



Cour III
C-6544/2009

Arrêt du 12 août 2011

Composition

Johannes Frölicher, président du collège,
Francesco Parrino, Madeleine Hirsig, juges
Valérie Humbert, 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

décision du 30 septembre 2009.

Faits :**A.**

A._____ est un ressortissant portugais né le (...), marié et père de quatre enfants aujourd'hui majeurs (pce 62). Il a travaillé en Suisse comme ouvrier plusieurs mois chaque année de 1984 à 1989, puis toute l'année de 1990 à 1993, quelques mois en 1994 puis en 1996 (pce 5). De retour au Portugal, il a travaillé en qualité d'ouvrier dans l'industrie textile du 1^{er} mars 1995 au 20 février 1997, à raison de 40 heures par semaine (pce 68), activité qu'il dit avoir cessé pour des raisons de santé (pces 7 et 69).

B.

B.a Le 2 mars 2004, A._____ a déposé une première demande de prestations de l'assurance-invalidité (AI) par le biais du formulaire E204 qui parvient à l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE), le 18 novembre 2004 (pce 1). Il ressort de la documentation médicale versée alors en cause qu'il souffrait essentiellement de lombalgies et cervicalgies, d'une hépatite B chronique, d'un diabète mellitus de type 2 non insulino-dépendant et d'un situs inversus avec dextrocardie (pces 22, 24, 28 à 32, 37 à 51).

B.b Se fondant sur une appréciation médicale du 30 août 2006 du Dr B._____, médecin à son service médical (SMR), qui estimait que le diabète était bien contrôlé et sans complication secondaire, que l'infection par le virus de l'hépatite B était guérie ou tout du moins que les aminotransférases du foie étaient quasi normaux et qu'en conséquence l'assuré ne présentant pas d'atteinte à la santé ayant valeur de maladie (pce 32), l'OAIE a informé A._____ par projet de décision du 1^{er} septembre 2006 qu'elle entendait rejeter sa demande de prestations AI (pce 33). Au terme de la procédure d'audition, après consultation du Dr B._____ qui a maintenu sa position dans sa détermination du 19 février 2007, l'OAIE a rejeté la demande de prestations AI par décision du 1^{er} mars 2007, affirmant que l'exercice d'une activité lucrative était toujours exigible dans une mesure suffisante pour exclure le droit à une rente (pce 52).

B.c Par arrêt du 20 novembre 2007, le Tribunal administratif fédéral a déclaré irrecevable le recours interjeté le 4 avril 2007 par A._____ à l'encontre de la décision de l'OAIE du 1^{er} mars 2007 (pce 60).

C.

C.a Le 1^{er} février 2008, A._____ a déposé une nouvelle demande de prestations AI par l'intermédiaire du formulaire E204 qui n'est parvenu à l'OAIE que le 18 avril 2008 (pce 62). Lors de l'instruction, ont été notamment versés en cause, outre des pièces qui figuraient déjà au dossier :

- un rapport de radiographie de la colonne lombaire du 20 juin 2007 du Dr C._____ qui observe une scoliose concave à droite et des altérations de type spondylite avec ostéophyte modérément développées mais pratiquement généralisées aux divers corps vertébraux et de l'arthrose inter-apophyse (pce 83),
- un rapport du 6 novembre 2007 du Dr D._____, médecin psychiatre à Braga, qui retient une anxiété généralisée avec des plaintes diffuses, des insomnies, une humeur sub-dépressive, des céphalées, une irritabilité et un désintérêt pour tout ce qui le concerne, ce qui justifie selon ce médecin, en application du tableau national d'incapacité, une incapacité de travail de 10% (pce 87),
- un rapport du 19 novembre 2007 du Dr E._____, orthopédiste à Braga, qui observe une scoliose lombaire marquée avec des altérations de type spondylite en L1 L5, une sacro-iliite bilatérale, une arthrose coxo-fémorale avec réduction de l'espace articulaire et sclérose du toit acétabulaire, une gonarthrose bilatérale principalement patello-fémorale qui empêche l'assuré d'exercer n'importe quelle profession qui nécessite des efforts avec le tronc ou les membres inférieurs, ainsi que d'autres atteintes au rachis lombaire et cervical, Selon ce médecin ce tableau clinique associé aux autres maladies dont souffrent l'assuré entraînent une incapacité de gain d'au moins 70% (pce 90),
- une information médicale du 29 janvier 2008 du Centre de santé de X._____ du Dr F._____ qui récapitule les diagnostics connus (pce 93).

