



Arrêt du 29 avril 2011

Composition

Francesco Parrino, juge unique,
Pascal Montavon, greffier.

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 30 novembre 2009).

Faits :**A.**

Le ressortissant espagnol José Maria Gonzalez Olmedo, né le 8 avril 1950, a travaillé principalement en Espagne (cf. pce 2) mais aussi 18 mois en Suisse durant les années 1970 et 1971 (pce 6). En Espagne sa dernière activité, exercée jusqu'en 2001, a été celle de maçon (pce 15) qu'il cessa pour raison de santé. Il fut mis au bénéfice d'une rente d'invalidité espagnole à compter du mois de juin 2001 (cf. pce 1 ch. 9). En date du 4 mars 2009 il déposa une demande de prestations d'invalidité suisse auprès de l'Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) qui la transmit à l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE, pce 1).

B.

Dans le cadre de cette demande de prestations, l'OAIE versa notamment au dossier les pièces ci-après:

- un relevé des périodes de cotisations espagnoles E 205 (pce 2),
- une décision de la Sécurité sociale espagnole datée du 11 juin 2001 reconnaissant l'intéressé en incapacité de travail totale (pce 8),
- une attestation espagnole d'incapacité de travail pour un taux de 43% à compter du 9 juillet 2001 datée du 9 décembre 2002 pour handicap du système ostéoarticulaire d'étiologie dégénérative, maladie du système circulatoire et syndrome algique (pce 9),
- une décision de la Sécurité sociale espagnole datée du 28 janvier 2006 faisant état d'une aggravation de l'état de santé de l'intéressé pour épisode dépressif modéré/grave, sténose du canal lombaire et hypertension artérielle, reconnaissant une incapacité de travail permanente absolue (pce 11),
- un questionnaire à l'employeur daté du 22 juillet 2009 indiquant un emploi à plein temps comme maçon du 10 avril 2000 au 30 avril 2001, un travail exercé jusqu'au 11 février 2001 et cessé pour raison de santé (pce 15),
- un questionnaire à l'assuré non daté enregistré le 31 juillet 2009 indiquant la reconnaissance d'une incapacité de travail au 5 juin 2001 suite à une activité à plein temps de maçon (pce 16),

- une documentation médicale portant sur les années 2001 à 2004 (pces 19-22), dont un rapport psychiatrique daté du 7 novembre 2003 faisant état d'un status de dépression avec sentiment de culpabilité et inutilité, désespoir, idées suicidaires et pensées négatives récurrentes (pce 21),
- un rapport d'hospitalisation daté du 2 janvier 2009 pour infarctus du myocarde le 30 décembre 2008 (pce 23),
- un rapport médical E 213 daté du 25 mars 2009 indiquant les plaintes actuelles de douleurs articulaires généralisées, lombalgies calmées par analgésiques, paresthésie occasionnelle au membre inférieur droit, notant un bon état général sans symptomatologie dépressive, un sommeil perturbé par les douleurs selon l'intéressé, une mobilité normale du rachis et des membres supérieurs et inférieurs sans signe de radiculopathie, retenant le diagnostic de cardiopathie ischémique, hypertension artérielle, hyperlipémie, sténose segmentaire du canal lombaire, un status de maladie chronique limitant l'intéressé dans les efforts physiques importants, entraînant un déficit fonctionnel modéré ne permettant que des travaux légers sans port et soulèvement de poids avec changements de postures, ne permettant plus l'exercice de la profession de maçon mais tout travail sédentaire adapté à temps complet (pce 25).

C.

L'OAIE requit l'appréciation du Dr B. _____ de son service médical. Dans son rapport du 10 septembre 2009 ce médecin retint le diagnostic principal de cardiopathie ischémique, status après infarctus du myocarde en 2008 et les diagnostics sans répercussion sur la capacité de travail de lombalgies communes et syndrome dépressif réactionnel. Il indiqua à compter du 30 décembre 2008 une incapacité de travail de 70% dans l'activité antérieure et de 0% dans des activités de substitution telles qu'ouvrier non qualifié dans une usine de production en général, concierge, gardien d'immeuble, surveillant de musée et parking, vente par correspondance, réparation de petits appareils domestiques, vendeur de billets, enregistrement, classement, archivage, distribution de courrier interne, accueil/réceptionniste, standardiste/téléphoniste, saisie de données, scannage. Il nota que selon le rapport E 213 l'intéressé présentait une incapacité de travail pour une activité lourde et était apte à 100% pour une activité de substitution vu que le rapport E 213 ne relevait aucune limitation fonctionnelle au niveau de l'appareil locomoteur et qu'il n'y avait aucun signe radiculaire (pce 27).

