



Cour III
C-1091/2007

{T 0/2}

Arrêt du 24 novembre 2008

Composition

Johannes Frölicher (président du collège), Elena Avenati-Carpani, Francesco Parrino, juges,
Valérie Humbert, greffière.

Parties

A. _____,
recourante,

contre

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

Objet

décision du 15 janvier 2007

Faits :**A.**

A.a A._____, née le 2 février 1947, est une ressortissante espagnole mariée et mère de quatre enfants adultes (pce 1). De 1965 à 1986, elle a régulièrement travaillé comme ouvrière et gérante dans la restauration (pces 47 p. 2 et 53) pour différentes entreprises suisses dont les sièges se trouvaient principalement dans les cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne (pce 8). De retour en Espagne, elle a ensuite géré pour son compte un café-bar de 1991 au 31 mars 2001 (pces 1 p. 2, 9 p. 2, 13 et 53) ou 2003 selon ses déclarations (pce 13).

A.b Le 15 octobre 2004, A._____ a déposé une demande de rente invalidité suisse auprès de l'institution nationale de la sécurité sociale espagnole (INSS) qui l'a transmise le 11 mai 2005 à l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE; pces 1 et 11).

B.

B.a Dans le cadre de l'instruction, les pièces suivantes ont notamment été versées aux actes:

- x Les formulaires E 204, E 205 et E 207, datés du 11 mai 2005, concernant des informations relatives à l'assurée, à sa situation familiale et sa carrière en Espagne (pces 1, 9 et 10);
- x Le questionnaire à l'assurée du 21 octobre 2005, duquel il ressort que A._____ a appris le métier de l'hôtellerie sur le tas, qu'elle l'a exercé comme indépendante les dernières années à raison de 10 à 14 heures par jour puis 4 à 5 heures avant d'arrêter en 2003 pour des raisons de santé (pce 13);
- x Le questionnaire pour les assurés travaillant dans le ménage du 21 octobre 2005 qui indique que deux adultes vivent dans le ménage et qu'en principe la fille de l'assurée s'occupe des tâches ménagères (pce 14);
- x Une nombreuse documentation médicale (32 pièces), dont:

- Une information clinique du 2 mai 2001 du Dr B._____ relatant que A._____ a subi, en tant que passagère, un accident de la route avec choc frontal le 28 octobre 2000, lequel a provoqué une entorse cervicale et une contusion lombaire ayant ensuite évolué en lombalgie aiguë. Ce médecin note également que la patiente a consulté le 1^{er} mai 2001 pour des douleurs au genou gauche sans traumatisme préalable. Ce médecin est d'avis que la patiente ne peut pas reprendre son activité antérieure. La diminution importante de la fonctionnalité de la zone lombaire nécessitait selon lui un repos total et absolu avant d'envisager un traitement par physiothérapie (pce 31);

- Une information du 2 mai 2006 du Dr C._____ du Cabinet d'évaluation, de diagnostic et d'orientation médicale (GeDOM) à V._____ de laquelle il ressort que A._____ souffre d'une gonarthrose gauche et a subi une ostéotomie de valgisation en 2001 (en fait en 2002 cf. pce 27) avec ablation du matériel d'ostéosynthèse en 2003 (en fait en 2004 cf. pce 19) et qu'elle présente une intense douleur actuelle au genou gauche avec une incapacité fonctionnelle qui l'empêche de réaliser une vie quotidienne normale. Ce médecin relève que l'articulation est très détériorée et, à son avis, seule une arthroplastie du genou est susceptible d'améliorer la situation (pce 46);

- x L'expertise E 213 établie le 21 novembre 2004 par la Dresse D._____ de l'INSS qui diagnostique une gonarthrose gauche avancée entraînant de nombreuses limitations fonctionnelles. Dans les antécédents cliniques, ce médecin relève encore une lombalgie mécanique non irradiante, une dyslipidémie, une opération de la cataracte à l'oeil droit, une hernie inguinale droite opérée. Concernant la capacité de travail, il est simplement mentionné qu'au regard de la législation du pays de domicile, A._____ présente une incapacité permanente totale dans sa profession habituelle (pce 47).

B.b Consulté, le Dr E._____, médecin à l'OAIE, a retenu le 20 janvier 2006 une sévère gonarthrose générant un handicap fonctionnel. Il a précisé qu'une arthroplastie était prévue et qu'il est nécessaire de se renseigner à ce sujet et de requérir un nouveau rapport orthopédique appréciant tant la situation clinique que la capacité de travail résiduelle de l'assurée (pce 55).

