au niveau du squelette et de la musculature, l'intéressé n'est plus en mesure d'exercer son métier habituel de maçon. Se référant en particulier au constat de ce spécialiste, l'assuré fait valoir une incapacité de travail d'au moins 60% et conclut à l'admission de sa demande dans ce sens (pces 26, 31, 32). Le Dr L._____, dans son exposé du 28 novembre 2008, confirme son appréciation précédente. Il retient surtout que le nouveau document médical contient une énumération des constats radiologiques connus, qu'il mentionne à raison la nécessité d'un traitement et d'un temps d'arrêt lors d'épisodes aiguës de la symptomatologie rhumatologique alors que durant les périodes sans symptômes majeurs, la capacité de travail dans l'exercice de la profession apprise est maintenue (pce 34). En date du 2 décembre 2008, l'OAIE a rendu une décision de rejet de prestations conformément à son projet (pce 35).

C.

Par acte déposé le 15 janvier 2009, R._____ a formé recours contre la décision de rejet de rente devant le Tribunal administratif fédéral (TAF) demandant l'octroi d'une rente pour un degré d'invalidité de 70% au moins. Il allègue ne pas être en mesure de développer une quelconque capacité de travail dans le cadre clinique décrit par les spécialistes de la sécurité sociale. A l'appui de ses arguments, il produit un rapport médical établi le 12 janvier 2009 par le Dr E._____ superposable au rapport du 18 septembre précédant par le constat clinique et radiologique. Ce nouveau rapport conclut toutefois, à l'encontre du premier, que l'assuré présente une incapacité de travail totale et permanente pour tout type d'activité qui soit en raison des lésions anatomiques présentes et de leur évolution progressive.

D.

Invité par ordonnance de l'autorité de céans du 28 janvier 2009 à déposer sa réponse et à produire le dossier complet de la cause, l'OAIE, en date du 13 mars 2009, propose le rejet du recours et la confirmation de la décision attaquée avec des motifs qui seront repris, si nécessaire, dans les considérants du présent jugement.

E.

Par décision incidente du 20 mars 2009, l'autorité de céans a transmis un double de la réponse de l'autorité inférieure au recourant, l'invitant à déposer une réplique et à payer une avance de Fr. 300.- sur les frais de procédure présumés.

En date du 2 avril 2009, un montant de Fr. 294.- a été enregistré par le service de comptabilité de l'autorité de céans. Par décision incidente du 16 avril 2009, le TAF a invité le recourant à prendre les mesures appropriées pour s'acquitter de la différence de Fr. 6.- dans les 30 jours.

En réponse à une demande de l'assuré du 23 novembre 2009, l'autorité de céans a confirmé par courrier du 27 novembre suivant avoir reçu l'avance de frais requise. Elle a en outre informé l'intéressé que l'instruction du dossier était terminée et qu'un arrêt dans cette affaire sera rendu dès que possible.

Droit :**1.**

1.1 Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), l'autorité de céans, 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.

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

1.3 Le requérant a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure; il est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 PA, cf. art. 59 LPGA). Il est, partant, légitimé à recourir. 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 (cf. pces 7, 8, 10, 12, 14), il est entré en matière sur le fond du recours.

2.

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 (ALCP, RS 0.142.112.681), entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, dont l'Annexe II règle la coordination des systèmes de sécurité sociale (art. 80a LAI).

Conformément à l'art. 3 al. 1 du Règlement (CEE) N° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, 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.

De jurisprudence constante, l'octroi d'une rente étrangère d'invalidité ne préjuge pas l'appréciation de l'invalidité selon la loi suisse (ATFA cause I 435/02 consid. 2 du 4 février 2003; 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.

3.

La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-invalidité. Selon l'art. 2 LPGA (également dans sa teneur en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008), les dispositions de la présente loi sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale, si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient.

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.). En l'espèce, 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.

Le recourant a présenté sa seconde demande de rente le 4 février 2008. Selon les normes en vigueur au moment du dépôt de la demande, l'assuré a droit à une rente aux conditions suivantes:

- être invalide au sens de la LPG/LAI et
- compter trois années au moins de cotisations (art. 36 LAI dans sa nouvelle teneur modifiée le 6 octobre 2006); 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 36) 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.

5.

5.1 Aux termes de l'art. 8 LPG/LAI, 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.

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 de 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. Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable (art. 7 al. 2 LPGGA dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008).

5.2 L'assuré a droit à une rente si 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 (art. 28 al. 1 let. a LAI), s'il a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGGA) d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable et si au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGGA) à 40% au moins. La rente est échelonnée selon le taux d'invalidité à un quart de rente si l'assuré 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'ALCP, la restriction prévue à l'art. 29 al. 4 LAI – selon laquelle les rentes correspondant à un taux d'invalidité inférieur à 50% ne sont versées qu'aux assurés qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse (art. 13 LPGGA) – n'est plus applicable lorsque l'assuré est citoyen suisse ou ressortissant de l'UE et réside dans un Etat membre dans le sens de cet accord (ATF 130 V 253 consid. 3.1).

5.3 Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI, le droit à la rente prend naissance au plus tôt à l'échéance d'une période de six mois à compter de la date à laquelle l'assuré a fait valoir son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGGA.

5.4 Par ailleurs, il est utile de rappeler que l'assuré cesse d'avoir droit à la rente d'invalidité dès qu'il peut prétendre la rente de vieillesse de l'AVS (art. 30 LAI). Conformément à l'art. 21 de la loi fédérale du 20

décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10), dans sa teneur en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008, ont droit à une rente de vieillesse les hommes qui ont atteint 65 ans révolus (al. 1 let. a). Le droit à une rente de vieillesse prend naissance le premier jour du mois suivant celui où a été atteint l'âge prescrit à l'al. 1 (al. 2). Dans le cas présent, l'assuré fera valoir un droit à la rente de vieillesse en temps opportun.

6.

Le recourant a travaillé en Suisse entre 1969 et 1997 en qualité de maçon. De retour en Espagne, il a enregistré des périodes d'assurance comme salarié du 7 août 2000 au 22 février 2009 (voir pce 12). En dernier lieu, il a été employé en qualité de coffreur du 6 juin 2005 au 22 février 2008 par l'entreprise de construction J. _____ SA, à Santiago de Compostela. Un arrêt de travail pour maladie est documenté à partir du 2 août 2007. Depuis lors, l'assuré n'a plus repris d'activité lucrative.

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).

7.

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.

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.).

8.

8.1 En l'espèce, il est établi que le recourant présente des altérations dégénératives au niveau de la colonne vertébrale, des épaules et des genoux. Selon le service médical de l'OAIE, l'atteinte dégénérative de l'appareil locomoteur, déjà présente en 1999 (première demande), ainsi que le syndrome douloureux n'entraînerait toujours pas de limitations fonctionnelles objectivables du point de vue clinique et la capacité de travail dans l'activité habituelle dans le domaine de la construction serait entièrement conservée. Il considère ainsi que l'assuré, lors d'épisodes rhumatologiques aiguës, aurait bel et bien besoin d'un traitement et d'un bref arrêt de travail. Le reste du temps, l'assuré ne présenterait toutefois pas de symptômes et serait en mesure d'exercer son activité sur les chantiers à temps complet. Le service médical se fonde en cela essentiellement sur le rapport E 213 et conclut à l'absence d'une maladie de longue durée assortie d'une incapacité de travail de 40% en moyenne durant une année au moins. L'autorité inférieure, de son côté, invoque dans sa réponse au recours le point 11.4 du rapport E 213. A la lecture du rapport entier toutefois, il résulte à l'évidence que les croix posées aux points 11.4 et 11.5 ont été inversées. En effet, le médecin de la sécurité sociale, sous point 9, s'est prononcé dans le sens que l'assuré est en mesure d'exercer une activité moyenne de manière régulière et a clairement

