



Cour III
C-6881/2008

{T 0/2}

Arrêt du 2 juin 2010

Composition

Francesco Parrino (président du collège), Vito Valenti,
Madeleine Hirsig, juges,
Pascal Montavon, greffier.

Parties

A. _____,
lugar Chave 4, ES-15214 Lousame,
représenté par Bergantiños Convenios Internacionales,
Me Marcelino Freire Nión, c/ Barcelona 22-24,
Entresuelo, ES-15100 Carballo,
recourant,

contre

**Office de l'assurance-invalidité pour les assurés
résidant à l'étranger (OAIE),**
avenue Edmond-Vaucher 18, case postale 3100,
1211 Genève 2,
autorité inférieure.

Objet

Assurance-invalidité (décision du 29 septembre 2008).

Faits :

A.

Le ressortissant espagnol A. _____, né le _____, a travaillé en Suisse de 1972 à 1975, en 1979 puis de 1987 à 2004 (cf. pces 3 et 34) notamment en tant qu'ouvrier d'exploitation d'une briqueteries-tuileries (pce 17). Il quitta la Suisse fin 2004 (cf. pce 1). Il déposa en date du 26 décembre 2007 une demande de prestations de l'assurance-invalidité suisse par l'entremise de l'Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) qui la transmet à l'Office de l'assurance-invalidité pour les personnes résidant à l'étranger (OAIE, pce 1).

B.

Dans le cadre de l'instruction de la demande, l'OAIE porta au dossier notamment les documents ci-après:

- le questionnaire à l'assuré daté du 13 mai 2008 notant des périodes de travail en Espagne du 10 au 31 janvier 2005 et 10 janvier au 12 juin 2006, un arrêt de l'activité lucrative en avril 2006 pour accident du travail, énonçant des atteintes au rachis (pce 12),
- le questionnaire à l'employeur daté du 12 mai 2008 faisant état d'un contrat de durée du 10 janvier au 12 juin 2006 en tant qu'ouvrier dans la construction (maçon) à plein temps arrêté le 3 avril 2006 (pce 13, voir ég. pce 14),
- le dossier SUVA d'un accident non professionnel au genou droit survenu en octobre 2004 (pce 10),
- le questionnaire à l'employeur relativement à l'activité exercée en Suisse daté du 3 juin 2008 dont il ressort que durant les années 2002 et 2003 l'intéressé a été absent chacune des années pour cause de maladie et d'accident quelques 4/5 semaines (pce 17),
- un rapport médical daté du 6 juillet 2006 du service d'urgence de l'hôpital de Santiago de Compostelle notant des lombosciatalgies, à droite un Lasègue positif à 60° et un Bragard négatif; à gauche un Lasègue positif à 45° et un Bragard positif, des paresthésies, une difficulté à la marche sur la pointe des pieds et les talons (pce 20),

- un rapport RM de la colonne lombaire daté du 19 mai 2006 (pce 22),
- un rapport médical daté du 23 juin 2006 signé du Dr G. Pravos, neurochirurgien, posant le diagnostic de lombalgies mécaniques, hernies discales L4-L5 paramédiale gauche et L5-S1 paramédiale droite dégénératives, non aiguës, nécessitant un relâchement de l'activité lucrative habituelle; le rapport note la possibilité de la marche sur les pointes des pieds et les talons, pas de Lasègue ni de Bragard, la force et le tonus des membres inférieurs étant conservés (pce 21 se référant au rapport RM),
- un rapport RM de la colonne lombosacrée daté du 25 juin 2007 posant le diagnostic de hernies discales L3-L4, L4-L5 et L5-S1, de disques déshydratés L4-L5 et L5-S1 (pce 23),
- un examen du thorax du 11 mars 2008 n'attestant aucun nodule pulmonaire (pce 24),
- un rapport médical détaillé E 213 daté du 8 janvier 2008, faisant notamment état d'une balance articulaire globalement conservée, d'un Lasègue, d'un Neri et d'un Bragard à gauche positif, de hernies discales lombaires L4-L5 et L5-S1 à évolution défavorable, de lombosciatalgies à gauche avec compromission radiculaire, de la nécessité de limiter les surcharges lombaires, atteintes limitant l'intéressé à des activités légères sans port et transport de charges, sans devoir faire usage de rampes, escaliers et échelles, ne sollicitant pas la colonne lombaires, ne permettant plus l'exercice de l'activité antérieure dans la construction ni de conducteur d'excavateur, mais permettant néanmoins l'exercice d'une activité adaptée à plein temps (pce 33).