C.b Cette documentation médicale a été soumise à l'appréciation du Dr G._____, médecin à l'OAIE, qui demande un examen orthopédique plus précis pour pouvoir se prononcer (pce 96). Par la suite sont ainsi encore produits:

- une expertise E 213 manuscrite du 10 novembre 2008 de la Dresse H._____ qui n'apporte rien de nouveau sur le plan médical tout en

précisant que l'exercice de l'ancienne activité professionnelle n'est plus possible et que le pays d'origine reconnaît à l'assuré une incapacité relative pour l'exercice de sa profession (pce 99),

- un rapport d'un examen orthopédique effectué le 3 février 2009 par le Dr I._____ du Centre médical San-António lequel observe en substance que la marche autonome sans appui externe ni claudication, que la mobilité passive et active du rachis cervical, dorsal et lombaire est normale et indolore, idem pour la mobilité coxo-fémorale et que les différents réflexes testés sont symétriques. Il conclut que l'assuré souffre d'une pathologie vertébrale dégénérative avec protrusion discale en L4-L5 qui pourrait conditionner une compression radiculaire L5 gauche, laquelle n'est confirmée ni objectivement ni par l'électromyographie (pce 105),
- un rapport d'un scanner (TAC) sacro-lombaire effectué le 26 janvier 2009 par J._____ et sur lequel s'est notamment fondé le Dr I._____ (pce 108),
- une information médicale manuscrite et difficilement lisible du Dr K._____ du 3 avril 2009 qui semble résumer les diagnostics connus (pce 106)

Dans sa prise de position du 13 juin 2009, le Dr G._____ remarque une évolution dégénérative de la colonne lombaire et des douleurs de plus en plus intenses et fréquentes. L'examen clinique et l'électromyographie ne montrent pas de défaillance neurologique, mais selon le Dr G._____, il est clair qu'une charge physique importante peut tout à fait contribuer à une aggravation de la situation. Ainsi, il préconise la reconnaissance depuis février 2009 d'une incapacité de travail de 50% dans l'ancienne activité de l'assuré tout en relevant que le dernier employeur lui avait déjà confié des travaux légers et une capacité de travail entière dans une activité adapté (pce 115 et 117).

C.c Par projet de décision du 10 août 2008, l'OAIE a communiqué à A._____ son intention de rejeter sa demande de prestations AI, la comparaison des revenus effectuée sur la base de statistiques du Bureau International du Travail ayant laissé apparaître pour une activité plus légère après un abattement de 20%, une perte de gain de 22% qui n'ouvre pas le droit à une rente (pces 118-119).

C.d En procédure d'audition, A._____ a produit une nouvelle documentation médicale évoquant les atteintes déjà connues ainsi qu'un

rapport d'une échographie rénale du 25 août 2009 de la Dresse L. _____ qui conclut à la présence sur le rein droit de plusieurs kystes corticaux simples et sur le rein gauche de kystes parapyéliques, sans autre altération significative (pces 120 à 123).

C.e Se fondant sur l'avis du 22 septembre 2009 du Dr G. _____ qui maintient ses précédentes conclusions, l'OAIE a rejeté par décision du 30 septembre 2009 la demande de prestations AI de A. _____ au motif que l'exercice d'une activité plus légère et mieux adaptée est exigible à 100% avec une perte de gain de 22%, taux d'invalidité insuffisant pour ouvrir le droit à une rente (pce 126).

D.