désigné sous les points 10 à 11.3 les restrictions et conditions à observer dans l'exercice d'une activité professionnelle. Ainsi l'assuré doit éviter les travaux impliquant le port de charges, l'usage de rampes et d'échelles (risque de chute), mais peut travailler en position assise et en position alternante. Il peut également effectuer un travail à l'écran, ainsi qu'à son domicile, sans l'aide de tiers. Par conséquent, le médecin de la sécurité sociale a confirmé sous point 11.6 que l'assuré est en mesure d'effectuer un travail adapté à temps complet, le degré d'invalidité étant à apprécier d'après les déficits fonctionnels (voir point 11.8). Ces conclusions concordent par ailleurs avec celles contenues dans le rapport du 27 septembre 2007 (Dr S._____) lequel décrit une pathologie dégénérative sévère au niveau de la colonne cervicale, dorsolombaire et des genoux (notamment une gonarthrose bilatérale marquée et une rupture du ménisque externe gauche), et souligne la chronicité et la persistance des manifestations algiques, incompatibles avec les efforts et surcharges inhérents à son métier, ces derniers étant susceptibles d'aggraver de façon manifeste la pathologie existante. Le rhumatologue recommande dès lors l'abandon de cette profession. Or le service médical de l'OAIE n'a relevé ni les contradictions contenues dans le rapport E 213 ni le fait que l'assuré, au cours du dernier contrat de travail, a été mis en arrêt pour maladie et a obtenu des prestations à ce titre dès le 23 août 2007 jusqu'au 1^{er} février 2008 (pce 11). Il écarte aussi l'avis du Dr E._____ (18 septembre 2008) selon lequel l'assuré n'est plus en mesure d'exercer son métier d'ouvrier dans le bâtiment en raison des lésions dégénératives de l'appareil ostéomusculaire. Il convient dès lors de constater que les avis exprimés par les médecins espagnols et le service médical de l'OAIE quant à savoir dans quelle mesure l'assuré est à même de mettre en valeur sa capacité de travail ne sont pas concordants.

8.2 Lorsqu'il s'agit d'examiner dans quelle mesure un assuré peut encore exploiter économiquement sa capacité de gain résiduelle sur le marché du travail entrant en considération pour lui, on ne saurait subordonner la concrétisation des possibilités de travail et des perspectives de gain à des exigences excessives (cf. arrêts du Tribunal fédéral 9C_236/2008 du 4 août 2008 consid. 4.2 et 9C_446/2008 du 18 septembre 2008 consid. 4.2). S'il est vrai que des facteurs tels que l'âge, le manque de formation ou les difficultés linguistiques jouent un rôle non négligeable pour déterminer dans un cas concret les activités que l'on peut encore raisonnablement exiger d'un assuré, ils ne

constituent pas des circonstances supplémentaires qui, à part le caractère raisonnablement exigible d'une activité, sont susceptibles d'influencer l'étendue de l'invalidité, même s'ils rendent parfois difficile, voire impossible la recherche d'une place et, partant, l'utilisation de la capacité de travail résiduelle. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'invalidité d'un assuré qui se trouve proche de l'âge donnant droit à la rente de vieillesse, il faut procéder à une analyse globale de la situation et se demander si, de manière réaliste, cet assuré est (ou était) en mesure de retrouver un emploi sur un marché équilibré du travail (arrêts du Tribunal fédéral I 61/05 du 27 juillet 2005 consid. 4.4 avec références, I 819/04 du 27 mai 2005 consid. 2.2). Indépendamment de l'examen de la condition de l'obligation de réduire le dommage (cf. ATF 123 V 233 consid. 3c et réf. cit.), cela revient à déterminer, dans le cas concret qui est soumis à l'administration ou au juge, si un employeur potentiel consentirait objectivement à engager l'assuré, compte tenu notamment des activités qui restent exigibles de sa part en raison d'affections physiques ou psychiques, de l'adaptation éventuelle de son poste de travail à son handicap, de son expérience professionnelle et de sa situation sociale, de ses capacités d'adaptation à un nouvel emploi, du salaire et des contributions patronales à la prévoyance professionnelle obligatoire, ainsi que de la durée prévisible des rapports de travail (cf. arrêts du Tribunal fédéral I 1034/06 du 6 décembre 2007 consid. 3.3.3.2; I 61/05 du 27 juillet 2005 consid. 4.4; I 819/04 du 27 mai 2005 consid. 2.2; I 462/02 du 26 mai 2003 consid. 2 s; I 401/01 du 4 avril 2002 consid. 4; arrêt du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 10 juillet 2008, SVR 2009 IV n° 8).