B.c Une nouvelle expertise E 213 a été réalisée le 29 mars 2006 par le Dr F._____ de l'INSS lequel remarque que la colonne vertébrale est sans déficit. Seules sont mentionnées les séquelles de la gonarthrose gauche (estimée de grade III-IV) ainsi que les deux interventions chirurgicales y afférentes. Il estime A._____ capable d'exercer de façon régulière des activités de type léger, pour autant que le travail s'effectue principalement en position assise, avec alternation des postures de travail. L'ancienne activité est exclue, mais un travail adapté (sédentaire ou léger) à temps complet est exigible (pce 51).

B.d Cette expertise a été soumise à l'appréciation du Dr E._____ de l'OAIE. Dans son avis médical du 2 octobre 2006, celui-ci retient comme diagnostic ayant des répercussions sur la capacité de travail, une sévère gonarthrose gauche et sans conséquence sur la capacité de travail, un status après lombosciatalgies récidivantes sans implication neurologique. Il évalue la capacité de travail résiduelle à 30% dans l'ancienne activité dès le 23 mai 2002 et à 100% dès le 30 mai 2002 dans une activité de substitution adaptée telle que ouvrière ou dans le domaine de la vente par correspondance (pce 56).

B.e En date du 26 octobre 2006, l'OAIE a soumis à A._____ un projet de décision rejetant sa demande de rente motif pris qu'une activité lucrative adaptée à son état de santé est exigible dans une mesure suffisante pour exclure le droit à la rente (pce 58). L'autorité s'est fondée sur une évaluation de l'invalidité établie selon la méthode générale de la comparaison des revenus. La détermination du salaire avec et sans invalidité se basait sur les statistiques du marché du travail suisse et laissait apparaître, après un abattement de 20% octroyé en raison des circonstances du cas, une perte de gain de 33 %, taux n'ouvrant pas le droit à une rente (pce 57).

B.f En procédure d'audition, A._____ s'est prononcée contre le projet de décision en faisant essentiellement valoir par acte du 4 décembre 2006 que vu son état de santé, son âge et son absence de qualification professionnelle, il était parfaitement illusoire qu'elle retrouve du travail dans une des activités suggérées. Elle a affirmé que les douleurs ressenties sont à peine soulagées par des calmants et qu'elle ne peut se déplacer dans la maison qu'à l'aide de son conjoint. Au vu de l'ensemble des circonstances, aucun employeur, à moins de faire preuve d'une tolérance extrême, ne l'engagerait. Elle a

également signalé être en attente d'une opération d'arthroplastie du genou. Elle a joint à son écriture de nombreuses copies de rapports et certificats médicaux, figurant déjà tous au dossier à l'exception d'une pièce: un certificat daté du 27 novembre 2006, rédigé par le Dr G._____ du service de traumatologie de l'Hôpital universitaire de U._____ attestant qu'une intervention au genou gauche est prévue (pce 59).

B.g Par décision du 15 janvier 2007, l'OAIE a rejeté la demande de prestations AI de A._____ motif pris que son médecin conseil confirme sa position précédente (pce 86). En effet, le Dr E._____ de l'OAIE est d'avis que la documentation médicale produite par la recourante est ancienne et se réfère à un diagnostic connu (pce 85).

C.

C.a Le 8 février 2007, A._____ interjette recours contre cette décision devant le Tribunal administratif fédéral (TAF) concluant implicitement à son annulation et à la reconnaissance d'une incapacité de travail totale. Elle documente son recours par des pièces figurant déjà au dossier et rappelle qu'elle aura bientôt 60 ans et qu'elle ne peut plus travailler depuis 2001. Par une note manuscrite annexée à son écriture, elle demande subsidiairement l'octroi d'une rente de vieillesse anticipée et affirme que si nécessaire elle peut se présenter devant l'autorité afin que celle-ci vérifie sa situation.

C.b Dans sa réponse du 5 mars 2007, l'autorité intimée reprend l'essentiel de sa motivation antérieure et conclut au rejet du recours ainsi qu'à la confirmation de la décision attaquée.

C.c Invitée par ordonnance du TAF du 23 mars 2007 à se déterminer au vu de la réponse de l'autorité intimée, faute de quoi l'échange d'écriture sera considéré comme clos, la recourante n'a pas réagi.

C.d Par ordonnance du 19 août 2008, le TAF requiert le versement d'une avance de frais dont la recourante s'est acquittée dans le délai imparti à cet effet.