D.a Par acte du 15 octobre 2009, A. _____ interjette recours par devant le Tribunal administratif fédéral (TAF) contre cette décision, produisant à l'appui de ses conclusions une information médicale du 15 octobre 2009 du Dr F. _____ qui relève des troubles dégénératifs ostéoarticulaires avec une prédominance au rachis, genoux et bassin, une hypertension artérielle d'effort, un diabète de type II, une hépatite B et des troubles anxieux généralisés. Ces pathologies ont tendance à s'aggraver et ce médecin les estime invalidantes.

D.b Dans sa réponse au recours du 21 décembre 2009, l'autorité inférieure, se fondant sur la détermination du 15 décembre 2009 de la Dresse M. _____ de son service médical, constate que le recourant n'apporte aucun élément nouveau et rappelle, avant de conclure au rejet du recours et à la confirmation de sa décision, que seul le droit suisse détermine le droit aux prestations suisses.

D.c Invité par ordonnance du 13 janvier 2010 du TAF à répliquer et s'acquitter d'une avance sur les frais de procédure présumés, le recourant a procédé dans les délais au versement requis sans toutefois se prononcer sur la réponse de l'autorité.

Droit :

1.

1.1. Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, 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'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE) concernant l'octroi de prestations d'invalidité peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 69 al. 1 let. b de la Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20), celui-ci est dès lors compétent pour connaître de la présente cause.

1.2. En vertu de l'art. 3 let. d^{bis} PA, auquel renvoie l'art. 37 LTAF, la procédure en matière d'assurances sociales n'est pas régie par la PA dans la mesure où la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) est applicable. Selon l'art. 2 LPGA, les dispositions de 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. Or, l'art. 1 al. 1 LAI mentionne 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. Selon l'art. 59 LPGA, quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir. Ces conditions sont remplies en l'espèce.

1.4. Déposé en temps utile et dans les formes requises par la loi (art. 60 LPGA et 52 PA), l'avance de frais étant acquittée, le recours est donc recevable quant à sa forme.

2.

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, ch. 2.2.6.5, p. 265). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal administratif fédéral définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (cf. 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. L'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (ALCP, RS 0.142.112.681) est entré en vigueur le 1er 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 1er juin 2002 et ultérieurement et se substituant à toute convention de sécurité sociale liant deux ou plusieurs Etats (art. 6 du Règlement), et enfin le Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relatif à l'application du Règlement (CEE) n° 1408/71 (RS 0.831.109.268.11). Selon l'art. 3 du Règlement (CEE) n° 1408/71, les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et les ressortissants suisses bénéficient de l'égalité de traitement. Selon l'art. 20 ALCP, sauf disposition contraire découlant de l'Annexe II, les accords de sécurité sociale bilatéraux entre la Suisse et les Etats membres de la Communauté européenne sont suspendus dès l'entrée en vigueur du présent accord, dans la mesure où la même matière est régie par le présent accord. Dans la mesure où l'Accord - en particulier son Annexe II qui régit la coordination des systèmes d'assurances sociales (art. 8 ALCP) - ne prévoit pas de disposition contraire, l'organisation de la procédure de même que l'examen des conditions à l'octroi d'une rente d'invalidité suisse ressortissent au droit interne suisse.

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

3.3. Il sied à ce propos de signaler que depuis le 1er mai 2010, les règlements 1408/71 et 574/72 sont remplacés dans les 27 Etats membres de l'UE par le Règlement (CEE) n°883/2004 du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 (JO L 200 du 7 juin 2004) et son Règlement

d'application n° 987/2009 (JO L 284 du 30 octobre 2009). Toutefois ces nouveaux règlements ne sont pour l'instant pas encore applicables dans les relations entre la Suisse et les Etats membres de l'UE. Pour ce faire une actualisation de l'annexe II de l'ALCP est nécessaire (cf. circulaire AI n° 292 du 10 mai 2010 de de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS]).

