

BVGer C-6912/2008 vom 23. Februar 2009

Bundesverwaltungsgericht, 2009-02-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6912_2008

FR: TAF C-6912/2008 du 23 février 2009

IT: TAF C-6912/2008 del 23 febbraio 2009

Regeste

Assurance-invalidité (AI)

Erwägungen

E. 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), le TAF, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE) concernant l'octroi de prestations d'invalidité peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 69 al. 1 let. b de la Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20), celui-ci est dès lors compétente pour connaître de la présente cause.

E. 1.2

En vertu de l'art. 3 let. dbis 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 26bis et 28 à 70), à moins que la LAI ne déroge à la LPGA.

E. 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.

E. 1.4

Le recours, adressé à l'OAIE, a été transmis par cette autorité au TAF en application de l'art. 8 al. 1 PA. Déposé en temps utile et dans les formes requises (60 LPGA, 21 al. 2 et 52 PA), il est donc recevable.

E. 2

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, ch. 2.2.6.5, p.

265). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal administratif fédéral définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (cf. art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 122 V 157 consid. 1a, ATF 121 V 204 consid. 6c; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 61.31 consid. 3.2.2; Alfred Kölz / Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd. Zurich 1998 n. 677).

E. 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.

E. 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.

E. 3.3

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 consid. 2 du 4 février 2003; Revue à l'intention des caisses de compensation [RCC] 1989 p. 330). Même après l'entrée en vigueur de l'ALCP, le degré d'invalidité d'un assuré qui prétend à une rente de l'assurance-invalidité suisse est déterminé exclusivement d'après le droit suisse. En effet, selon l'art. 40 par. 4 du Règlement (CEE) n° 1408/71, la décision prise par l'institution d'un Etat membre au sujet de l'état d'invalidité d'un requérant ne s'impose à l'institution de tout autre Etat membre concerné, qu'à la condition que la concordance des conditions relatives à l'état d'invalidité entre les législations de ces Etats soit reconnue à

l'annexe V, ce qui n'est pas le cas pour les relations entre la Suisse et chacun des autres États membres (ATF 130 V 253 consid. 2.4). Toutefois, conformément à l'art. 40 du Règlement (CEE) n° 574/72, lors de l'évaluation du degré d'invalidité, l'institution d'un État membre doit prendre en considération les documents et rapports médicaux ainsi que les renseignements d'ordre administratif recueillis par l'institution de tout autre État membre. Chaque institution conserve néanmoins la faculté de faire procéder à l'examen du requérant par un médecin de son choix.

E. 3.4

S'agissant du droit applicable, il convient encore de préciser que la présente procédure est régie par la teneur de la LAI et de son règlement d'exécution dans leur teneur en vigueur 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 novelle du 6 octobre 2006 (5e révision), entrées en vigueur le 1er janvier 2008 (RO 2007 5129), ne concernent donc pas la présente procédure.

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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).

E. 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 1er janvier 2004 ; Jurisprudence et pratique administrative des autorités d'exécution de l'AVS/AI [Pratique VSI] 1998 p. 126 consid. 3c).

E. 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).

E. 6.1

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.

E. 6.2

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).

E. 6.3

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).

E. 7.1

En l'espèce la décision de refus repose sur l'appréciation du F. _____ de l'OAIE, laquelle s'appuie sur la documentation médicale figurant au dossier. Celle-ci n'est pas très abondante, toutefois les avis médicaux concordent quant au diagnostic d'un status après carcinome mammaire gauche, mastectomie et lymphadénectomie chimiothérapie et radiothérapie. Aucun des médecins consultés n'observent de récurrence ou de métastase. C'est ce que confirme également le certificat du Dr B. _____ du 17 septembre 2007 (au demeurant de teneur strictement identique que celui qu'il avait rédigé en 2006) qui relève toutefois que ce type de cancer présente un haut risque de récurrence. Il ressort de l'expertise E 213 et des deux certificats du Dr B. _____ que la recourante subit encore pendant 5 ans une thérapie hormonale.