Droit :**1.**

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), ce dernier, 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 aux art. 33 et 34 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'OAIE concernant l'octroi de prestations d'invalidité peuvent être contestées devant le TAF conformément à l'art. 69 al. 1 let. b de la Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20), celui-ci est dès lors compétente pour connaître de la présente cause.

1.2 En vertu de l'art. 3 let. d^{bis} PA, auquel renvoie l'art. 37 LTAF, la procédure en matière d'assurances sociales n'est pas régie par la PA dans la mesure où la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) est applicable. Selon l'art. 2 LPGA, les dispositions de la présente loi sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale, si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient. Or, l'art. 1 al. 1 LAI mentionne que les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26^{bis} et 28 à 70), à moins que la LAI ne déroge à la LPGA.

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

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

2.

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, 2^e éd., Berne 2002, ch. 2.2.6.5, p. 265). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal administratif fédéral définit les faits et apprécie les preuves

d'office et librement (cf. art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 122 V 157 consid. 1a, ATF 121 V 204 consid. 6c; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 61.31 consid. 3.2.2; ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd. Zurich 1998 n. 677).

3.

3.1 L'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (ALCP, RS 0.142.112.681) est entré en vigueur le 1er juin 2002. A cette date sont également entrés en vigueur son Annexe II qui règle la coordination des systèmes de sécurité sociale, le Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (RS 0.831.109.268.1), s'appliquant à toutes les rentes dont le droit prend naissance au 1er juin 2002 et ultérieurement et se substituant à toute convention de sécurité sociale liant deux ou plusieurs Etats (art. 6 du Règlement), et enfin le Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relatif à l'application du Règlement (CEE) n° 1408/71 (RS 0.831.109.268.11). Selon l'art. 3 du Règlement (CEE) n° 1408/71, les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et les ressortissants suisses bénéficient de l'égalité de traitement. Selon l'art. 20 ALCP, sauf disposition contraire découlant de l'Annexe II, les accords de sécurité sociale bilatéraux entre la Suisse et les Etats membres de la Communauté européenne sont suspendus dès l'entrée en vigueur du présent accord, dans la mesure où la même matière est régie par le présent accord. Dans la mesure où l'Accord - en particulier son Annexe II qui régit la coordination des systèmes d'assurances sociales (art. 8 ALCP) - ne prévoit pas de disposition contraire, l'organisation de la procédure de même que l'examen des conditions à l'octroi d'une rente d'invalidité suisse ressortissent au droit interne suisse.

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

3.3 S'agissant du droit applicable, il convient encore de préciser que la présente procédure est régie par la LAI et par son règlement d'exécution dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 445 consid. 1.2). Selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 116 V 246 consid. 1a et les arrêts cités). Les modifications introduites par la nouvelle du 6 octobre 2006 (5^e révision), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 5129), ne concernent donc pas la présente procédure.

3.4 La recourante a présenté sa demande le 15 octobre 2004. En dérogation à l'art. 24 LPGA, l'art. 48 al. 2 LAI 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 15 octobre 2003 (12 mois avant le dépôt de la demande) ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 15 janvier 2007, date de la décision attaquée marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 129 V 4 consid. 2.1 et 121 V 366 consid. 1b).

4.

Selon les normes en vigueur, 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 et 4, 28, 29 al. 1 LAI),
- compter une année entière au moins de cotisations (art. 36 al. 1 LAI).

La recourante a versé des cotisations à l'AVS/AI pendant plus d'une année au total et remplit donc la condition de la durée minimale de

cotisations. Il reste à examiner si et dans quelle mesure elle est invalide.

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 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 Par incapacité de travail, on entend toute perte, totale ou partielle, résultant d'une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (art. 6 LPGA). L'incapacité de gain est définie à l'art. 7 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.

5.2.1 L'invalidité dont il convient de rappeler qu'il s'agit d'une notion juridico-économique et non médicale est évaluée, chez les assurés actifs à plein temps, en comparant le revenu que l'intéressé pourrait obtenir en exerçant une activité qu'on peut raisonnablement attendre (revenu d'invalidé) sur un marché du travail équilibré avec le revenu qu'il aurait eu s'il n'était pas devenu invalide (revenu sans invalidité). C'est la méthode ordinaire de comparaison des revenus (art. 28 al. 2 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA). La comparaison des revenus s'effectue, en règle générale, en chiffrant aussi exactement que possible les montants de ces deux revenus, leur comparaison permettant de dégager une différence constitutive du taux d'invalidité.

