



Arrêt du 23 juin 2011

Composition

Elena Avenati-Carpani, présidente du collège,
Stefan Mesmer, Madeleine Hirsig-Vouilloz, juges,
Delphine Queloz, 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

Assurance-invalidité, décision du 16 septembre 2009.

Faits :**A.**

Le ressortissant portugais, A._____, né en 1956, a travaillé en Suisse en qualité de cuisinier, de chef de salle, de concierge, de plâtrier et dans la construction et a cotisé à l'AVS/AI suisse de 1982 à 1996 (pces 1 et 23). Par la suite, il est retourné dans son pays et a continué son activité jusqu'au 30 juin 2004 date à laquelle il a cessé de travailler en raison de douleurs (pces 8 et 9). Le 30 mai 2005, il a présenté une demande de prestations d'invalidité auprès de l'Instituto da Segurança Social (ISS) qui l'a transmis à l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE; pce 3).

B.

Dans le cadre de l'instruction de cette demande, l'OAIE a versé les pièces suivantes au dossier, entre autres;

- le questionnaire à l'assuré daté et signé du 20 novembre 2006 duquel il ressort qu'il a travaillé en dernier lieu du 2 janvier 2003 au 30 juin 2004 que l'assuré était engagé en qualité de maçon, 8 heures par jour pour un salaire de € 800.--, qu'il a dû interrompre son activité pour raison de santé du 30 juin 2004 au 9 mai 2006 et qu'il a cessé de travailler le 30 juin 2004 en raison de douleurs (pce 8);
- le questionnaire pour l'employeur daté et signé du 15 novembre 2006 indiquant que le contrat de travail de l'assuré a duré du 1^{er} février 2003 au 10 juin 2006, que l'assuré a été engagé en qualité de maçon, 40 heures par semaine, 8 heures par jour pour un salaire de € 800.-- et qu'il a cessé de travailler le 30 juin 2004 (pce 9);
- le rapport médical du 22 juillet 2004 du Dr B._____ du Centre de chirurgie thoracique concernant une revascularisation du myocarde (pce 11);
- le rapport radiographique de la colonne vertébrale et des hanches du 9 février 2005 rédigé par le Dr C._____ (pce 13);
- le rapport de la tomographie axiale computerisée (TAC) de la colonne lombosacrée du 29 mars 2005 par le Dr D._____ (pce 15)
- le rapport de la radiographie de l'épaule droite et gauche du 27 avril 2005 du Dr C._____ (pce 16);

- le rapport du 22 novembre 2005 en écriture manuscrite qui pose les diagnostics de douleurs à la colonne, de status après une chirurgie de revascularisation du myocarde, d'hypertension artérielle, de dyslipidémie, de lombalgies chroniques et d'antécédent de chirurgie pour hernie de disque lombaire et qui mentionne une incapacité de travail permanente pour le travail de maçon (pce 18);
- le rapport médical du 18 novembre 2005 du Dr E._____ qui fait état de fatigue et de douleurs et qui conseille de garder une activité physique modérée et d'éviter les efforts violents (exercices essentiellement statiques / isométriques; pce 20);
- le certificat d'incapacité temporaire de travail due à un état pathologique du 10 avril 2006 au 9 mai 2006 (pce 21);
- le rapport de résonance magnétique de la colonne cervicale du Dr F._____, chef du Service de Neuroradiologie, du 10 janvier 2007 qui conclut à une discopathie multiple et à une hernie discale C5-C6 centro-latérale à droite qui se déforme et qui comprime latéralement la racine C6 à droite (pce 22).

C.

Par décision de l'OAIE du 22 août 2007 (pce 36), la demande de prestations d'invalidité présentée par A._____ a été rejetée au motif qu'il ressortait du dossier qu'il n'y avait pas une incapacité permanente de gain, ni une incapacité de travail moyenne suffisante, la dernière activité lucrative effectuée n'étant plus exigible qu'à 50 % mais qu'en revanche l'exercice d'une activité lucrative plus légère était exigible dans une mesure suffisante pour exclure le droit à une rente. En effet, selon l'évaluation de l'invalidité par application de la méthode générale (pce 25), il subissait une diminution de sa capacité de gain de 26 % dès le 6 juillet 2004, taux insuffisant pour ouvrir le droit à une rente.