C.

Invité à se déterminer sur la documentation médicale par l'OAIE, le Dr Th. Lehmann dans son rapport du 26 juin 2006 retint le diagnostic de hernies discales dégénératives L4-L5 et L5-S1 avec compromission radiculaire gauche occasionnant une incapacité de travail de 70% dans l'activité habituelle à compter du 4 avril 2006. Il indiqua qu'une activité légère préservant le dos, principalement en position assise, était possible comme ouvrier dans l'industrie légère en position assise ou permettant des changements de position, gardien de parking et musée, magasinier (pce 35).

D.

Sur la base de la prise de position précitée, l'OAIE effectua en date du 8 juillet 2008 une évaluation économique de l'invalidité de l'assuré par comparaison de revenus sur le marché suisse du travail. Il prit comme référence s'agissant de l'activité antérieure de l'intéressé le revenu d'un ouvrier qualifié dans le secteur de la construction (niveau 3) selon l'Enquête suisse sur la structure des salaires 2006 pour 40 h./sem., soit Fr. 5'422.-, et, pour 41.7 h./sem. correspondant à l'horaire usuel dans la branche, Fr. 5'652.44. Ce revenu fut comparé à ceux des activités proposées par le Dr Lehmann pour des emplois à 100% dans des activités légères adaptées simples et répétitives, soit pour 40 h./sem. en moyenne Fr. 4'687.67 (production en général: Fr. 5'012.-; services collectifs et personnels: Fr. 4'259.-; commerce de gros, intermédiaire de commerce: Fr. 4'792.-) et pour 41.7 h./sem. Fr. 4'886.89. De ce montant l'OAIE opéra un abattement de 15% pour raison d'âge et de limitation à des activités légères, soit Fr. 4'153.86. Il s'ensuivit de cette comparaison de revenus sans et avec invalidité une perte de gain de 26.51% ($[5'652.44 - 4'153.86] \times 100 : 5'652.44 = 26.51\%$), soit 27% (pce 36).

E.

Par projet de décision du 11 juillet 2008, l'OAIE communiqua à l'intéressé que s'il résultait du dossier une incapacité de travail de 70% dans sa dernière activité, sa capacité de travail était totale dans une activité lucrative plus légère mieux adaptée à son état de santé comme par exemple ouvrier non qualifié, manoeuvre dans une usine / fabrique, ouvrier de production en général, surveillant de parking / musée, magasinier, gestion de stock, en position de travail assise, sans sollicitation du dos et qu'il en résultait par comparaison de revenus une perte de gain de 27%, taux d'invalidité insuffisant pour ouvrir le droit à une rente (pce 37). L'intéressé n'ayant pas contesté ce projet, l'OAIE rejeta la demande de prestations par décision du 29 septembre 2008 pour les motifs précités (pce 38).

F.