E. 7.2

L'incidence sur la capacité de travail de la recourante est moins le diagnostic de cancer du sein que celui, accessoire du premier, de lymphoedème du bras gauche. Celui était déjà évoqué en 2005 par le Dr D. _____ dans l'expertise E 213 qui relevait une légère augmentation volumétrique du bras gauche; en 2006, le rapport du service des urgences de l'hôpital Y. _____ qualifie les douleurs au bras gauche de tendinite du sus-épineux et les derniers certificats du Dr B. _____ quant à eux ne parlent que de limitations fonctionnelles du bras gauche. Toutefois, la capacité résiduelle de travail proprement dite n'est indiquée précisément par aucun des médecins consultés par la recourante. Certes, dans l'expertise E 213, le Dr D. _____ exclut la reprise de l'activité antérieure, sans pour autant s'exprimer clairement sur l'exigibilité d'activités adaptées et sur la mesure où elles pourraient être exercées. Il constate que la recourante est limitée dans ses recherches de travail car elle ne peut pas surélever son bras gauche ni porter des poids avec celui-ci. A la question de savoir si la patiente est susceptible de travailler sur écran, ce médecin répond par la négative invoquant son manque de formation. Dès lors, on comprend mal ce qui autorise le médecin de l'OAIE à imputer à la recourante une capacité de travail de 50 % dans son ancienne activité qui consistait à travailler sous serre, en tant qu'ouvrière agricole, ce qui nécessite à l'évidence une forte sollicitation de son bras gauche. Cette question peut toutefois restée ouverte compte tenu du fait que l'évaluation de l'invalidité a été établie sur la base du salaire susceptible d'être réalisé non pas à mi-temps dans l'activité antérieure mais à 90% dans un travail adapté aux limitations fonctionnelles que présente la recourante.

E. 7.3

Ce taux d'activité est celui que propose le Dr F. _____ de l'OAIE. Le Tribunal de céans ne voit pas de raison de s'en écarter, puisqu'il prend en compte de manière appropriée les

limitations fonctionnelles au bras gauche dont souffre la recourante et qui ressortent de la documentation médicale figurant au dossier. Celle-ci ne produit aucun document susceptible de le remettre en cause. Par ailleurs, elle n'exclut pas dans son écriture que, sous l'angle médical, un travail mieux adapté à son état de santé serait exigible; toutefois, elle le réfute pour des motifs (âge et formation) 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 déterminants (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'assurance-invalidité, 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). La reconnaissance de l'invalidité de la recourante par les autorités espagnoles ne doit pas être confondue avec la notion de capacité de travail résiduelle dans une activité convenable, seule pertinente pour la détermination du degré d'invalidité selon la législation suisse.

E. 7.4

Enfin, le TAF, suivant l'appréciation du service médical de l'OAIE, est d'avis que la recourante peut exercer à 90% une activité adaptée à son atteinte à la santé. Il est douteux toutefois que ce soit le cas depuis la date retenue par l'autorité, à savoir le 22 avril 2003, compte tenu du fait qu'elle a subi une intervention chirurgicale le 23 avril 2003, laquelle fut suivie d'un protocole de chimiothérapie et de radiographie. Ce point est cependant sans importance. En effet, en dérogation à l'art. 24 LPGA, l'art. 48 al. 2 LAI prévoit que si l'assuré présente sa demande 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, l'autorité de céans peut se limiter à examiner si la recourante avait droit à une rente le 18 octobre 2003 (soit 12 mois avant le dépôt de la demande) ou si le droit à une rente était né entre cette date et le 17 mai 2007, date de la décision sur opposition attaquée, marquant la limite dans le temps du pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATF 130 V 445 consid. 1.2 et 1.2.1). Rien dans le dossier ne laisse toutefois penser qu'une incapacité de travail post-opératoire eut été de durée à faire naître un droit à une rente limitée dans le temps.

E. 8

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

E. 8.1

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, en comparant le revenu que l'intéressé pourrait obtenir en exerçant une activité qu'on peut raisonnablement attendre (revenu d'invalidité) sur un marché du travail équilibré avec le revenu qu'il aurait eu s'il n'était pas devenu invalide (revenu sans invalidité). C'est la méthode ordinaire de comparaison des revenus (jusqu'au

31 décembre 2002: art 28 al. 2 LAI; du 1er janvier au 31 décembre 2003: art. 1 al. 1 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGGA; depuis le 1er janvier 2004: art. 28 al. 2 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGGA). Ne sont pas déterminants les critères médico-théoriques, mais bien plutôt les répercussions 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).