Le Dr G._____, médecin de l'OAIE, dans ses prises de position des 21 mars et 14 août 2007 (pces 24 et 35) avait posé comme diagnostics principaux une hernie discale cervicale en C5-C6, une polyarthrose et des troubles dégénératifs de la colonne vertébrale, comme diagnostics associés avec répercussion sur la capacité de travail une cardiopathie ischémique avec un pontage aorto-coronarien (le 6 juillet 2004) et comme diagnostics associés sans répercussion sur la capacité de travail une hypertension artérielle et une dyslipidémie. Il avait retenu une incapacité de travail de 50 % dans l'activité habituelle dès le 6 juillet 2004 et une

pleine capacité de travail dès cette date dans une activité de substitution telle qu'ouvrier non qualifié ou manœuvre dans une usine, une fabrique ou dans la production en générale, concierge ou gardien d'immeuble ou de chantier, surveillant de parking ou de musée, magasinier ou gestionnaire de stock, livreur de petites marchandises avec véhicule et vendeur par correspondance ou en général.

D.

L'assuré a interjeté recours par devant le Tribunal administratif fédéral (TAF) en date du 5 septembre 2007 (pce 37). Il a produit deux nouveaux documents;

- le certificat médical du Dr H. _____, neurochirurgien, du 17 août 2007 qui relève une douleur intense sciatalgique à gauche depuis trois semaines malgré les médicaments avec objectivement des signes aigus de compression de L5 à gauche, que la TAC de début du mois d'août a révélé une extrusion en L4-L5 (rechute) ainsi que la compression de L5 et qui observe que si la douleur persiste le patient devrait être réopéré (pce 38);
- le rapport médical de la TAC de la colonne lombaire du 3 août 2007 rédigé par le Dr I. _____ qui observe en L3-L4 des altérations dégénératives très discrètes, en L4-L5 une hernie discale paramédiane avec évidemment latéral gauche, en L5-S1 des changements dégénératifs disco-vertébraux importants avec une réduction de la hauteur des disques, du gaz intra-discal, des protrusions circonférentielles et une ostéophytose marginale, l'existence de signes de laminectomie et d'enlèvement du ligament jaune sur la gauche liés à la chirurgie et qui note la possibilité de compression de la trajectoire L5 à gauche sur deux niveaux, mais une plus forte probabilité en L4-L5 où il est observé une hernie discale paramédiane massive avec des fragments qui ont migrés à l'arrière gauche (pce 39).

Appelé à se prononcer sur cette nouvelle documentation, le Dr J. _____, médecin de l'OAIE, a constaté, dans sa prise de position du 22 janvier 2008 (pce 41), que les douleurs dues à la lombalgie dont est atteint l'assuré se sont exacerbées depuis le mois de juillet 2007. Ce médecin a également fait état d'une récurrence de la hernie discale entre les vertèbres L4/L5 à gauche. Il a conclu à une incapacité de travail de 100 % dès le 28 juillet 2007, mais étant donné l'incertitude quant à la durée de cette aggravation, il a requis des examens orthopédiques

complémentaires ainsi que les rapports relatifs aux éventuelles hospitalisations intervenues dès le mois d'août 2007.

Par réponse du 30 janvier 2008 (pce 42), l'OAIE a proposé l'admission du recours, l'annulation de la décision attaquée ainsi que le renvoi de la cause pour complément d'instruction.

Par arrêt du 15 février 2008 (pce 43), le TAF a partiellement admis le recours du 5 septembre 2007, annulé la décision du 22 août 2007 et renvoyé la cause à l'OAIE pour qu'il complète l'instruction selon l'avis du Dr J. _____ et prenne une nouvelle décision.