D.

L'OAIE effectuée en date du 28 septembre 2009 une évaluation de l'invalidité économique de l'intéressé. Il prit comme référence le revenu avant invalidité d'un salarié ayant des connaissances spécialisées dans la construction pour 40 h./sem. en 2006 selon l'Enquête suisse sur la structure des salaires, soit Fr. 5'422.- et, pour 41.7 h./sem. selon le temps de travail usuel de la branche, Fr. 5'652.44. Ce montant fut comparé avec un revenu théorique pour des activités légères et adaptées simples et répétitives dans le secteur privé en général en 2006, soit de Fr. 4'732.- pour 40 h./sem. et de Fr. 4'933.11 pour 41.7 h./sem. avec un abattement de 20% compte tenu des circonstances personnelles et professionnelles du cas, soit Fr. 3'946.49. Il s'ensuivit une perte de gain de 30% $([5'652.44 - 3'946.49] \times 100 : 5'652.44 = 30.18\%)$ dès décembre 2008 (pce 28).

E.

Par projet de décision du 30 septembre 2009, l'OAIE informa l'assuré qu'il était ressorti de son dossier une incapacité de travail de 70% dans sa dernière activité mais une pleine capacité de travail dans des activités légères et adaptées de substitution [telles qu'indiquées supra] entraînant une perte de gain de 30% n'ouvrant pas le droit à une rente faute d'atteindre le taux seuil de 40% pendant une année au moins et qu'en conséquence la demande de prestations devrait être rejetée (pce 29). Sans réponse de l'intéressé, par décision du 30 novembre 2009 la demande de prestations fut rejetée (pce 30).

F.

Contre cette décision l'assuré interjeta recours en date du 15 décembre 2009 auprès du Tribunal de céans faisant valoir être reconnu en Espagne invalide à 100% et concluant à l'octroi d'une rente entière d'invalidité. Il joignit à son recours une documentation déjà au dossier. Il fit valoir être indigent sollicitant implicitement l'assistance judiciaire (pce TAF 1).

G.

Par ordonnances du 22 décembre 2009 le Tribunal de céans invita l'OAIE à se déterminer sur le recours (pce TAF 2) et l'assuré à établir son indigence en y joignant les moyens de preuves y relatives (pce TAF 3). Le recourant répondit à la demande par acte du 23 janvier 2010 documentant une situation économique difficile (pce TAF 5).

Par réponse au recours du 22 février 2010, l'OAIE fit valoir qu'il était apparu du dossier dès le 30 décembre 2008 une incapacité de travail de 70% dans l'activité antérieure de maçon mais une pleine capacité de

travail dans une activité légère adaptée de sorte que la perte de gain qui en résultait de 30% était inférieure au taux de 40% au moins sur une année ouvrant le droit à une rente. Il conclut au rejet du recours (pce TAF 6).

Invité à répliquer par le Tribunal de céans par ordonnance du 2 mars 2010 (pce TAF 7) qui fut notifiée à l'intéressé le 5 mars 2010, l'intéressé n'y donna pas suite.

Droit :

1.

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

1.2. Selon l'art. 37 LTAF la procédure devant le Tribunal de céans est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement. 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. 2 LPGA, les dispositions de ladite loi sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient. En application de l'art. 1 al. 1 LAI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26^{bis} et 28 à 70), à moins que la LAI ne déroge à la LPGA.

1.3. Selon l'art. 59 LPGA, quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir. Ces conditions sont remplies en l'espèce.

1.4. Déposé en temps utile et dans les formes requises par la loi (art. 60 LPGA et 52 PA), le recours est recevable.

2.