3.4. De jurisprudence constante, l'octroi d'une rente étrangère d'invalidité ne préjuge pas l'appréciation de l'invalidité selon la loi suisse (Arrêt du Tribunal fédéral I 435/02 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 à une rente de l'assurance-invalidité suisse est déterminé exclusivement d'après le droit suisse. En effet, selon l'art. 40 par. 4 du Règlement (CEE) n° 1408/71, la décision prise par l'institution d'un Etat membre au sujet de l'état d'invalidité d'un requérant ne s'impose à l'institution de tout autre Etat membre concerné, qu'à la condition que la concordance des conditions relatives à l'état d'invalidité entre les législations de ces Etats soit reconnue à l'annexe V, ce qui n'est pas le cas pour les relations entre la Suisse et chacun des autres Etats membres (ATF 130 V 253 consid. 2.4). Toutefois, conformément à l'art. 40 du Règlement (CEE) n° 574/72, lors de l'évaluation du degré d'invalidité, l'institution d'un Etat membre doit prendre en considération les documents et rapports médicaux ainsi que les renseignements d'ordre administratif recueillis par l'institution de tout autre Etat membre. Chaque institution conserve néanmoins la faculté de faire procéder à l'examen du requérant par un médecin de son choix.

3.5. Le droit applicable au fond est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, étant précisé que le juge n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 129 V 1 consid. 1.2; arrêt du Tribunal fédéral I 274/05 du 21 mars 2006 consid. 1.1). La décision entreprise ayant été rendue le 30 septembre 2009, le droit éventuel à des prestations de l'assurance-invalidité doit être examiné en fonction des dispositions de la LAI et de la LPGA, telles que modifiées par la nouvelle du 6 octobre 2006 (5e révision), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 5129). Cela étant, la 5e révision n'a pas modifié la notion d'invalidité, ni la manière d'évaluer le taux d'invalidité.

4.

4.1. Aux termes de l'art. 87 al. 3 et 4 RAI, lorsque l'administration examine une nouvelle demande de l'assuré après un premier refus de prestations, elle n'entrera en matière que s'il est établi de façon plausible que l'invalidité s'est modifiée de manière à influencer ses droits. A défaut d'apporter cette preuve préalable au nouvel examen du droit aux prestations, l'affaire est liquidée sans autre examen par une décision de non-entrée en matière sujette à recours devant le tribunal compétent. On entend ainsi éviter que l'administration ne doive s'occuper continuellement des mêmes cas, soit des cas où la situation n'a pas subi de modification (ATF 125 V 410 consid. 2b, VSI 2000 242).

4.2. Dans l'examen des allégations de l'assuré quant à la péjoration de son état de santé, l'administration peut se montrer d'autant plus exigeante pour apprécier le caractère plausible des allégations de l'assuré que le laps de temps qui s'est écoulé depuis sa décision antérieure est bref. Elle jouit sur ce point d'un certain pouvoir d'appréciation que le juge doit en principe respecter. Le juge doit comparer la situation existante au moment du rejet de la demande de prestations avec les circonstances existantes au moment de la décision de refus d'entrer en matière sur la nouvelle demande (Arrêt du Tribunal fédéral I 187/05 du 11 mai 2006, voir ég. ATF 130 V 343 consid. 3.5).

4.3. Dans le cas contraire, lorsque l'administration entre en matière sur la nouvelle demande et examine l'affaire au fond; elle vérifie ainsi que la modification du degré d'invalidité rendue, à son sens, plausible par l'assuré est réellement intervenue. Elle doit par conséquent procéder de la même manière qu'en cas de révision au sens de l'art. 17 LPG. Si l'administration constate que l'invalidité ne s'est pas modifiée depuis la décision précédente, passée en force, elle rejette la demande. Sinon, elle doit encore examiner si la modification constatée suffit à fonder une invalidité donnant droit à des prestations et statuer en conséquence. Le point de savoir si un tel changement s'est produit doit être tranché en comparant les faits tels qu'ils se présentaient au moment de la décision initiale et les circonstances régnant à l'époque de la décision litigieuse (ATF 125 V 368 consid. 2 et les références citées). Il convient de préciser à cet égard que c'est la dernière décision entrée en force et reposant sur un examen matériel du droit à la rente avec une constatation des faits pertinents, une appréciation des preuves et une comparaison des revenus conformes au droit qui constitue le point de départ temporel pour l'examen d'une éventuelle modification du degré d'invalidité (ATF 133 V