E.

Le 16 juin 2008, l'OAIE a demandé au Centro Nacional de Pensões de Lisbonne de soumettre l'assuré à une nouvelle visite médicale et de faire parvenir un rapport médical sur l'état de santé actuel, les protocoles hospitaliers des éventuelles hospitalisations postérieures à août 2007 et un rapport d'examen orthopédique (pce 44).

F.

Dans le cadre du complètement d'instruction, l'OAIE a versé les pièces suivantes au dossier, entre autres;

- le questionnaire à l'assuré daté et signé du 8 mai 2009 duquel il ressort qu'il n'a plus exercé d'activité lucrative depuis le 30 juin 2004 (pce 51);
- le rapport radiologique de la colonne cervicale et lombaire et du bassin du 22 octobre 2008 du Dr K. _____ qui fait état de discarthrose et d'uncarthrose, relativement avancées dans la moitié inférieure du segment cervical, de scoliose lombaire dextro-convexe, de lésions des disques en L4-L5 et L5-S1 et de la normalité radiographique du bassin (pce 58);
- le rapport médical d'orthopédie du Dr L. _____ du 20 novembre 2008 qui mentionne que l'examen physique montre une rigidité de la colonne lombaire et une bonne mobilité des membres supérieurs et inférieurs, que les radiographies ont décelé une discarthrose cervicale à différents niveaux en L4-L5 et L5-S1 ainsi qu'une ostéophytose diffusée, la TAC de la colonne lombaire met en évidence une hernie discale opérée en L4-L5 avec des fragments discaux disloqués, la résonance magnétique qui montre une hernie discale en C5-C6. Le

médecin conclut que d'un point de vue orthopédique, la patient est limité dans sa capacité à faire des efforts physiques (pce 59);

- le rapport E 213 daté du 21 février 2009 établi par la Dresse M._____, médecin de l'ISS, en écriture manuscrite et en grande partie illisible, retenant notamment le diagnostic de hernie discale cervicale en C5-C6 et concluant à une incapacité de travail totale (pce 60).

G.

Appelé à se prononcer sur la nouvelle documentation médicale, le Dr J._____, médecin de l'OAIE, dans sa prise de position du 28 mai 2009 (pce 63), a indiqué d'une part que l'imagerie médicale ne confirmait pas l'assertion du Dr I._____ selon laquelle une hernie discale volumineuse se trouvait en L4-L5 et d'autre part que les fragments discaux disloqués avaient déjà été décrits dans le rapport médical du 29 mars 2005. Il a conclu que la détérioration clinique évoquée n'avait pas été confirmée et que, partant, l'état de santé de l'assuré ne s'était pas modifié et a donc retenu que le degré d'invalidité n'avait subi aucun changement contrairement à ce qu'il avait évoqué dans son rapport du 22 janvier 2008 qui était basé sur une documentation incomplète et trompeuse.

H.

Par projet de décision du 8 juin 2009 (pce 64), l'OAIE a informé A._____ qu'il n'existait pas d'incapacité de travail moyenne suffisante pendant une année et que malgré l'atteinte à la santé, l'exercice d'une activité lucrative était toujours exigible dans une mesure suffisante pour exclure le droit à une rente et que par conséquent sa demande de prestations était rejetée.

Par courriers des 14 juillet et 4 août 2009 (pces 65 et 72), A._____ a formé opposition en évoquant le fait que son état de santé venait de s'aggraver. Il a produit de nouvelles pièces, entres autres;

- le rapport de la radiographie du bassin du 20 juillet 2009 du Dr M._____ qui observe notamment des phénomènes discrets de coxarthrose bilatérale (pce 67);
- le rapport médical du 31 juillet 2009 du Dr H._____ qui indique la présence de douleurs polyarticulaires à la poitrine et dans la région lombaire malgré les médicaments, l'absence de signes de

compression radiculaire aiguë ou pyramidale, des modifications dégénératives marquées à différents niveaux de la colonne cervicale et lombaire avec discopathie et masses volumineuses sans indication chirurgicale et qui conseille une orientation vers la rhumatologie (pce 68);

– les rapports des TAC cervicale et lombaire du 20 juillet 2009 rédigés par le Dr N._____ (pces 69 et 70).