2.1. 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 1^{er} juin 2002. A cette date sont également entrés en vigueur son annexe II qui règle la coordination des systèmes de sécurité sociale, le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (RS 0.831.109.268.1), s'appliquant à toutes les rentes dont le droit prend naissance au 1^{er} juin 2002 et ultérieurement et se substituant à toute convention de sécurité sociale liant deux ou plusieurs Etats (art. 6 du règlement), et enfin le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relatif à l'application du règlement (CEE) n° 1408/71 (RS 0.831.109.268.11). Selon l'art. 3 du règlement (CEE) n° 1408/71 les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et les ressortissants suisses bénéficient de l'égalité de traitement. 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.

2.2. 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.

2.3. 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 du 4 février 2003 consid. 2; 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 (ATF 130 V 253 consid. 2.4).

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 les références). Les dispositions de la 5^{ème} révision de la LAI entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008 sont seules applicables vu le dépôt de la demande de prestations en date du 4 mars 2009.

En l'espèce, le Tribunal peut se limiter à examiner si le recourant remplissait les conditions d'octroi d'une rente jusqu'au 30 novembre 2009, date de la décision attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 129 V 1 consid. 2.1 avec les réf).

4.

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

- être invalide au sens de la LPGA et de la LAI (art. 8 LPGA; art. 4, 28, 29 al. 1 LAI);
- compter au moins trois années de cotisations (art. 36 al. 1 LAI). Dans ce cadre, les cotisations versées à une assurance sociale assimilée d'un Etat membre de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre échange (AELE) peuvent également être prises en considération, à condition qu'une année au moins de cotisations puisse être comptabilisée en Suisse (FF 2005 p. 4065; art. 45 du règlement 1408/71).

Le recourant a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant 18 mois et a cotisé plusieurs années aux assurances sociales espagnoles (cf. pces 2 et 6) et remplit donc la condition de la durée minimale de cotisations eu égard au moment de l'ouverture éventuelle du droit à la rente. Il reste à examiner s'il est invalide au sens de la LAI.

5.

5.1. 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 al. 1 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.

5.2. 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% au moins, à trois-quarts de rente s'il est invalide à 60% au moins et à une rente entière s'il est invalide à 70% au moins (art. 28 al. 2 LAI). Suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002 de l'accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne, la restriction prévue à l'art. 29 al. 4 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 LPGA) - n'est plus applicable lorsqu'un assuré est un ressortissant suisse ou de l'UE et y réside (ATF 130 V 253 consid. 2.3).

5.3. Selon l'art. 28 al. 1 LAI l'assuré a droit à une rente aux conditions suivantes: a. sa capacité de gain ou sa capacité d'accomplir ses travaux habituels ne peut pas être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles; b. il a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGA) d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable; c. au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40 % au moins. 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. 28 al. 1 LAI (cf. chiffre 2010 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [VSI] 1998 p. 126 consid. 3c).

5.4. 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 du 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).

6.

6.1. Le recourant a travaillé en Suisse durant les années 1970-71. En Espagne, il a notamment exercé en tant que maçon jusqu'en 2001 puis cessa toute activité lucrative en raison d'atteintes à sa santé ne lui permettant plus d'exercer son activité lourde.

6.2. 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). 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, en application de la méthode dite générale, 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.

6.3. 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.

7.1. L'art. 69 RAI prescrit que l'office de l'assurance-invalidité 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.

7.2. 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.

8.1. La Sécurité sociale espagnole a mis l'intéressé au bénéfice d'une rente d'invalidité en raison d'un handicap du système ostéoarticulaire d'étiologie dégénérative, d'une maladie du système circulatoire et d'un syndrome algique par une décision du 11 juin 2001. Une décision du 28 janvier 2006 de cet organisme confirma l'incapacité de travail de l'intéressé relevant un épisode dépressif modéré/grave, une sténose du canal lombaire et de l'hypertension artérielle. L'assuré subit un infarctus du myocarde à la fin de l'année 2008 et fut hospitalisé du 30 décembre 2008 au 2 janvier 2009. Il n'appert cependant pas du dossier, ni du rapport E 213 du 25 mars 2009, moins de 3 mois après l'infarctus, que cet accident vasculaire ait eu d'importantes conséquences médicales sur l'état de santé de l'intéressé. Il s'ensuit que depuis le 28 janvier 2006, faute d'une documentation médicale au dossier plus précise, il peut être retenu que l'intéressé présentait des atteintes à la santé ne lui permettant plus d'exercer une activité lourde telle celle de maçon, mais non toute activité comme d'ailleurs indiqué explicitement aussi par l'expertise E 213.

8.2. Le rapport E 213 est dans le cadre de cette demande de prestations déterminant. Il relève un bon état général sans symptomatologie dépressive, une mobilité du rachis et des membres supérieurs et inférieurs normale sans signe de radiculopathie, une cardiopathie ischémique, de l'hypertension artérielle, une hyperlipémie, une sténose segmentaire du canal lombaire. Selon le médecin de la Sécurité sociale espagnole, ces atteintes à la santé entraînent un déficit fonctionnel modéré, ne permettent plus l'exercice d'une activité lourde comme celle exercée précédemment, mais permettent l'exercice d'une activité adaptée légère à plein temps sans port ni soulèvement de poids mais avec

changements de postures. Il appert en outre du rapport E 213 que l'intéressé était en bonne santé relative à la date de l'examen, soit le 25 mars 2009, quelque 3 mois après l'accident vasculaire du 30 décembre 2008. Le Dr B._____, médecin de l'OAIE, a confirmé ce diagnostic retenant une incapacité de travail totale dans l'activité antérieure et une pleine capacité de travail dans des activités légères adaptées à compter du 30 décembre 2008, date de l'infarctus qui, pour rappel, fut mineur. Cette date ne saurait cependant être retenue par le Tribunal de céans du fait qu'auparavant déjà l'assuré souffrait d'atteintes à la santé ne lui ayant plus permis d'exercer une activité lourde.

8.3. Fort de ce qui précède le Tribunal de céans peut confirmer l'existence d'une incapacité de travail comme maçon mais aussi d'une pleine capacité de travail dans une activité adaptée légère, étant précisé que cette incapacité doit être reconnue déjà à la date du 28 janvier 2006 jusqu'à la date de la décision attaquée. Une date antérieure serait de toute façon sans incidence pour l'issue de la cause.

Il sied de relever que l'intéressé n'a pas infirmé par l'apport d'une documentation médicale idoine les constatations du rapport E 213 et n'a pas fait valoir des troubles psychiques persistants depuis son épisode dépressif documenté par le rapport psychiatrique du 7 novembre 2003 et par la décision de la Sécurité sociale de 2006. Rien au dossier ne justifie dès lors un complément d'examen pour raison de trouble psychique grave.

9.

9.1. Selon l'art. 16 LPGA, pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui, après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré.

9.2. Le gain d'invalide est une donnée théorique, même s'il est évalué sur la base de statistiques. Ces données servent à fixer le montant du gain que l'assuré pourrait obtenir, sur un marché équilibré du travail, en mettant pleinement à profit sa capacité résiduelle de travail dans un emploi adapté à son handicap (arrêt du Tribunal fédéral I 85/05 du 5 juin 2005 consid. 6 et arrêt du Tribunal fédéral I 222/05 du 13 octobre 2005 consid. 6). Ce gain doit être comparé au moment déterminant avec celui que la personne valide aurait effectivement pu réaliser au degré de la

vraisemblance prépondérante si elle était en bonne santé (ATF 129 V 222 consid. 4.3.1). Le gain de personne valide doit être évalué de manière aussi concrète que possible si bien qu'il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé, ou, à défaut de salaire de référence, au salaire théorique qu'il aurait pu obtenir selon les salaires théoriques statistiques disponibles. L'administration doit de plus tenir compte pour le salaire d'invalide de référence d'une diminution de celui-ci, cas échéant, pour raison d'âge, de limitations dans les travaux dits légers ou de circonstances particulières. La jurisprudence n'admet à ce titre pas de déduction globale supérieure à 25% (ATF 126 V 75 consid. 5).

10.