108 consid. 5, en particulier consid. 5.4, ATF 130 V 71 consid. 3.2.3, ATF 130 V 343 consid. 3.5). En cas de recours, le même devoir de contrôle quant au fond incombe au juge. En effet, le juge ne doit examiner comment l'administration a tranché la question de l'entrée en matière que lorsque ce point est litigieux, c'est-à-dire uniquement quand l'administration a refusé d'entrer en matière en se fondant sur l'art. 87 al. 4 RAI et que l'assuré a interjeté recours pour ce motif. Ce contrôle par l'autorité judiciaire n'est en revanche pas nécessaire lorsque l'administration est entrée en matière sur la nouvelle demande (ATF 109 V 108 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral I 597/05 du 8 janvier 2007)

5.

Dans le cas d'espèce, saisie d'une nouvelle demande moins d'un an après sa décision de rejet du 1^{er} mars 2007, l'autorité inférieure ne se réfère singulièrement en aucune manière à l'art. 87 al. 4 RAI. Dans la mesure où elle est entrée en matière sur la nouvelle demande du recourant qu'elle a d'ailleurs rejetée, la Cour de céans - en application de la jurisprudence précitée - ne peut plus examiner si elle était fondée à le faire ou non. En conséquence, le Tribunal de céans doit examiner si l'invalidité du recourant a subi une modification, et ce, en comparant les faits tels qu'ils se présentaient à l'époque de la décision du 1^{er} mars 2007, dernière décision entrée en force ayant examiné matériellement le droit à la rente, et ceux qui ont existé jusqu'au 30 septembre 2009, date de la décision litigieuse.

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. 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 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 al. 1 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. L'al. 2 a été introduit lors de la 5e révision. Cette disposition précise que seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain et qu'il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable.

7. L'assuré a droit à un quart de rente s'il est invalide à 40% au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50%, à trois-quarts de rente s'il est invalide à 60% et à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins (art. 28 al. 1 LAI, al. 2 depuis le 1er janvier 2008).

8.

8.1. Le taux d'invalidité d'une personne exerçant une activité lucrative est fixé d'après la comparaison des revenus prévue à l'art. 16 LPGA, applicable par le renvoi de l'art. 28a al. 1 LAI, à savoir selon des considérations économiques. Ainsi 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 du travail équilibré (méthode générale). Le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'y pas lieu de poser des exigences excessives quant aux possibilités des assurés de trouver un emploi correspondant aux activités de substitution proposées. Il suffit en principe qu'une telle place de travail n'apparaisse pas de toute évidence comme exclue (arrêts du Tribunal fédéral 9C_446/2008 du 18 septembre 2008 et 9C_236/2008 du 4 août 2008).

8.2. 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). Ainsi, puisque l'objet assuré n'est pas l'atteinte à la santé physique, mais les conséquences économiques de celles-ci - à savoir une incapacité de gain de longue durée - le taux d'invalidité ne se confond pas nécessairement avec le taux d'incapacité fonctionnelle déterminé par le médecin (ATF 110 V 273 consid. 4). Le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que les données fournies par les médecins constituent un élément utile pour apprécier les conséquences de l'atteinte à la santé et pour déterminer quels travaux peuvent encore raisonnablement être exigés de l'assuré (ATF 125 V 256 consid. 4, ATF 115 V 133 consid. 2, ATF 114 V 310 consid. 3c; RCC 1991 p. 329 consid. 1c).

9.