I.

Appelé à se prononcer sur les nouveaux documents, le Dr J._____, médecin de l'OAIE, a indiqué, dans sa prise de position du 8 septembre 2009 (pce 74), que les rapports du Dr N._____ faisaient état d'informations déjà connues et décrites dans des rapports antérieurs, que le rapport du neurochirurgien, le Dr H._____, niait explicitement l'existence de symptômes radiculaires et l'indication pour une intervention chirurgicale. Le médecin de l'OAIE a retenu que la nouvelle documentation n'apportait donc que des éléments connus et déjà pris en considération et a confirmé son précédent avis.

J.

Par décision du 16 septembre 2009 (pce 75), l'OAIE a rejeté la demande de prestations de l'assurance-invalidité présentée le 30 mai 2005 par A._____. A l'appui de son prononcé, l'autorité inférieure a invoqué les motifs avancés dans son projet de décision du 8 juin 2009.

K.

Par courrier recommandé du 21 octobre 2009 (TAF pce 1), A._____ a interjeté recours contre la décision du 16 septembre 2009 concluant implicitement à son annulation et à l'octroi d'une rente d'invalidité. Il n'a produit aucun document.

L.

Dans sa réponse du 14 décembre 2009 (TAF pce 3), l'OAIE a proposé le rejet du recours en relevant que les investigations complémentaires d'ordre thérapeutiques effectuées suite à l'arrêt du 15 février 2008 du TAF et les documents produits pendant la procédure confirmaient que le recourant était en mesure d'exercer une activité de substitution à 100 % avec une perte de gain de 26 %, taux n'ouvrant pas le droit à une rente.

Invité par le Tribunal administratif fédéral à se prononcer sur la réponse de l'OAIE (TAF pce 4), le recourant n'a pas répliqué dans le délai.

M.

Par décision incidente du 9 février 2010 (TAF pce 6), le Tribunal administratif fédéral a imparti au recourant un délai de trente jours dès réception pour s'acquitter, sous peine d'irrecevabilité, d'une avance de frais de Fr. 300.--. En date du 23 février 2010 (TAF pce 8), A. _____ s'est acquitté dudit montant.

Droit :**1.**

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

1.2. En vertu de l'art. 3 let. d^{bis} PA, la procédure en matière d'assurances sociales n'est pas régie par la PA dans la mesure où la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) est applicable. Selon l'art. 1 al. 1 LAI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance invalidité (art. 1a à 26bis 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. Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA)

1.4. En l'espèce, le recours est recevable, vu qu'il a été déposé en temps utile et dans les formes requises par la loi (art. 60 al. 1 LPGA et 52 PA) et que l'avance de frais de procédure a été dûment acquittée.

2.

2.1. L'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne et ses États 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. À 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 États (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 États membres de la Communauté européenne et les ressortissants suisses bénéficient de l'égalité de traitement.

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

2.3. 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.

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 1er janvier 2008 sont applicables et les dispositions citées ci-après sont, sauf précision contraire, celles en vigueur à compter du 1er janvier 2008. Toutefois, le droit à la rente

s'étendant jusqu'au 31 décembre 2007 s'examine à la lumière des anciennes normes.

4.

Le recourant a présenté sa demande de rente le 30 mai 2005. En dérogation à l'art. 24 LPGA, l'art. 48 al. 2 LAI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007, prévoit que si l'assuré présente sa demande de rente plus de douze mois après la naissance du droit, les prestations ne sont allouées que pour les douze mois précédant le dépôt de la demande. Concrètement, le Tribunal peut se limiter à examiner si le recourant avait droit à une rente le 30 mai 2004 (12 mois avant le dépôt de la demande) ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 16 septembre 2009, 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). En outre, selon la jurisprudence, en cas de renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour complément d'instruction et recours sur la nouvelle décision, le pouvoir d'examen du Tribunal s'étend jusqu'à la dernière décision matérielle.