5.2.2 Dans les cas où il est particulièrement difficile de déterminer les revenus avant et après l'invalidité, la jurisprudence admet que l'évaluation de la perte de gain soit faite, exceptionnellement, par une méthode dite extraordinaire. En ce qui concerne la détermination de

l'incapacité de gain des travailleurs indépendants, le Tribunal fédéral (des assurances) a établi que l'invalidité doit être évaluée, dans l'activité exercée, d'après l'incidence de la capacité de rendement amoindrie sur la situation économique concrète (cf. ATF 128 V 29 consid. 1). Sur la base de cette méthode, on constate d'abord l'empêchement dû à l'atteinte à la santé et, ensuite, on examine les effets de cet empêchement sur la capacité de gain (VSI 1998 p. 121; SVR 1996 IV n. 74 consid. 2b). Toutefois, si l'intéressé a cessé toute activité indépendante, on peut renoncer à l'application de la méthode de calcul extraordinaire. Dans ce cas là, en effet, la comparaison des activités exercées avant et après la survenance de l'invalidité n'est plus possible (RAMA 1995 p. 107).

5.2.3 La recourante exploitait à temps complet son propre café-bar depuis 1991. Il ressort du questionnaire complété par l'assurée le 21 octobre 2005 qu'elle aurait tout d'abord diminué son activité en 2001 pour des raisons de santé avant de la cesser en 2003 (pce 13). Toutefois, selon d'autres pièces du dossier (pces 1 p.2, 9 p. 2, 13 et 53), elle aurait abandonner son activité le 31 mars 2001 déjà, ce que finalement elle affirme également dans son recours devant le Tribunal de céans. Partant, pour déterminer son invalidité, il faut appliquer la méthode ordinaire de comparaison des revenus (cf. *supra* consid. 5.2.1)

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

5.4 Conformément à l'art. 29 al. 1 LAI, le droit à une rente naît dès que l'assuré présente une incapacité de gain 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; ATF 121 V 264 ss). 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; ATF 99 V 98 consid. 1; ATF 96 V 42 consid. 1). Le délai d'attente selon l'art. 29 al. 1 let. b LAI est réputé avoir commencé dès qu'il a été possible de constater une incapacité de travail de 20% (cf. chiffre marginal 2020

de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence dans sa teneur au 1^{er} janvier 2004 ; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [Pratique VSI] 1998 p. 126 consid. 3c).

5.5 Aux termes des art. 8 LPGA et 4 al. 1 LAI, l'objet assuré n'est pas l'atteinte à la santé physique, mais les conséquences économiques de celles-ci, à savoir une incapacité de gain probablement permanente ou de longue durée. Ainsi le taux d'invalidité ne se confond pas nécessairement avec le taux d'incapacité fonctionnelle déterminé par le médecin; ce sont les conséquences économiques objectives de l'incapacité fonctionnelle qu'il importe d'évaluer (ATF 110 V 273 consid. 4). Le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que les données fournies par les médecins constituent un élément utile pour déterminer quels travaux peuvent encore être exigés de l'assuré (ATF 125 V 256 consid. 4, ATF 115 V 133 consid. 2, ATF 114 V 310 consid. 3c, ATF 105 V 156 consid. 1; RCC 1991 p. 331 consid. 1c).

6.

6.1 En l'espèce, la décision de refus de l'autorité intimée s'appuie pour l'essentiel sur la prise de position du Dr E._____, médecin au service médical de l'OAIE, lequel s'est à son tour fondé sur l'expertise E 213 du Dr F._____. Selon ce dernier, la gonarthrose gauche est de grade III-IV, bien qu'il ne précise pas à quelle classification arthroscopique des lésions du cartilage il se réfère, on constate que le Dr E._____ retient qu'elle est sévère, à l'instar du Dr C._____ qui estime l'articulation très abîmée. Le Dr F._____ observe également une limitation dans les mouvements du genou gauche, une gonalgie persistante ainsi qu'une inflammation et une déformation articulaires. Les déficits fonctionnels s'expriment lors de la marche, en station debout et en port de charges.

6.2 Il résulte du dossier que la recourante travaillait de manière indépendante dans le bar dont elle était propriétaire. Elle semble avoir cessé son activité le 31 mars 2001 à la suite de problèmes cervico-lombaires consécutifs à un accident de la circulation routière et dont l'expertise ne fait plus état en 2006. Les documents les plus récents évoquant les lombalgies chroniques datent de 2005 et l'expertise E 213 réalisée en 2004 mentionne également des épisodes de lombalgie mécanique. Par ailleurs, le Dr E._____ en tient compte dans son diagnostic mais écarte leur caractère invalidant en raison de l'absence d'incidences neurologiques. La recourante a consulté un médecin en

raison de ses douleurs au genou pour la première fois en mai 2001. Quoi qu'il en soit, les différents médecins sont tous d'avis que l'activité antérieure de la recourante qui implique à l'évidence des tâches incompatibles avec ses limitations fonctionnelles n'est plus exigible. Seuls les Drs F._____ et E._____ s'expriment sur la capacité de travail résiduelle actuelle; le Dr B._____ préconisait autrefois (en 2001) un repos absolu et s'opposait à la poursuite du travail habituel sans pour autant exclure toute reprise à l'avenir d'une autre activité.

6.3 Il faut donc examiner, sur la base de la documentation médicale figurant au dossier, si, comme l'a retenu l'autorité intimée, la recourante conserve une capacité de travail entière dans une activité qui serait adaptée à ses limitations.

7.

7.1 Pour pouvoir calculer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge, s'il y a eu un recours) a besoin de documents que le médecin, éventuellement aussi d'autres spécialistes, doivent lui fournir. L'art. 69 RAI prescrit que l'Office AI réunit les pièces nécessaires, en particulier sur l'état de santé du requérant, son activité, sa capacité de travail et son aptitude à être réadapté, ainsi que sur l'indication de mesures déterminées de réadaptation; à cet effet peuvent être exigés ou effectués des rapports ou des renseignements, des expertises ou des enquêtes sur place, il peut être fait appel aux spécialistes de l'aide publique ou privée aux invalides.

7.2 La tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. Il lui appartient de décrire les activités que l'on peut encore raisonnablement attendre de l'assuré compte tenu de ses atteintes à la santé (influence de ces atteintes sur sa capacité à travailler en position debout et à se déplacer; nécessité d'aménager des pauses ou de réduire le temps de travail en raison d'une moindre résistance à la fatigue, par exemple), en exposant les motifs qui le conduisent à retenir telle ou telle limitation de la capacité de travail. Lorsqu'il est clair d'emblée que l'exercice d'activités relativement variées est encore exigible de l'intéressé, un renvoi général à un marché du travail équilibré, structuré de telle sorte qu'il offre un éventail d'emplois diversifié, est suffisant (VSI 1998 p. 296 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral I 636/06 du 22 septembre 2006 consid. 3.2).

7.3 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 351 consid. 3a et les références).

7.4 Dans le cas particulier, outre l'avis du service médical de l'OAIE, le dossier comprend une nombreuse documentation médicale qui n'est guère pertinente pour évaluer la capacité de travail de la recourante puisqu'elle constitue essentiellement en rapports médicaux posant des diagnostics qui ne sont pas controversés. La récente expertise E 213 répond pour l'essentiel aux exigences jurisprudentielles. Il est vrai qu'elle est succincte et ne contient pas de motivation détaillée, toutefois elle est limpide et ne comporte pas de contradiction. De plus aucun autre document de nature à soulever un doute à son propos ne figure au dossier. Certes la recourante, au moment de la décision litigieuse, était dans l'attente d'une intervention chirurgicale qui a de fortes chances de la soulager et le Dr C._____, dans son information médicale du 2 mai 2006, note que l'incapacité fonctionnelle ne permet pas à la recourante de réaliser une vie normale. Or, la recourante avait déjà arrêté son activité en 2001 pour des motifs de santé, raison pour laquelle sans doute, le Dr C._____ se réfère aux travaux quotidiens qui nécessitent des efforts et peuvent être plus exigeants qu'une activité professionnelle spécifique, de type sédentaire, mais dont on ne doit pas tenir compte en l'espèce, la recourante étant considérée du point de vue de l'AI comme une assurée active et non comme une assurée travaillant dans le ménage. Les difficultés que rencontre la recourante pour effectuer certains mouvements ou certaines tâches ne sont pas niées, les limitations fonctionnelles y afférentes ont été prises en compte par l'autorité intimée qui retient effectivement une invalidité, mais toutefois d'un degré insuffisant pour ouvrir le droit à une rente. Pour le surplus, les griefs de la recourante ont trait à des motifs qui n'ont rien à voir avec l'assurance-invalidité. Ce sont en effet les répercussions de l'atteinte à

la santé sur la capacité de gain qui sont déterminantes (cf. ATF 114 V 310 consid. 3c). Le fait que la recourante ne mette pas en valeur sa capacité résiduelle de travail pour des raisons étrangères à l'invalidité ne relève pas de l'AI, car il s'agit là de facteurs qui ne sont pas liés à l'invalidité et que l'AI n'est pas tenue de prendre en charge (RCC 1991 p. 329 consid. 3c). En principe, ni l'âge, ni la situation familiale ou économique, ni un arrêt prolongé de l'activité professionnelle ou même le refus d'exercer une activité médicalement exigible ne constituent des facteurs propres à influencer l'octroi d'une rente d'invalidité (arrêt du Tribunal fédéral I 175/04 du 28 janvier 2005 consid. 3; VSI 1999 p. 247 consid. 1; Pratique VSI 1998 p. 296 consid. 3b). De surcroît, 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 que l'on peut raisonnablement attendre de lui afin d'atténuer autant que possible les conséquences de son invalidité (ATF 130 V 97 consid. 3.2. avec les références).

7.5 Finalement, le Tribunal de céans ne décèle aucune raison d'écarter l'appréciation du service médical de l'OAIE. Partant, la Cour est d'avis que la recourante peut exercer à plein temps une activité adaptée à ses atteintes à la santé.

8. Il convient encore de déterminer la perte de gain que la recourante subirait dans l'exercice d'une activité médicalement exigible.

8.1 En l'espèce, comme il a déjà été dit (cf. *supra* consid. 5.2.3), s'applique la méthode ordinaire de comparaison des revenus, ainsi que l'autorité l'a retenue. Il sied de rappeler à ce sujet que sont déterminants non pas les critères médico-théoriques mais bien plutôt les incidences de l'atteinte à la santé sur la capacité de gain (cf. par analogie, RAMA 1991 no U 130 p. 270 consid. 3b; voir aussi ATF 114 V 310 consid. 3c).

8.1.1 Il est aussi utile, dans ce contexte, de préciser que la notion du marché équilibré du travail à laquelle se réfère l'art. 7 LPGA pour déterminer le revenu d'invalidité est une notion théorique et abstraite, qui sert de critère de distinction entre les cas tombant sous le coup de l'assurance-chômage et ceux relevant de l'assurance-invalidité. Elle implique, d'une part, un certain équilibre entre l'offre et la demande de main-d'oeuvre et, d'autre part, un marché du travail structuré de telle sorte qu'il offre un éventail d'emplois diversifiés. D'après ces critères on déterminera si, dans les circonstances concrètes du cas, l'invalidité

a la possibilité de mettre à profit sa capacité résiduelle de gain, et s'il peut ou non réaliser un revenu excluant le droit à une rente (ATF 110 V 273 consid. 4b; VSI 1991 p. 332 consid. 3b; cf. ég. ATF 134 V 64 consid. 4.2.1). Pour évaluer l'invalidité, il n'y a pas lieu d'examiner si un invalide peut être placé eu égard aux conditions concrètes du marché du travail, mais uniquement de se demander s'il pourrait encore exploiter sa capacité résiduelle de travail lorsque les places de travail disponibles correspondent à l'offre de la main d'oeuvre (VSI 1998 p. 296 consid. 3b et les références). S'il est vrai que des facteurs tels que l'âge, le manque de formation ou les difficultés linguistiques jouent un rôle non négligeable pour déterminer dans un cas concret les activités que l'on peut encore raisonnablement exiger d'un assuré, ils ne constituent pas – comme il a déjà été dit (cf. *supra* consid. 7.4) – des circonstances supplémentaires qui, à part le caractère raisonnablement exigible d'une activité, sont susceptibles d'influencer l'étendue de l'invalidité, même s'ils rendent parfois difficile, voire impossible la recherche d'une place et, partant, l'utilisation de la capacité de travail résiduelle (VSI 1999 p. 247 consid. 1 et les références citées). Il est toutefois admis, que lorsqu'un assuré se trouve proche de l'âge de la retraite, il faut se demander, si, de manière réaliste et en appréciant la situation dans son ensemble, celui-ci est en mesure de trouver un emploi sur un marché équilibré du travail (cf. arrêt du Tribunal fédéral I 462/02 du 26 mai 2003 consid. 2.3). Cela revient à déterminer, dans un cas concret, si un employeur potentiel consentirait objectivement à engager l'assuré, compte tenu notamment des activités qui restent exigibles de sa part en raison d'affections physiques ou psychiques, de l'adaptation éventuelle de son poste de travail à son handicap, de son expérience professionnelle et de sa situation sociale, de ses capacités d'adaptation à un nouvel emploi, du salaire et des contributions patronales à la prévoyance professionnelle obligatoire, ainsi que de la durée prévisible des rapports de travail (cf. arrêt du Tribunal fédéral I 1034/3006 du 6 décembre 2007 consid. 3.3).

8.1.2 A cet égard, on peut se demander si la recourante, âgée de 60 ans au moment de la décision litigieuse et eu égard au contexte personnel et professionnel, n'a pas atteint cet âge critique où les possibilités de mise en valeur de sa capacité résiduelle de travail sur un marché supposé équilibré sont hasardeuses. Toutefois, la recourante a cessé son activité en 2001 déjà, alors qu'elle était âgée de 54 ans et qu'il lui était encore possible de se lancer – après un

temps de convalescence consécutif à son accident – dans une recherche d'un emploi adapté à son état de santé. Elle ne saurait ainsi tirer profit de l'écoulement du temps durant lequel elle n'a pas tenté de réduire son dommage (en conservant par exemple une activité moins exigeante et compatible avec ses limitations) et bénéficier ensuite, sous prétexte de son âge, d'une rente invalidité.

Au demeurant, comme exposé *infra* consid.8.2.5, l'autorité intimée a tenu compte de manière appropriée des effets de l'âge de la recourante en lui concédant un abattement sur le salaire statistique.

8.2

8.2.1 Le gain d'invalidité est une donnée théorique. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé après la survenance de l'atteinte à la santé, la jurisprudence admet le recours aux données statistiques suisses telles qu'elles ressortent de l'Enquête sur la structure des salaires (ci-après: ESS) publiée par l'Office fédéral de la statistique (ci-après: OFS; ATF 126 V 75 consid. 3b/aa et bb). Les rémunérations retenues par l'ESS 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).

8.2.2 Le revenu sans invalidité quant à lui se détermine en établissant au degré de la vraisemblance prépondérante ce que l'assuré aurait effectivement réalisé au moment déterminant s'il était en bonne santé. A ce titre il convient en général de se référer au dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé. Toutefois, en raison de la disparité des niveaux de rémunération et des coûts de la vie entre les Etats, on ne saurait retenir en principe le montant du dernier salaire obtenu par le recourant dans son Etat de résidence (ATF 110 V 273 consid. 4d; arrêt du Tribunal fédéral I 383/06 du 5 avril 2007 consid. 4.4) ou qu'il aurait pu obtenir, d'où la nécessité pour effectuer la comparaison des salaires de se référer à des données statistiques. Cela est d'autant plus justifié en l'espèce que les informations collectées au sujet du revenu que tirait la recourante de l'exploitation de son établissement ne sont pas suffisamment précises puisque le dossier ne contient que ses propres allégations, non étayées par une enquête économique. C'est à bon droit que l'autorité s'est fiée à l'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 fédéral I 232/06 du 25 octobre 2006 consid. 4 et 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'invalidité, 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).

8.2.3 En l'espèce, la décision litigieuse fixe le revenu sans invalidité de la recourante à Fr. 4'321.-- par mois en se fondant sur les données résultant de l'ESS 2004 concernant le salaire auquel peuvent prétendre les femmes très qualifiées (niveau 2) dans le secteur de l'hôtellerie et de la restauration. Les salaires bruts standardisés se basent sur un horaire de travail de 40 heures, soit une durée hebdomadaire inférieure à la moyenne usuelle dans le secteur de l'hôtellerie et de la restauration en 2004 (42.1 heures, cf. OFS, durée normale du travail dans les entreprises selon la division économique, en heures par semaine, T. 03.02.04.19), ce salaire hypothétique de Fr. 4'321.-- doit donc encore être adapté et s'élève en fait à Fr. 4'547.85 ainsi que l'autorité intimée l'a retenu à juste titre, laquelle a encore ajouté 10% pour tenir compte de la longue expérience d'indépendante de la recourante, ce qui donne un salaire sans invalidité de Fr. 5'002.64.

Compte tenu du fait que la recourante ne semble pas titulaire d'une véritable formation dans l'hôtellerie et la restauration, le niveau de qualification retenu apparaît élevé. Toutefois, ce calcul étant favorable à la recourante, il y a lieu de le conserver.

8.2.4 Eu égard à la jurisprudence précédemment exposée, le revenu d'invalidité, au demeurant non contesté, a également été correctement établi. En effet, il tient compte des limitations fonctionnelles de la recourante qui doit principalement travailler en position assise tout en alternant les postures de travail et ne rien porter de lourd. La moyenne de salaires ressortant de l'ESS 2004 dans les secteurs considérés (ouvrière non qualifiée et vente par correspondance dans des activités

simples et répétitives de niveau 4), une fois adaptée à l'horaire hebdomadaire moyen dans les entreprises suisses en 2004, donne Fr. 4179.76.

8.2.5 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 relève en premier lieu de l'office AI, qui dispose pour cela d'un large pouvoir d'appréciation. La jurisprudence n'admet cependant à ce titre pas de déduction globale supérieure à 25% (ATF 126 V 75 consid. 5). En conséquence, le juge des assurances sociales ne peut, sans motif pertinent, substituer son appréciation à celle de l'administration; il doit s'appuyer sur des circonstances de nature à faire apparaître sa propre appréciation comme la mieux appropriée (Arrêt du Tribunal fédéral I 133/07 du 21 janvier 2008, consid. 2.3; ATF 130 V 393 consid. 3.3, ATF 126 V 75 consid. 6, ATF 123 V 150 consid. 2 et les références). En l'espèce, l'OAIE a réduit le revenu d'invalidé de l'assuré de 20% pour tenir compte des circonstances personnelles et professionnelles du cas, ce qui aboutit à un salaire d'invalidé de Fr. 3'343.81. Bien que l'autorité aurait dû préciser les facteurs retenus, on comprend sans peine qu'il s'agit en l'espèce de l'âge et du fait que la recourante ne peut plus exercer que des activités légères. Cette argumentation n'est pas insoutenable, il n'y a donc pas lieu de s'en écarter. Il sied de remarquer que de toute manière, un abattement plus important n'entraînerait aucune modification de la décision litigieuse, le taux d'invalidité restant en deçà des 40% ouvrant le droit à la rente.

8.3 Le calcul comparatif des revenus fait apparaître un préjudice économique de 33% ($\text{Fr. } 5'002.- - 3'343.81 \times 100 / 5'002.64$) une fois arrondi au pour-cent inférieur (ATF 130 V 122 consid. 3.2), taux d'invalidité qui ne donne pas droit à une rente (art. 28 al. 1 LAI). Mal fondé, le recours doit par conséquent être rejeté et la décision sur opposition du 15 janvier 2007 confirmée.

9.

9.1 Pour être complet, il faut encore répondre à la recourante qui requiert de manière subsidiaire dans son recours l'octroi d'une rente de vieillesse anticipée. L'autorité inférieure ne s'est pas prononcée sur ce point, faute d'être compétente en la matière, si bien que cette

question dépasse l'objet de la présente contestation et ne saurait être examinée par le TAF. En effet, dans le domaine de la juridiction administrative, comme dans toute juridiction, d'une façon générale, les règles de compétence prévues par le législateur doivent être observées strictement par les autorités appelées à statuer sur les demandes qui leur sont soumises. Lorsque le législateur a prévu que les demandes doivent être soumises à une autorité déterminée, dont les décisions peuvent ensuite être portées par voie de recours devant une autorité supérieure, les justiciables, de même manière qu'ils ont le droit d'exiger que cette dernière ne se saisisse pas du litige lorsque celui-ci n'a pas été tranché par l'autorité inférieure, ont le devoir d'adresser leur requête à l'autorité compétente en première instance. Le cours normal des instances, tel qu'il a été prévu par la loi, doit être suivi. Ce principe, appelé garantie de la double instance, applicable en matière judiciaire, l'est aussi en matière administrative (cf. ATF 106 II 106 consid. 1a, ATF 99 Ia 317 consid. 4a; MAX IMBODEN/RENÉ RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bâle 1990, 6e éd., vol. I, p. 547, no 87 II/III; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., Berne 1983, p. 79 ss, PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, ch. 5.4.13, p. 564).

9.2 Il s'en suit que cette conclusion est irrecevable et la Cour de céans ne peut qu'inviter la recourante à s'adresser à l'autorité compétente pour cette question.

10.

10.1 La décision litigieuse a été rendue après le 1^{er} juillet 2006, entrée en vigueur de l'art. 69 al. 2 LAI soumettant la procédure de recours en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI devant le Tribunal administratif fédéral à des frais de procédure. La recourante, qui succombe, doit donc s'acquitter des frais de justice fixés, compte tenu de la charge liée à la procédure, à Fr. (...) (art. 63 al. 1 règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2] en relation avec l'art. 69 al. 2 LAI). Ils sont compensés par l'avance de frais déjà versée de Fr. (...).

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté pour autant que recevable.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. (...), sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. (...).

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Recommandé + avis de réception)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. _____)
- à l'Office fédéral des assurances sociales

Le président du collège :

La greffière :

Johannes Frölicher

Valérie Humbert

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi 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 :