9.1. L'autorité ne tient pour existants que les faits qui sont dûment prouvés et applique le droit d'office. La procédure dans le domaine des assurances sociales fait prévaloir la procédure inquisitoriale (art. 43 LPG), de sorte qu'il appartient à l'administration de prendre d'office les mesures d'instruction nécessaires et de recueillir les renseignements dont elle a besoin. Pour pouvoir évaluer l'invalidité d'un assuré, l'administration, ou le juge en cas de recours, a besoin de documents que le médecin ou éventuellement d'autres spécialistes, doivent lui fournir. L'art. 69 RAI prescrit à cet égard 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. En particulier, une expertise doit être mise en oeuvre lorsqu'il apparaît nécessaire de clarifier les aspects médicaux du cas (ATF 117 V 282 consid. 4a).

9.2. Toutefois, les parties, particulièrement dans le domaine des assurances sociales, ont le devoir de collaborer à l'instruction de l'affaire, ce qui les oblige à apporter, dans la mesure où cela peut raisonnablement être exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve. Ainsi, s'il appartient à l'autorité d'établir elle-même les faits pertinents dans la mesure où l'exige la correcte application de la loi, c'est avec le concours des parties intéressées qu'elle s'y emploie, celles-ci ayant l'obligation d'apporter toute preuve utile ou du moins tout élément de preuve propre à fonder ses allégations (art. 13 et 19 PA en relation avec art. 40 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 PCF, [RS 273]; ATF 117 V 261, ATF 116 V 23, ATF 115 V 133 consid. 8a et les références citées).

9.3. Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu

d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2e éd., Zurich 2009, art. 42 n° 19 p. 536; ATF 122 II 464 consid. 4a). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst (Sozialversicherungsrecht [SVR] 2001 IV n° 10 p. 28).

10.

10.1. La première demande déposée en 2004 et refusée en mars 2007, reposait sur un diagnostic principal de diabète de type II contrôlé, d'un status après infection par le virus de l'hépatite B et d'un situs inversus avec dextrocardie. Les lombalgies et cervicalgies étaient déjà mentionnées mais peu documentées médicalement. En novembre 2007 déjà, les observations du Dr E. _____, orthopédiste, mettent en lumière différentes atteintes dégénératives ostéoarticulaires. A la demande du médecin de l'autorité inférieure, un nouveau rapport orthopédique a été effectué. Confié au Dr I. _____, l'examen effectué le 3 février 2009 montre une mobilité conservée du rachis et de l'articulation coxo-fémorale. Ce médecin remarque néanmoins que les pathologies décrites pourraient entraîner une compression radiculaire L5 gauche, mais que celle-ci ne ressort nullement de l'étude clinique et de l'électromyographie. Malgré cette absence de déficits neurologiques, le Dr G. _____ de l'OAIE retient une incapacité de travail de 50% dans l'ancienne activité, alors que de l'aveu même de l'ancien employeur, les activités qui étaient confiées au recourant étaient de type léger. Il est vrai que rien ne permet de croire que le recourant puisse retrouver un employeur aussi conciliant. Le Dr G. _____ justifie sa position par l'intensité et la fréquence des douleurs dont se plaint le recourant et par la crainte qu'une charge physique importante ne détériore encore plus la situation. Ce point de vue qui consiste à prévenir tout risque de complication neurologique est soutenable. Le Dr G. _____ s'en tient s'agissant des autres atteintes à la santé aux conclusions prises par le service médical de l'autorité inférieure lors de sa première décision, l'hépatopathie, le diabète de type II et le situs inversus avec dextrocardie n'ayant pas évolué de manière invalidante depuis mars 2007. Il faut toutefois relever encore le rapport psychiatrique du Dr Da Silva Guimarães qui estime que l'anxiété généralisée accompagnée de divers troubles motive une incapacité de travail de 10%. Or, d'une part, cette incapacité se base spécifiquement sur le chapitre X, II, 2.2 Degré II du tableau national d'incapacité portugais qui décrit au chap. X (psychiatrie), II 2.2 des perturbations névrotiques non psychotiques incluant des névroses (états soucieux, phobiques, obsessionnels, dépression névrotique, neurasthénie,