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 LPGA/LAI et
- avoir versé des cotisations à l'AVS/AI suisse durant une année au moins (art. 36 LAI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007). À compter du 1er janvier 2008, l'assuré doit toutefois compter au moins trois années de cotisations (art. 36 LAI dans sa nouvelle teneur selon la modification du 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, de toute façon, pendant plus de trois années au total (pce 1) 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 LPGGA, 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.

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 1 LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 et art. 28 al. 2 LAI en vigueur dès le 1er janvier 2008). Suite à l'entrée en vigueur le 1er juin 2002 de l'Accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne, la restriction prévue à l'art. 28 al. 1er LAI (29 al. 4 à partir du 1er janvier 2008) - 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 lorsqu'un assuré est un ressortissant suisse ou de l'UE et y réside.

6.3. Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI, le droit à une rente naît dès que l'assuré présente une incapacité durable de 40 % au moins (lettre a) ou dès qu'il a présenté en moyenne, une incapacité de travail de 40 % au moins pendant une année sans interruption notable (lettre b; voir ATF 121 V 264 consid. 6). D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la lettre a s'applique si l'état de santé de l'assuré est stabilisé et a acquis un caractère essentiellement irréversible, la lettre b si l'état de santé est labile, c'est-à-dire susceptible d'une amélioration ou d'une aggravation (ATF 111 V 21 consid. 2). Une incapacité de travail de 20 % doit être prise en compte pour le calcul de l'incapacité de travail moyenne selon la let. b de l'art. 29 al. 1 LAI (VSI 1998 p. 126 consid. 3c). Depuis le 1er janvier 2008, 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 LPGGA) d'au moins 40 % en moyenne durant une année sans interruption notable; c. au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGGA) à 40 % au moins.

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 dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2008).

7.

7.1. Le recourant a travaillé en Suisse en qualité de cuisinier, de chef de salle, de concierge, de plâtrier et dans la construction jusqu'à fin 1996. De retour dans son pays d'origine, il a exercé la profession de maçon, 40 heures par semaine pour un salaire mensuel de € 800.--. Il a travaillé jusqu'au 30 juin 2004, date à laquelle il a cessé toute activité pour maladie (pces 8 et 9).

Jusqu'à cette date, le Tribunal peut donc conclure que le recourant n'a subi aucune invalidité au sens de la législation suisse.

7.2. Pour la période successive, en absence de données économiques, il faut se fonder sur la documentation médicale. En effet, selon une jurisprudence constante, bien que l'invalidité soit une notion juridique et économique, les données fournies par les médecins constituent néanmoins un élément utile pour apprécier les conséquences de l'atteinte à la santé et pour déterminer quels travaux peuvent être encore raisonnablement exigés de l'assuré (ATF 125 V 256 consid. 4, 115 V 133 consid. 2 et ATF 114 V 310 consid. 3c; arrêt du Tribunal fédéral I 599/04 du 28 juillet 2005 consid. 1.2).

8.

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

8.2. La jurisprudence a posé des lignes directrices en ce qui concerne la manière d'apprécier certains types d'expertise ou de rapports médicaux. Au sujet des rapports établis par les médecins traitant, le juge peut et doit tenir compte du fait que selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc et les références). En ce qui concerne les documents produits par le service médical d'un assureur étant partie au procès, le Tribunal fédéral n'exclut pas que l'assureur ou le juge des assurances sociales statuent en grande partie, voire exclusivement sur la base de ceux-ci. Dans de telles constellations, il convient toutefois de poser des exigences sévères à l'appréciation des preuves. Une instruction complémentaire sera ainsi requise, s'il subsiste des doutes, même minimes, quant au bien-fondé des rapports et expertises médicaux versés au dossier par l'assureur (ATF 122 V 157, 162 consid. 1d; ATF 123 V 175, 176 s consid. 3d; ATF 125 V 351, 353 s consid. 3b ee; cf. aussi arrêts du Tribunal fédéral I 143/07 du 14 septembre 2007 consid. 3.3 et 9C_55/2008 du 26 mai 2008 consid. 4.2).