10.1. En l'espèce il y a lieu de procéder à une évaluation de l'invalidité selon la méthode générale par une comparaison de revenus sur la base de l'Enquête suisse sur la structure des salaires 2006 indexé 2007 car il doit être admis que c'est à compter du 28 janvier 2006 que l'intéressé a présenté une incapacité de travail déterminante portant l'ouverture du droit à la rente théoriquement en janvier 2007. En effet, selon la jurisprudence, les salaires avant et après invalidité doivent être pris en compte / indexés jusqu'à la date de la survenance du droit théorique éventuel à la rente suite au délai d'attente d'une année (ATF 128 V 174 et 129 V 222).

10.2. L'OAIE a retenu comme base de comparaison sans invalidité le revenu d'un ouvrier spécialisé dans la construction en 2006. Selon l'Enquête suisse sur les salaires 2006, table TA1, niveau 3, il en résulte un salaire mensuel de Fr. 5'422.- pour 40 h./sem. et de Fr. 5'652.44 pour 41.7 h./sem. selon le temps de travail hebdomadaire dans ce secteur. Indexé 2007 (+1.7%) ce montant s'élève à Fr. 5'748.53.

10.3. Le salaire après invalidité doit également être fixé sur la base des données statistiques résultant de l'Enquête suisse sur les salaires 2006 (table TA1) suivies d'une indexation 2007. En l'occurrence les activités de substitution proposées par le Dr B. _____ s'inscrivent dans la détermination du revenu médian toutes branches confondues dans le secteur privé pour des activités simples et répétitives (niveau 4) à 100%, soit Fr. 4'732.- pour 40 h./sem. et Fr. 4'933.11 pour 41.7 h./sem., sous déduction de 20% pour tenir compte de l'âge de l'assuré et de ses restrictions personnelles aux activités légères, soit Fr. 3'946.48.-. Indexé 2007 (+ 1.6%), ce montant s'élève à Fr. 4'009.63. De nombreuses

activités d'entre elles peuvent être exercées sans efforts moyennement importants en position assise ou autorisant le changement de position, de sorte que ces activités sont adaptées au handicap du recourant. De plus, la majeure partie de ces postes ne nécessite pas de formation particulière autre qu'une mise au courant initiale.

10.4. En comparant le salaire avant invalidité de Fr. 5'748.53 avec celui après invalidité de Fr. 4'009.63, on obtient une perte de gain de 30.24% arrondie à 30% ($[5'748.53 - 4'009.63] : 5'748.53 \times 100$). Même indexés valeurs 2009, année de la décision attaquée, les revenus à comparer ne permettent pas d'atteindre un taux d'invalidité égal ou supérieur à 40%.

Il appert de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

11.

Dans le cadre de cette demande de rente, il est utile de rappeler que, selon un principe général valable en assurances sociales, l'assuré a l'obligation de diminuer le dommage et doit entreprendre de son propre chef tout ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui afin d'atténuer autant que possible les conséquences de son invalidité (ATF 130 V 97 consid. 3.2 et les références citées; ATF 123 V 233 consid. 3c). Dans ce contexte, il convient de souligner que ni l'âge, ni la situation familiale ou économique, un arrêt prolongé de l'activité professionnelle ou même le refus d'exercer une activité médicalement exigible ne constituent un critère relevant pour l'octroi d'une rente d'invalidité (arrêt du Tribunal fédéral I 175/04 du 28 janvier 2005 consid. 3).

12.

12.1. Le recours étant manifestement infondé, il est rejeté dans une procédure à juge unique en application de l'art. 85^{bis} al. 3 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10) auquel renvoie l'art. 69 al. 2 LAI en relation avec l'art. 23 al. 2 LTAF.

12.2. Compte tenu de la situation économique difficile du recourant, alléguée par le formulaire produit en cours de procédure, les frais de procédure peuvent être remis (art. 6 let. b du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

Il n'est pas alloué de dépens (art. 7 al. 1 et 3 FITAF).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Il n'est pas perçu de frais judiciaire ni alloué de dépens.

3.

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 juge unique :

Le greffier :

Francesco Parrino

Pascal Montavon

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 :