E. 8.1.1

La notion du marché équilibré du travail 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 qui relèvent 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'invalidé 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. 9.4) - 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).

E. 8.1.2

A cet égard, la recourante, âgée de 48 ans au moment de la décision litigieuse, était loin d'avoir atteint cet âge critique et les possibilités de mise en valeur de sa capacité résiduelle de travail sur un marché supposé équilibré subsistent (cf. arrêt du Tribunal fédéral I 819/04 du 27 mai 2005, consid. 2.2).

E. 8.2.1

Le gain d'invalidé est une donnée théorique, même s'il est évalué sur la base de statistiques. 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).

E. 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. 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'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).

E. 8.2.3

En l'espèce, la décision litigieuse fixe le revenu sans invalidité de la recourante à Fr. 3'679.-- par mois en se fondant sur les données résultant de l'ESS 2004 concernant le salaire auquel peuvent prétendre les femmes (niveau de qualification 3) dans le secteur de l'horticulture. 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 primaire en 2004 (42.8 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. 3'679.-- doit donc encore être adapté et s'élève en fait à Fr. 3'936.53 ainsi que l'autorité intimée l'a retenu à juste titre. Compte tenu du fait que la recourante n'est titulaire d'aucune formation, le niveau de qualification retenu est discutable. Toutefois, ce calcul étant favorable à la recourante, la question peut rester ouverte et ce chiffre peut être conservé..

E. 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 dans une activité qui ne nécessite pas de surélever le bras gauche ne rien porter de lourd avec ce membre. La moyenne de salaires ressortant de l'ESS 2004 dans les secteurs considérés (ouvrière non qualifiée, vente par correspondance, surveillante de musées 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. 3'794.70.

E. 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 consenti un abattement de 5 % sur le revenu d'invalidé de l'assurée pour tenir compte des circonstances personnelles et professionnelles du cas, ce qui aboutit à un salaire d'invalidé de Fr. 3'604.97. Bien que l'autorité aurait dû préciser les facteurs retenus, on comprend qu'il s'agit en l'espèce du fait que la recourante ne peut plus exercer que des activités moyennes à 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 et ce même après la déduction de 10% dû au rendement limité de la recourante qui porte le salaire d'invalidé déterminant à Fr. 3'244.47

E. 8.3

Le calcul comparatif des revenus fait apparaître un préjudice économique de 18% ($3'936.53 - 3'244.47 \times 100 / 3'936.53$) une fois arrondi au pour-cent supérieur (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 12 mars 2007 confirmée.

E. 9

Compte tenu du grief de la recourante qui semble considérer ses cotisations à l'AI suisse comme autant de versements d'épargne privée lui permettant d'exiger des prestations, il n'est pas inutile de brièvement rappeler que l'assurance-invalidité est basée sur le principe de la solidarité actuarielle. Ce fondement de solidarité, propre à toute assurance sociale, signifie que "plusieurs personnes indépendantes les unes des autres, réunies en collectivité, rassemblent des fonds dans le but commun, lorsque survient un événement précis à définir, d'aider l'un de ses membres en couvrant le dommage subi." (GABRIELA RIEMER-KAFKA, La solidarité, toile de fond des assurances sociales, Sécurité sociale [CHSS] 2/2007, p. 59). L'AI vise à couvrir un risque défini juridiquement qui, une fois qu'il se réalise, donne droit à une prestation prévue par la loi qui peut-être fournie soit partiellement soit totalement. Le financement de cette assurance se base principalement sur la capacité économique de l'assuré (par le biais, la plupart du temps, de cotisations salariales). Le seul fait d'avoir participé au financement du risque ne suffit pas pour toucher des prestations, il faut encore que les autres conditions prévues par la loi (cf. consid. 5.5, l'invalidité est une notion juridico-économique) soient satisfaites, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

E. 10.1

La décision litigieuse a été rendue après le 1er 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.

E. 10.2

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

E. 10.3

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.