L'intéressé, représenté par Bergantiños Convenios Internacionales, interjeta recours contre cette décision en date du 28 octobre 2008 auprès du Tribunal administratif fédéral. Il fit valoir être au bénéfice d'une pension d'invalidité de la Sécurité sociale espagnole par décision de cet organisme du 18 janvier 2008 l'ayant reconnu en incapacité permanente totale. Il souligna souffrir de hernies discales

lombaires L4-L5 et L5-S1 et évoqua les rapports médicaux au dossier énonçant la nécessité de préserver son dos, spécialement la colonne lombaire, de surcharges. Il fit valoir des douleurs continues de même intensité qu'antérieurement aux interventions chirurgicales subies. Il conclut à l'octroi d'une rente d'invalidité, subsidiairement à ce qu'il soit examiné en Suisse. Il joignit à son recours une documentation administrative en relation avec sa rente espagnole, un rapport médical de la Dresse A. N. Arcos Algaba, neurochirurgie, daté du 12 mars 2008, faisant état d'une flavectomie avec exploration de l'espace L4-L5 gauche et libération radiculaire avec suivi post-opératoire favorable, un rapport médical daté du 2 septembre 2008 notant des lombalgies mécaniques et un rapport médical daté du 22 octobre 2008 signé du Dr R. Serramito Garcia, neurochirurgie. Ce dernier fait état notamment de douleurs persistantes postopératoires irradiantes d'intensité similaire au status avant l'opération effectuée, d'un Lasègue gauche à 30° avec Bragard positif, de la passivité bilatérale des réflexes achiliens, de difficulté à la marche sur les talons et les pointes des pieds, de cervicobrachialgies à gauche évoluant depuis une année irradiant au membre supérieur gauche jusqu'au 3 premiers doigts de la main avec paresthésie, atteintes objectivées par une RM cervicale démontrant des champs dégénératifs marqués en C5-C6 et C6-C7 avec ostéophytose mais sans hernie discale cervicale ni affection médullaire. Le rapport prescrit de préserver la colonne lombaire de surcharge.

G.

Invité à se déterminer sur le recours, l'OAIE transmet le dossier au Dr Th. Lehmann. Dans son rapport du 11 décembre 2008, le Dr Lehmann nota le résultat mitigé de la flavectomie avec libération de la racine en L4-L5 notant que la hernie discale L5-S1 n'avait pas été traitée. Relatant le nouveau syndrome de cervicobrachialgies, il exclut une lésion neurologique au vu de la nouvelle documentation. Il a en outre mentionné un syndrome du tunnel carpien qui pourrait toutefois être facilement traité. Evoquant un status postopératoire similaire à celui antérieur, il maintint une incapacité de travail de 70% dans l'activité antérieure et l'exigibilité d'une activité légère adaptée comme indiqué dans son rapport du 26 juin 2008 (pce 42).

Par réponse au recours du 23 décembre 2008, l'OAIE proposa son rejet. Il fit valoir que si l'intéressé présentait une incapacité de travail de 70% dans des activités lourdes comme celles de la construction, il

ressortait du dossier, dont le rapport médical établi par la Sécurité sociale espagnole du 8 janvier 2008, que sa capacité de travail dans des activités légères était totale sans qu'il y ait lieu de procéder à d'autres examens, le dossier médical étant suffisant. Se référant à la comparaison de revenus effectuée, l'OAIE nota qu'il en résultait une perte de gain de 27% et que ce taux était insuffisant pour ouvrir le droit à une rente.

H.

Par décision incidente du 7 janvier 2009, le Tribunal de céans requit de l'intéressé une avance de frais de Fr. 300.-, montant dont il s'acquitta dans le délai imparti.

I.

Par réplique du 11 février 2009 l'intéressé maintint son recours produisant un nouveau rapport médical daté du 29 octobre 2008 signé de la Dresse Montiel Carracedo et réservant l'envoi de RM lombaire et d'un EMG de l'extrémité inférieure gauche. Le rapport de la Dresse Montiel Carracedo fit état d'antécédent d'hypercholestérolémie, d'hypertriglicéridémie, d'hyperuricémie, d'obésité de type I, relata les atteintes connues et indiqua la nécessité pour l'intéressé d'éviter les efforts sollicitant la colonne lombaire.

J.