Conformément à la jurisprudence, il convient en principe de se placer au moment de la naissance du droit à la rente pour juger de l'exigibilité d'un changement de profession de la part de l'assuré (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_612/2007 du 14 juillet 2008 consid. 5.2; I 761/04 du 14 juin 2005 consid. 2.3 se référant à l'ATF 129 V 222). En l'occurrence, l'état de santé du recourant s'est manifestement aggravé en août 2007 (cf. pces 11, 19, 20), alors que la demande n'a été déposée que le 4 février 2008. Le droit à une rente aurait ainsi pu naître au plus tôt en août 2008 (art. 29 al. 1 LAI). Le recourant était alors âgé de plus de 62 ans, soit un seuil à partir duquel on peut parler d'âge avancé (cf. arrêts du Tribunal fédéral 9C_104/2008 du 15 octobre 2008 consid. 4; 9C_612/2007 du 14 juillet 2008 consid. 5.2; I 819/04 du 27 mai 2005 consid. 2.2).

8.3 Compte tenu de ce qui précède ainsi que des contradictions relevées et des appréciations médicales divergentes quant à l'exigibilité à 100% du métier physiquement exigeant de maçon et/ou coffreur ou bien d'une activité de substitution encore à définir de la part de l'assuré, le Tribunal de céans ne peut se rallier sans autre aux conclusions de l'autorité inférieure. Le recours doit dès lors être admis dans le sens que la décision attaquée est annulée et la cause renvoyée à l'autorité inférieure afin que celle-ci prenne une nouvelle décision.

L'art. 61 PA ne permet de recourir à cette solution que dans les cas exceptionnels. In casu l'application de l'exception prévue est toutefois justifiée si l'on considère les lacunes présentes dans cette cause et l'importance des informations à recueillir. Par conséquent, l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger soumettra le dossier à son service médical lequel se prononcera sur les éventuelles activités de substitution compatibles avec les pathologies en présence voire l'opportunité d'un rapport médical complémentaire. Il se prononcera ensuite sur le degré d'invalidité jusqu'à la date de la décision attaquée en tenant compte de toutes les limitations relevées dans la dernière activité exercée (maçon/coffreur) et les activités de substitution exigibles qu'il conviendra de définir avec précision. Ensuite, après la procédure d'audition, l'autorité inférieure rendra une nouvelle décision.

10.

La décision attaquée a été rendue après le 1^{er} juillet 2006, entrée en vigueur de l'art. 69 al. 2 LAI soumettant la procédure de recours en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI devant le Tribunal administratif fédéral à des frais de procédure. Au vu de l'issue de la procédure, il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais effectuée de Fr. 300.- est restituée au recourant. Vu que le recourant n'avait pas à supporter des frais indispensables et relativement élevés, aucune indemnité de dépens n'est allouée.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est partiellement admis. Le dossier est renvoyé à l'autorité inférieure afin qu'elle procède conformément au considérant 8.3.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure et l'avance déjà effectuée de Fr. 300.- est restituée au recourant.

3.

Il n'est alloué aucune indemnité de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Recommandé + AR)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. AI ES/756.6599.9102.03)
- à l'Office fédéral des assurances sociales

La présidente du collège :

La greffière :

Madeleine Hirsig

Margit Martin

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 :