hyponcondrie, etc.) et des troubles de l'adaptation, de degré modéré avec une diminution manifeste du niveau d'efficacité personnelle ou professionnelle (tabela nacional de incapacidades consulté sur le site Internet http://www1.seg-social.pt/preview_documentos.asp?r=1381&m=PDF consulté le 26 juillet 2011), autant d'atteintes en principe surmontables avec un effort de volonté raisonnablement exigible et qui ne sont pas en elles-mêmes invalidantes. D'autre part, le taux de 10% est celui reconnu comme incapacité de travail par la législation portugaise, ce qui n'équivaut pas encore à 10% de perte de gain (sur l'atteinte économique, cf. consid. 8) en droit suisse. Ainsi, la Cour de céans peut tout à fait se rallier à la position du Dr G. _____ qui retient une incapacité de travail de 50% pour l'ancienne activité tout en estimant que la capacité est entière pour des travaux adaptés. Ce point de vue est corroboré en procédure de recours par la Dresse M. _____ qui détaille bien dans sa détermination du 15 décembre 2009, les incidences des différents diagnostics sur l'état de santé du recourant. C'est vrai qu'il manque sans doute l'énumération des limitations fonctionnelles mais il ressort clairement du dossier qu'il faut éviter la surcharge du tronc et des membres inférieurs. On peut aussi regretter qu'il ne soit pas fait mention du résultat de l'échographie rénale versée en cours d'audition devant l'autorité inférieure par le recourant, mais il faut bien admettre qu'en dehors de kystes bénins, elle ne relève rien de significatif.

10.2. Le recourant ne produit pas non plus d'élément qui permettrait d'avoir des doutes sur les conclusions des médecins de l'OAIE. Seuls le psychiatre et le Dr E. _____, orthopédiste, s'expriment sur la capacité de travail résiduelle. Ainsi outre l'incapacité de 10% reconnue par le psychiatre sur la base du TNI, l'orthopédiste estime que la diminution de gain dans sa profession serait de 70%. Outre le fait qu'il semble considérer à tort que la seule addition des diagnostics conduit à une invalidité en droit suisse, il n'explique pas les incidences des pathologies qu'il relève sur la santé du recourant, *a fortiori* sur sa capacité de travail. De plus, il est admis que celui-là ne peut plus qu'exercer partiellement son ancien métier certes dans une mesure moindre que ce que lui-même prescrit. Toutefois, en vertu du principe général valable en assurances sociales, il a l'obligation de diminuer son 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 130 V 97 consid. 3.2 avec les références). Autrement dit si une autre activité peut être exercée à plein temps, l'autorité est en droit de l'exiger

et de fonder ses calculs sur les revenus que pourrait générer cette activité.

10.3. En définitive, la Cour est d'avis avec l'autorité inférieure, que le recourant peut exercer malgré ses atteintes à la santé une activité de substitution à plein temps qui tient compte de ses limitations.

11. Reste à examiner l'incidence de ce changement dans la capacité de travail du recourant sur le taux d'invalidité qu'il présente et que l'autorité évalue à 22%. Pour ce faire, il y a lieu de se référer à l'évaluation économique effectuée le 29 juillet 2009. Cette évaluation a été communiquée au recourant par le Tribunal de céans en annexe à l'ordonnance du 13 janvier 2010.

11.1. Selon la méthode ordinaire de comparaison des revenus (art. 28a al. 1 LAI et 16 LPGA), l'invalidité est évaluée en comparant le revenu que l'intéressé pourrait obtenir en exerçant une activité que l'on peut raisonnablement attendre (revenu d'invalidité) sur un marché du travail équilibré avec le revenu qu'il aurait eu s'il n'était pas devenu invalide (revenu sans invalidité).

11.2. En règle générale, le revenu hypothétique de la personne valide se détermine en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce qu'elle aurait effectivement pu réaliser au moment déterminant si elle était en bonne santé. Le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible; c'est pourquoi il se déduit en principe du salaire réalisé en dernier lieu par l'assuré avant l'atteinte à la santé, en tenant compte de l'évolution des salaires jusqu'au moment de la naissance du droit à la rente (ATF 129 V 222 consid. 4.3.1 p. 224 et la référence).