Invité à se déterminer sur la réplique, l'OAIE transmit celle-ci au Dr Lehmann pour appréciation qui dans son rapport du 3 mars 2009 nota que le rapport médical de la Dresse Montiel Carracedo correspondait à celui du Dr R. Serramito Garcia et qu'il n'apportait dès lors pas d'élément nouveau permettant d'apprécier différemment le dossier. Il confirma sa dernière prise de position.

L'intéressé fit parvenir au Tribunal de céans en date du 11 mars 2009 de nouveaux examens qui furent transmis le 17 mars suivant à l'OAIE. Il ressort du rapport daté du 12 février 2009 (signature illisible), outre les atteintes connues, en particulier le diagnostic de radiculopathie L5 gauche d'intensité légère et de caractère chronique sans signe de dénervation active, douleurs incapacitantes pour les activités quotidiennes, pas de nécessité actuelle d'intervention chirurgicale, médication à déterminer.

Par duplique du 26 mars 2009 l'OAIE maintint sa détermination faisant valoir que l'intéressé n'avait pas fourni d'élément nouveau par sa réplique.

K.

Se déterminant sur la duplique de l'OAIE, l'intéressé maintint son recours par acte du 7 mai 2009 soulignant que s'il lui étaient reconnues des douleurs incapacitantes dans les activités quotidiennes il ne pouvait implicitement exercer une activité adaptée de manière continue.

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 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 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. Selon 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 applicables et les dispositions citées ci-après sont sauf précision contraire celles en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2008. Toutefois, le droit à la rente s'étendant jusqu'au 31 décembre 2007 s'examine à la lumière des anciennes normes ce qui motive qu'il y soit fait principalement référence.

4.

Le recourant a présenté sa demande de rente le 26 décembre 2007. En dérogation à l'art. 24 LPGA, l'art. 48 al. 2 LAI 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. En l'espèce, le Tribunal peut se limiter à examiner si le recourant avait droit à une rente le 26 décembre 2006 ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 29 septembre 2008, 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 et ATF 121 V 362 consid. 1b).

5.

5.1 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). A compter du 1^{er} 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 puisse être comptabilisée en Suisse (FF 2005 p. 4065; art. 45 du règlement 1408/71).

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

6.

6.1 Aux termes de l'art. 8 LPGA, est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée. L'art. 4 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.

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% 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. 1 LAI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 et art. 28 al. 2 LAI en vigueur dès le 1^{er} janvier 2008). 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. 28 al. 1^{er} LAI (art. 29 al. 4 à partir du 1^{er} 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 LPGA) - 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 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 (cf. chiffre marginal 2020 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [Pratique VSI] 1998 p. 126 consid. 3c). Depuis le 1^{er} 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 LPGGA). L'incapacité de gain est définie à l'art. 7 LPGGA et consiste dans toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré, sur un marché 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 LPGGA dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008).

7.

Le recourant a travaillé en Suisse comme ouvrier dans le bâtiment de nombreuses années avant son retour en Espagne fin 2004. De retour dans son pays il a exercé une activité dans la construction de maçon et de conducteur de machine d'excavation jusqu'au 3 avril 2006.

La notion d'invalidité, dont il est question à l'art. 8 LPGGA 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. 28 al. 2 LAI (art. 28a al. 1 LAI à compter du 1^{er} janvier 2008), pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut être raisonnablement exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché de travail équilibré.

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

8.

En l'espèce, il est établi que le recourant souffre notamment d'atteintes au rachis, spécialement à hauteur de la colonne lombaire, depuis avril 2006 et de cervicobrachialgies alléguées depuis octobre 2007 environ.

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.

9.1 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.

9.2 Le Tribunal des assurances doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle que soit leur provenance, puis

décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Avant de conférer pleine valeur probante à un rapport médical, il s'assurera que les points litigieux ont fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prend également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il a été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale sont claires et enfin que les conclusions de l'expert sont dûment motivées (ATF 125 V 351 consid. 3a et les références).