9.

9.1. Il ressort des actes de la cause, notamment des prises de position des médecins de l'OAIE des 21 mars et 14 août 2007 ainsi que du 22 janvier 2008, que le recourant souffre d'une hernie discale cervicale en C5-C6, de polyarthrose, de troubles dégénératifs de la colonne vertébrale, de cardiopathie ischémique avec pontage aorto-coronarien (le 6 juillet 2004), d'hypertension artérielle, de dyslipidémie et d'une récurrence de hernie discale L4/L5 à gauche (juillet 2007).

Eu égard au fait qu'il ne s'agit pas là d'un état de santé stabilisé, la let. a

de l'art. 29 al. 1 LAI est inapplicable; seule peut entrer en considération la let. b de cette disposition légale prévoyant en principe une période d'attente d'une année à partir du début de l'incapacité de travail déterminante pour le début du droit à la rente.

9.2. En ce qui concerne les conséquences des affections diagnostiquées sur la capacité de travail, les deux médecins de l'ISS dans les rapports du 22 novembre 2005 et du 21 février 2009 retiennent une incapacité de travail totale pour la dernière activité exercée.

De son côté, le premier médecin de l'OAIE a considéré que le recourant présentait une pathologie essentiellement ostéoarticulaire, sur laquelle s'est greffée une cardiopathie ischémique pour laquelle il a bénéficié avec succès d'une chirurgie de revascularisation. Il a fixé la capacité de travail à 50 % dans l'activité habituelle et une pleine capacité de travail dans une activité de substitution.

Successivement au recours et à la production de nouveaux documents, le Dr J._____, médecin de l'OAIE, a constaté que les douleurs s'étaient exacerbées depuis juillet 2007 et a fait état d'une récurrence de hernie discale L4-L5 à gauche. Pour ce médecin, il s'agissait d'une aggravation dont la durée devait être établie par des examens orthopédiques complémentaires et des rapports hospitaliers postérieurs à juillet 2007. Suite au renvoi de la cause et au complément d'instruction, le Dr J._____ a toutefois relevé que l'imagerie médicale ne confirmait pas l'assertion du Dr I._____ selon laquelle une hernie discale volumineuse se trouvait en L4-L5. Il a donc précisé que la détérioration clinique n'était pas crédible et que son précédent avis était basé sur une documentation incomplète voire trompeuse. Il a ainsi indiqué que le degré d'invalidité n'avait subi aucun changement.

Finalement, le médecin de l'OAIE, se prononçant sur la documentation jointe au second recours, a précisé que le rapport du Dr H._____ niait explicitement l'existence de symptômes radiculaires et excluait une indication chirurgicale et que les rapports radiographiques du Dr N._____ ne faisaient qu'énumérer des informations déjà connues: telles que l'existence d'altérations dégénératives à la colonne cervicale sans hernie discale et, au niveau lombaire, des altérations dégénératives aux vertèbres et aux disques, dont la description est superposable aux données précédentes, ainsi que le status après laminectomie et la présence d'anciens fragments de disques, tandis que la radiographie du bassin met en évidence de légers signes de coxarthrose sans aucune

corrélation clinique. Au vu de l'ensemble du dossier médical, il a ainsi confirmé son précédent avis.

9.3. Au vu de ce qui précède, le Tribunal considère qu'aucun élément objectivement vérifiable n'a été ignoré par le Dr J._____, médecin de l'OAIE, qui, bien au contraire, à de suite pris en compte le rapport du Dr I._____ lors de la première procédure de recours. L'aggravation qui avait été révélée par ce médecin a finalement été invalidée par les résultats de l'imagerie médicale. Ainsi, on peut retenir que l'état de santé du recourant ne s'est pas modifié, aucune pièce au dossier ne mettant en cause l'appréciation des médecins de l'OAIE qui le considèrent apte pour une activité de substitution.

Dès lors, la Cours de céans peut conclure que le recourant présente une incapacité de travail de 50 % dans son activité habituelle de maçon et une pleine capacité de travail dans une activité de substitution dès le 6 juillet 2004.

10.

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. 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 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.

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 pour cent 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).

11.

11.1. Il faut donc procéder à une évaluation de l'invalidité, selon la méthode générale, par une comparaison de revenus de 2005. En effet, selon la jurisprudence, les salaires avant et après invalidité doivent être indexés jusqu'à la date de la survenance du droit éventuel à la rente, c'est-à-dire lorsque les conditions de santé peuvent être considérées comme stabilisées (ATF 128 V 174 et 129 V 222). Or, le recourant présente une incapacité de travail de 50 %, dans son ancienne activité et une capacité de travail de 100 % pour cent pour les activités de substitution dès le 6 juillet 2004 de sorte que le droit à la rente aurait pu naître au plus tôt en 2005.

11.2. En l'espèce, sur la base des données de l'enquête suisse des salaires publiées par l'OFS pour 2004 (Tableaux TA1), le salaire mensuel moyen d'un salarié dans la branche de la construction avec des connaissances spécialisées était de Fr. 5'358.--. Après adaptation au nombre d'heures effectuées en 2005 dans la construction, à savoir 41.7 heures (par rapport aux 40 heures de base, La Vie économique 9-2010, B 9.2) et indexé à 2005 (1.1 %, La Vie économique, 9-2010, B 10.2), on obtient un revenu mensuel sans invalidité de Fr. 5'647.--.

Le revenu d'invalidité, tiré des données statistiques, doit tenir compte d'un large éventail d'activités légères existant sur le marché du travail. Un nombre suffisant d'entre elles permet d'éviter les efforts physiques intenses. Ces activités sont donc 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 initiale.

Les activités de substitution proposées par le service médical de l'OAIE, exigibles à compter du 6 juillet 2004, sont des activités simples et

répétitives que l'on trouve dans le secteur des services collectifs et personnels (dont le revenu moyen en 2004 était de Fr. 4'181.--) et dans le commerce en gros (Fr. 4'672.--), soit en moyenne Fr. 4'426.--. Ce montant doit ensuite être adapté à l'horaire usuel dans le secteur tertiaire en 2005 de 41.7 heures (par rapport aux 40 heures de base, la Vie économique 9-2010, B. 9.2) et indexé à 2005 (1.0 %, La Vie économique, 9-2010, B 10.2), soit Fr. 4'660.--. Le revenu mensuel se monte, ainsi, avec un abattement de 10 % pour tenir compte des circonstances personnelles de l'assuré, que le Tribunal n'a pas de raison de mettre en discussion, à Fr. 4'194.--.

En procédant à la comparaison des deux salaires, selon la formule $[(5'647 - 4'194) \times 100 : 5'647]$, l'on obtient une perte de gain de 25.73 %, soit 26 % correspondant à une capacité de travail de 100 % dans une activité de substitution, valeur qui n'ouvre pas de droit à une rente d'invalidité suisse.

12.

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 (ATF 130 V 97 consid. 3.2 et réf. cit.). 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 (RCC 1991 p. 329 consid. 3c). 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 107 V 21 consid. 2c; RCC 1991 p. 333 consid. 3c, 1989 p. 325 consid. 2b, 1982 p. 34 consid. 2c).

Par voie de conséquence, le recours du 21 octobre 2009 doit être rejeté et la décision du 16 septembre 2009 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 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 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

(dispositif à la page 19)

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 de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Recommandé AR)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. _____._____._____.__ ; Recommandé)
- à l'Office fédéral des assurances sociales, Berne (Recommandé)

La présidente du collège :

La greffière :

Elena Avenati-Carpani

Delphine Queloz

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 :