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 revenu doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de la personne assurée. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé - soit lorsque la personne assurée, après la survenance de l'atteinte à la santé, n'a pas repris d'activité lucrative ou alors aucune activité normalement exigible -, le revenu d'invalide peut être évalué sur la base de salaires fondés sur les données statistiques

résultant de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) établie par l'Office fédéral de la statistique (OFS) ou sur les données salariales résultant des descriptions de postes de travail établies par la SUVA (ATF 129 V 472 consid. 4.2.1 p. 475).

11.3. En l'espèce, l'autorité s'est basée sur le salaire mensuel que gagnerait en 2008 le recourant s'il était resté chez son ancien employeur, selon les indications fournies par ce dernier, soit 500 Euros. Le gain mensuel moyen d'un manoeuvre dans la filature, le tissage et le finissage des textiles ressortant du Bulletin des statistiques 2006/2007 du Bureau International du Travail (BIT) étant de 550 Euros, l'autorité a retenu ce chiffre favorable à l'assuré. La comparaison des revenus, après un abattement de 20% sur le salaire d'invalidé de caissier dans le commerce de détail (534.96 Euros), consenti afin de tenir compte des particularités du cas que les statistiques ne prennent pas en compte (cf. 126 V 75 consid. 5), a fait apparaître une perte de gain de 22.23%, seuil bien inférieur à celui de 40% nécessaire pour pouvoir prétendre à l'octroi d'une rente.

11.4. Il faut relever que bien que ce calcul ne soit pas contesté par le recourant, il n'est pas sans problème puisqu'il prend en compte des chiffres de 2006 alors que le moment déterminant est 2008 pour la comparaison des revenus (cf. ATF 129 V 222 consid. 4.3.1) que de surcroît il ne se base pas - ainsi que la jurisprudence le prescrit - sur la valeur centrale ou médiane des salaires statistiques du marché du travail considéré mais sur un chiffre tiré d'un secteur d'activité particulier (cf. arrêt du TF I 392/06 du 13 mars 2007 consid. 6.2, 9C_237/2007 du 24 août 2007 consid. 5.2). Toutefois, force est de constater que si l'on se réfère à l'ESS 2008 (tablette TA-1; cf. ATF 124 V 321 consid. 3 b/aa), la situation ne serait pas plus avantageuse pour le recourant, puisqu'il apparaît que le salaire auquel peuvent prétendre les hommes dans des activités simples et répétitives (niveau 4) de l'industrie textile dépasse à peine (Fr. 4'856.-), celui auquel les hommes de même niveau de qualification effectuant des activités simples et répétitives dans le secteur privé (production et services; valeur centrale ou médiane: Fr. 4'806.-). Même avec un abattement maximum de 25%, le recourant n'arriverait pas encore au seuil minimum de 40% de perte de gain.

11.5. Pour être tout à fait complet, il convient encore de souligner que – contrairement à la législation portugaise – pour l'évaluation de l'invalidité en droit suisse ne sont pas déterminants les critères médico-théoriques, mais les seules répercussions de l'atteinte à la santé sur la capacité de

gain (cf. cf. par analogie, RAMA 1991 no U 130 p. 270 consid. 3b; voir aussi ATF 114 V 310 consid. 3c). Peu importe que l'assuré mette ou non en valeur sa capacité résiduelle de travail. Ainsi 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).

11.6. Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être rejeté et la décision du 30 septembre 2009 confirmée.

12.

12.1. Le requérant, qui succombe, doit donc s'acquitter des frais de justice fixés, compte tenu de la charge liée à la procédure, à Fr. 400.-- (art. 63 al. 1 règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2] et 69 al. 2 LAI). Ils sont compensés par l'avance de frais déjà versée de Fr. 400.--.

12.2. Il n'est pas alloué de dépens (art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*).

(le dispositif se trouve à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 400.--, sont mis à la charge du recourant. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versé de Fr. 400.--.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

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

Le président du collège :

La greffière :

Johannes Frölicher

Valérie Humbert

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 :