10.

10.1 En l'espèce l'intéressé souffre depuis avril 2006 de lombosciatalgies qui l'ont obligé à cesser son activité professionnelle dans la construction. La manoeuvre de Lasègue, le test de Bragard et le signe de Neri ont déterminé des limitations dans la mobilité du tronc et les antéflexions et rétroflexions de l'assuré, des difficultés à la marche sur la pointe des pieds et les talons ont établi plus généralement des limitations de déplacement sur la longueur. Les rapports RM ont établi des lombalgies mécaniques, des hernies discales L3-L4, L4-L5 paramédiale gauche et L5-S1 paramédiale droite dégénératives avec disques déshydratés et compromission radiculaire en L5. Il s'ensuit qu'il n'est pas contesté comme l'a établi le médecin de l'OAIE qu'à compter du 4 avril 2006 l'assuré a présenté une incapacité de travail de 70% pour toute activité lourde dont son activité professionnelle dans la construction.

10.2 Est litigieux la capacité de travail résiduelle de l'assuré. Reconnaître une incapacité de travail dans l'activité exercée jusqu'alors n'implique pas une incapacité de travail pour toute activité et implicitement l'octroi d'une rente d'invalidité. Le rapport médical E 213 de la Sécurité sociale espagnole du 8 janvier 2008 fait état des atteintes à la santé de l'intéressé précitées et indique que les atteintes en question limitent l'assuré à des activités légères sans port et transport de charges, sans devoir faire usage de rampes, escaliers et échelles, ne sollicitant pas la colonne lombaire. Il indique expressément que l'assuré peut exercer une activité adaptée à plein temps. Le Dr Th. Lehmann de l'OAIE, se fondant sur le dossier médical, dont il a relevé tous les éléments déterminants, a confirmé le rapport E 213 dans sa substance et proposé des activités lucratives

légères à exercer principalement en position assise, préservant la colonne lombaire, comme ouvrier dans l'industrie légère en position assise ou permettant des changements de position, gardien de parking et musée, magasinier. A la date de la décision prise, le Tribunal de céans ne peut que confirmer le bien-fondé de cette appréciation car rien au dossier ne permettait à l'OAIE de la contredire, l'assuré ayant toute la mobilité de ses membres supérieurs et ne présentant pas de problème psychique.

10.3 Dans le cadre du recours contre la décision précitée l'intéressé a fourni une documentation médicale complémentaire qui pour l'essentiel a confirmé les atteintes à la santé de l'assuré. Elle n'a pas apporté d'élément nouveau au dossier à l'exception du fait des cervicobrachialgies évoquées pour la première fois dans le rapport du 22 octobre 2008 du Dr R. Serramito Garcia et qui irradient le membre supérieur gauche jusqu'au 3 premiers doigts de la main avec des paresthésies. Cet élément non existant lors de la décision attaquée est un fait ultérieur ne pouvant remettre en question celle-ci, même si l'atteinte est indiquée comme remontant à une année car aucune documentation médicale ne l'atteste antérieurement au 22 octobre 2008. En l'état du dossier, le Tribunal de céans ne peut donc que confirmer la possibilité pour l'assuré d'exercer une activité adaptée à plein temps. Certes l'assuré souffre de douleurs incapacitantes dans les activités quotidiennes. Il se trouve toutefois que si ses douleurs sont réelles dans ses déplacements et dans divers gestes de la vie qui demandent notamment une sollicitation du rachis ne serait-ce que lors d'antéflexions et de retroflexions, une activité lucrative en position assise est exigible.

11.

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

11.2 Le gain d'invalide est une donnée théorique, même s'il est évalué sur la base de statistiques. Ces données servent à fixer le montant du gain que l'assuré pourrait obtenir, sur un marché équilibré du travail, en mettant pleinement à profit sa capacité résiduelle de travail dans un emploi adapté à son handicap (arrêt du Tribunal fédéral I 85/05 du 5

juin 2005 consid. 6 et arrêt du Tribunal fédéral I 222/05 du 13 octobre 2005 consid. 6). Ce gain doit être comparé au moment déterminant avec celui que la personne valide aurait effectivement pu réaliser au degré de la vraisemblance prépondérante si elle était en bonne santé (ATF 129 V 222 consid. 4.3.1). Le gain de personne valide doit être évalué de manière aussi concrète que possible si bien qu'il convient, en règle générale, de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé, ou, à défaut de salaire de référence, au salaire théorique qu'il aurait pu obtenir selon les salaires théoriques statistiques disponibles.

11.3 En l'espèce, c'est à bon droit que l'autorité s'est fiée à l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) et non aux statistiques espagnoles (disponibles, contrairement à ce qu'avance l'autorité intimée, sur le site Internet de l'institut national espagnol de la statistique www.ine.es), lesquelles ne présentent pas – faute d'en connaître la méthodologie – la même fiabilité et représentativité que celles disponibles en Suisse (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral C-3053/2006 du 4 septembre 2008 consid. 10.2.2). L'important dans l'évaluation de l'invalidité est que les deux termes de la comparaison, à savoir revenu sans invalidité et revenu d'invalidé, soient équivalents, c'est à dire qu'ils se rapportent à un même marché du travail et à une même année de référence (ATF 110 V 273 consid. 4d; arrêt du Tribunal fédéral I 383/06 du 5 avril 2007 consid. 4.4).

11.4 L'administration doit de plus tenir compte pour le salaire d'invalidé 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).

12.

12.1 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 indexés 2007 car il doit être admis que c'est à compter de 2007 que l'état de santé du recourant doit être considéré comme stabilisé, celui-ci n'ayant pas évolué de façon déterminante depuis cette année jusqu'au 29 septembre 2008. 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 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).

12.2 L'OAIE a retenu comme base de comparaison sans invalidité le revenu d'un ouvrier spécialisé dans la construction. 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. 5'652.4 pour 41.7 h./sem. selon le temps de travail hebdomadaire dans ce secteur.

12.3 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), en l'occurrence celles des activités de substitution proposées par le Dr Lehmann soit en moyenne Fr. 4'687.67 correspondant aux revenus dans la production en général (Fr. 5'012.-), les services collectifs et personnels (Fr. 4'259.-), dans le commerce de gros et intermédiaires de commerce (Fr. 4'792.-) pour des activités simples et répétitives (niveau 4) à 100% pour 40 h./sem., soit Fr. 4'886.89 pour 41.7 h./sem., sous déduction de 15% pour tenir compte de l'âge de l'assuré et de ses restrictions personnelles aux activités légères, soit Fr. 4'153.86.-.

Un nombre suffisant d'entre elles peut être exercé 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.

12.4 En comparant le salaire avant invalidité de Fr. 5'652.44 avec celui après invalidité de Fr. 4'153.86, on obtient une perte de gain de 26.51% arrondie à 27% ($[5'652.44 - 4'153.86] : 5'652.44 \times 100$). Même indexés valeur 2007 pour la comparaison déterminante, puis indexés 2008, années de la décision dont est recours, les revenus de référence précités et leur comparaison ne permettent pas d'atteindre un taux d'invalidité de 40% au moins.

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

13.

13.1 Vu l'issue de la procédure, les frais de celle-ci, fixés à Fr. 300.-, sont mis à la charge du recourant (art. 63 al. 1 PA, applicable par le truchement de l'art. 37 LTAF). Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant dont il s'est acquitté au cours de l'instruction.

14. Il n'est pas alloué de dépens (art. 7 al. 1 et 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 300.-, sont mis à la charge du recourant.

3.

Il n'est pas alloué de dépens

4.

Le présent arrêt est adressé :

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

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

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 du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition :