

BVGer C-3593/2016 vom 23. August 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-08-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-3593_2016

FR: TAF C-3593/2016 du 23 août 2017

IT: TAF C-3593/2016 del 23 agosto 2017

Regeste

Assurance-invalidité (divers)

Erwägungen

E. 1.1

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

E. 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. dbis PA, la procédure en matière d'assurances sociales n'est pas régie par la PA dans la mesure où la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) est applicable. Selon l'art. 2 LPGA, les dispositions de ladite loi sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient. En application de l'art. 1 al. 1 LAI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26bis et 28 à 70), à moins que la LAI ne déroge expressément à la LPGA.

E. 1.3.1

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. La première condition est in casu remplie. La deuxième appelle un examen. Selon la jurisprudence, l'intérêt digne de protection consiste en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait; l'intérêt invoqué ne doit pas être juridiquement protégé mais peut être un intérêt de fait (ATF 131 II 649 consid. 3.1 p. 651; cf. aussi ATF 135 II 145 consid. 6.1 p. 150; 133 II 400 consid. 2.2 p. 404 s. et les arrêts cités ; arrêt du TF 9C_815/2012 du 12 décembre 2012 consid. 1). Or, pour ce qui a trait aux décisions concernant l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, seule la prestation constitue en principe l'objet du dispositif. Comme les bases de calcul de la rente octroyée relève, en règle générale, de la motivation de la décision d'octroi de prestations, elle ne peut faire partie du dispositif que dans la mesure où elle fait l'objet d'une décision en constatation. Seul le dispositif étant attaqué, il convient, en cas de contestation des

motifs d'une décision d'octroi de prestations, de rechercher si, dans le cas particulier, le dispositif n'est pas aussi remis en cause implicitement ou si le recourant a éventuellement un intérêt digne de protection à ce qu'il soit rendu une décision de constatation touchant le point contesté de la décision (cf. ATF 115 V 417 s. consid. 3b/aa et les arrêts cités ; arrêt du TF I 307/02 du 14 juillet 2003 consid. 2.2) et s'il se justifie qu'elle soit rendue au moment du présent recours (ATF 106 V 91 consid. 1).

E. 1.3.2

La demi-rente d'invalidité allouée à l'intéressé se fonde sur un revenu annuel moyen déterminant (RAM) de 112'800.- francs établi selon la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10) auquel renvoie l'art. 36 al. 2 LAI. Ce revenu est largement supérieur au RAM de 84'240.- francs à compter duquel l'assuré perçoit la rente maximale de son échelle de rente applicable 36 sur 44 compte tenu de ses années entières de cotisation et celles de sa classe d'âge (cf. art. 34 ss et 38 LAVS ; Tables des rentes 2013 applicables en 2014). Il s'ensuit que même si le Tribunal de céans devait conclure à une revalorisation des montants inscrits au compte individuel de l'assuré pour certaines années ce dernier ne percevra pas une demi-rente d'invalidité ni de demi-rentes d'invalidité pour enfant liées à la rente du père supérieures à celles déterminées à compter du 1er septembre 2014. Dans l'hypothèse où la rente d'invalidité est suivie « immédiatement » (Directives [DR] concernant les rentes AVS/AI cm 5652) d'une rente de vieillesse l'art. 33bis LAVS prévoit à l'al. 1 que lorsqu'une rente AVS succède à une rente AI la rente AVS doit être calculée sur la base des mêmes éléments que la rente AI s'il en résulte un avantage pour l'ayant droit ; il s'ensuit que dans cette hypothèse un RAM revalorisé à la suite de la présente procédure serait également sans effet pour l'assuré du fait que le RAM pris en compte est déjà supérieur au RAM fondant une rente maximale de l'échelle applicable. Par contre tel ne serait pas le cas si la rente AVS de l'assuré ne succède pas immédiatement à la rente AI car les éléments à la base de cette dernière rente ne peuvent plus être retenus. Il s'ensuit que l'assuré a un intérêt actuel à clarifier, en présence des parties intéressées la question de la revalorisation des années litigieuses de son CI pour le cas où, ne percevant plus de rentes AI, ses revenus par la suite assujettis à l'AVS seraient dans les années à venir moindres voire nettement moindres que le revenu annuel moyen déterminant retenu pour le calcul de la rente allouée à compter du 1er septembre 2014 et détermineraient par calcul de la moyenne un RAM inférieur au RAM maximal retenu pour le calcul actuel de la demi-rente AI. La deuxième condition de l'art. 59 LPGA est ainsi remplie. La nouvelle décision à rendre, cas échéant, ne pouvant qu'être en faveur de l'assuré, une réformatio in pejus n'entre pas en ligne de compte.

E. 1.4

Déposé en temps utile dans les formes requises par la loi (art. 60 LPGA et 52 PA) et l'avance sur les frais de procédure ayant été dûment effectuée, le recours est recevable.

E. 2.1

Le recourant est ressortissant français domicilié en France. 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), dont son annexe II qui règle la coordination des systèmes de sécurité sociale, est entré en vigueur le 1er juin 2002. Dans le cadre de l'ALCP la Suisse est aussi un « Etat membre » au sens des règlements de coordination (art. 1er al. 2 de l'annexe II de l'ALCP).

E. 2.2

Selon l'art. 1er al. 1 en relation avec la section A de l'annexe II dans sa version entrée en force le 1er avril 2012 (cf. la décision n° 1/2012 du Comité mixte du 31 mars 2012 remplaçant l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale [RO 2012 2345]), les parties contractantes appliquent entre elles le règlement (CE) du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (RS 0.831.109.268.1), modifié par le règlement du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 n° 988/2009 (JO L. 284 du 30 octobre 2009), et le règlement (CE) du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 no 987/2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) no 883/2004 (avec annexes) (RS 0.831.109.268.11). Les anciens règlements (CEE) n° 1408/71 et (CEE) 574/72 sont, selon l'art. 1er al. 1 en relation avec la section A ch. 3 et 4 dans la version en vigueur au 1er avril 2012 de l'annexe II à l'ALCP, applicables entre les parties contractantes dans la mesure où le règlement (CE) n° 883/2004 ou (CE) 987/2009 y fait référence ou lorsque des affaires qui ont eu lieu par le passé sont concernées (cf. ég. l'art. 87 al. 1 du règlement [CE] n° 883/2004 et l'ATF 138 V 533 consid. 2.2).

E. 2.3

Selon l'art. 4 du règlement (CE) n° 883/2004, à moins que le règlement n'en dispose autrement, les personnes auxquelles ce règlement s'applique - tels les ressortissants d'un Etat membre, les apatrides et les réfugiés ayant leur domicile dans un Etat membre auxquels les dispositions d'un ou plusieurs Etats membres sont ou étaient applicables et leurs survivants (cf. l'art. 2 du règlement) - bénéficient des mêmes prestations et sont soumises aux mêmes obligations, en vertu de la législation de tout Etat membre, que les ressortissants de celui-ci.

E. 3

Le droit matériel applicable est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants ou ayant des conséquences juridiques se sont produits, le juge n'ayant pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date de la décision litigieuse, sous réserve de dispositions particulières de droit transitoire (ATF 136 V 24 consid. 4.3 et les références; voir ég. ATF 139 V 297 consid. 2.1, ATF 130 V 445 consid. 1.2.1).

E. 4

La procédure dans le domaine des assurances sociales fait prévaloir la maxime inquisitoriale (ATF 138 V 206 consid. 6). Le TAF définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (cf. art. 12 PA). Il applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués par les parties (art. 62 al. 4 PA ; Fritz. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 1983, p. 212 ; Thomas Häberli, in : Waldmann/Weissenberger, op. cit., art. 62 n° 43), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (ATF 139 V 349, ATF 136 V 376 consid. 4.1, ATF 132 V 105 consid. 5.2.8; Pierre Moor / Etienne Poltier, Droit administratif, vol. II, 3e éd. 2011, p. 300 s.; Jérôme Candrian, Introduction à la procédure administrative fédérale, 2013, n° 176; Frésard-Fellay/Kahil-Wolff/Perrenoud, Droit suisse de la sécurité sociale II, 2015, p. 499). 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; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2e

éd. 2013, p. 25 n. 1.55). Elle ne tient pour existants que les faits qui sont prouvés, cas échéant au degré de la vraisemblance prépondérante (ATF 139 V 176 consid. 5.2). Les parties ont le devoir de collaborer à l'instruction (art. 13 PA, 43 LPG).

E. 5

L'objet de la contestation est le bien fondé du revenu annuel moyen déterminant (RAM) à la base du montant de la demi-rente AI allouée à l'assuré à compter du 1er septembre 2014 en application du total des revenus inscrits sur son compte individuel AVS (CI), lequel est contesté sous l'angle des revenus déterminants AVS qui ont été communiqués par l'entreprise employeur de l'intéressé à la caisse de compensation, à laquelle l'employeur a été affiliée, pour y être inscrits relativement aux années 1994-2005 et qui ont été communiqués par cette entreprise en sa qualité d'employeur, éventuellement en une autre qualité, à la caisse de compensation à laquelle l'entreprise a été affiliée, relativement aux années 2005 à 2013. Dans le cadre de l'objet de la contestation est parue litigieuse en cours de procédure devant le Tribunal de céans la nature juridique du contrat liant depuis 2005 l'intéressé à l'entreprise. Est singulièrement litigieux dans la présente affaire l'existence ou non d'une convention de salaire net si effectivement le contrat liant l'intéressé à l'entreprise depuis 2005 est un contrat de travail.

E. 6.1

Selon l'art. 36 al. 2 LAI, les dispositions de la LAVS sont applicables par analogie au calcul des rentes ordinaires. La période de cotisations, les revenus provenant d'une activité lucrative ainsi que les bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance sont déterminants dans le calcul du droit à la rente (cf. art. 29bis al. 1 LAVS). Pour chaque assuré tenu de payer des cotisations sont établis des comptes individuels (CI) où sont portées les indications nécessaires au calcul des rentes ordinaires. Le Conseil fédéral en a réglé les détails (art. 30ter al. 1 LAVS, 133 ss RAVS). Lors de la fixation des rentes, les caisses de compensation doivent se fonder sur les indications contenues dans les comptes individuels. Lorsqu'il n'est demandé ni extrait de compte ni rectification, ou lorsqu'une demande en rectification a été rejetée, la rectification des inscriptions ne peut être exigée, lors de la réalisation du risque assuré, que si l'inexactitude des inscriptions est manifeste ou si elle a été pleinement prouvée (art. 141 al. 3 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants [RAVS, RS 831.101]; ATF 130 V 335 consid. 4.1).

E. 6.2

En l'espèce, l'OAIE a retenu une période de cotisations non complète de mars 1981 à fin 2013 de 23 années et 2 mois et 21 années de bonifications pour tâches éducatives fondant une échelle de rente 36 tenant compte de la classe d'âge de l'assuré. Ces éléments du calcul de la rente sont non contestés. Le revenu annuel moyen déterminant (RAM) de 112'800.- francs est par contre contesté par le recourant en ce qui concerne les années 1994 à 2012 (2013 n'est pas contesté par l'intéressé), le recourant faisant valoir que des éléments de ses revenus (dont sous l'angle de l'existence d'une convention de salaire net ses propres cotisations sociales prises en charge par l'employeur) perçus durant les années précitées n'auraient pas été intégrés dans ses revenus annuels AVS déterminants communiqués par son employeur à la caisse de compensation à laquelle il était affilié, respectivement que celle-ci n'aurait pas effectué les contrôles nécessaires quant aux revenus déclarés. Il a conclu à une correction des revenus portés à son CI pour les années précitées.

E. 6.3

Selon l'art. 16 al. 1, 1^{ère} phrase LAVS intitulé « Prescription » les cotisations dont le montant n'a pas été fixé par voie de décision dans un délai de cinq ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle elles sont dues ne peuvent plus être exigées ni versées. Cette disposition s'applique aux assurés exerçant une activité lucrative dépendante. Selon la deuxième phrase, s'il s'agit des cotisations visées [à l'art. 8 al. 1 LAVS perçues sur le revenu provenant d'une activité indépendante] le délai n'échoit toutefois, en dérogation à l'art. 24 al. 1 LPGA (« Extinction du droit »), qu'un an après la fin de l'année civile au cours de laquelle la taxation fiscale déterminante est entrée en force. La troisième phrase prévoit que si le droit de réclamer des cotisations non versées naît d'un acte punissable pour lequel la loi pénale prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant. Contrairement à sa formulation le délai de l'art. 16 al. 1 LAVS est un délai de péremption et non pas de prescription (RCC 1992 p. 333 consid. 4 ; Michel Valterio, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS] et de l'assurance invalidité [LAI], 2011, n° 719). Ce délai ne peut donc ni être suspendu ni être interrompu (arrêt du TF H 413/99 du 5 septembre 2001 consid. 3a et les références ; Jacques Dubey / Jean-Baptiste Zufferey, Droit administratif général, 2014, n°1258 ss). Les cotisations dont le montant n'a pas été fixé par une décision notifiée dans les délais prévus à l'art. 16 al. 1 LAVS ne peuvent plus être exigées ni payées. Si lors de la survenance de l'événement assuré des cotisations n'ont pas encore fait l'objet d'une décision, seules les cotisations non prescrites peuvent être exigées après coup ou être compensées avec la rente (RCC 1963 p. 114 consid. 2 ; Valterio, op. cit., n° 728).

E. 6.4

Il s'ensuit de ce qui précède que, dans la présente affaire, seules des cotisations complémentaires à celles versées sur le compte de l'intéressé pourraient l'être pour les années 2012 et 2013 moyennant une décision rectificative de cotisations jusqu'à fin 2017 s'agissant notamment de l'année 2012 si le rapport juridico-économique liant l'intéressé à l'entreprise B._____ SA est un contrat de travail et pour les années 2011, 2012 et 2013 moyennant une décision rectificative de cotisations jusqu'à fin 2017 s'agissant notamment de l'année 2011 si l'intéressé dans le cadre du contrat le liant à B._____ SA est un indépendant. Cas échéant une décision fixant des cotisations plus élevées qu'évaluées dans le délai de l'art. 16 al. 1 LAVS pourra être nécessaire pour sauvegarder le délai sur le fond (cf. Valterio, op. cit., n° 720, 723 ; cf. ég. les art. 39 et 41 RAVS). Or, il résulte du dossier qu'une rectification éventuelle en 2017 des décisions de cotisations rétroactivement au plus à 2012 (en cas d'activité dépendante), respectivement 2011 (en cas d'activité indépendante) pourrait intervenir moyennant un nouveau contrôle des salaires/revenus déterminants AVS par la caisse C._____ dont il appert que les contrôles des années 2011 à 2013 n'ont été effectués que par sondage (cf. pce 15 annexe 2) et non éventuellement concernant l'intéressé. Le Tribunal de céans ne peut à ce sujet se prononcer en lieu et place de la caisse C._____ sur le bien-fondé d'une éventuelle correction du CI à compter des années précitées 2012, voire 2011 relativement à d'éventuels éléments additionnels aux revenus déclarés et retenus sur le CI de l'intéressé sous réserve de la question d'une éventuelle convention de salaire net à prendre en compte pour ces mêmes années (cf. infra consid. 8) si l'activité exercée par l'intéressé l'a été dans un rapport dépendant, question qui doit être examinée à titre liminaire (infra consid. 7).

E. 6.5

La correction du CI dans le cadre des art. 30ter al. 2 LAVS et 141 al. 3 RAVS n'est pas concernée par la prescription de l'art. 16 LAVS (cf. ZAK 1969 586 ; Ueli Kieser, Alters-

und Hinterlassenenversicherung, 3e éd. 2012, art. 30ter n° 3 ; Valterio, op. cit., n° 729).

E. 7.1

Chez une personne qui exerce une activité lucrative, l'obligation de payer des cotisations dépend, notamment, de la qualification du revenu touché dans un certain laps de temps; il faut se demander si cette rétribution est due pour une activité indépendante ou pour une activité salariée (cf. art. 5 et 9 LAVS, art. 6 ss RAVS). Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, le salaire déterminant comprend toute rétribution pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé; selon l'art. 9 al. 1 LAVS le revenu d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante. Le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques (ATF 140 V 241 consid. 4.2 et les références ; arrêts du TF 9C_213/2016 du 17 octobre 2016 consid. 3.2, 9C_796/2014 du 27 avril 2015 consid. 3.2). Les rapports de droit civil peuvent certes fournir, éventuellement, quelques indices, mais ils ne sont pas déterminants. D'une manière générale, est réputé salarié celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque encouru par l'entrepreneur (ATF 123 V 161 consid. 1; arrêt du TF 9C_213/2016 consid. 3.2). Ces principes ne conduisent cependant pas, à eux seuls, à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent en effet des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant toutes les circonstances de ce cas. Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (ATF 140 V 108 consid. 6; 123 V 161 consid. 1 et les références ; arrêt du TF 9C_213/2016 consid. 3.2).

E. 7.2

Les principaux éléments qui permettent de déterminer le lien de dépendance quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise sont le droit de l'employeur de donner des instructions, le rapport de subordination du travailleur à l'égard de celui-ci, ainsi que l'obligation de l'employé d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée. Un autre élément permettant de qualifier la rétribution compte tenu du lien de dépendance de celui qui la perçoit est le fait qu'il s'agit d'une collaboration régulière, autrement dit que l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur. En outre, la possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante (arrêts du TF 9C_1062/2010 du 5 juillet 2011 consid. 7.2 et les références, 9C_213/2016 consid. 3.3).

E. 7.3

Le risque économique d'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un tel risque le fait que la personne concernée opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de du croire, assume les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux

commerciaux (arrêts du TF 9C_624/2011 du 25 septembre 2012 consid. 2.2, 9C_1062/2010 du 5 juillet 2011 consid. 7.3 et les références; voir aussi ATF 119 V 161 consid. 3b). Le risque économique de l'entrepreneur n'est cependant pas à lui seul déterminant pour juger du caractère dépendant ou indépendant d'une activité. La nature et l'étendue de la dépendance économique et organisationnelle à l'égard du mandant ou de l'employeur peuvent singulièrement parler en faveur d'une activité dépendante dans les situations dans lesquelles l'activité en question n'exige pas, de par sa nature, des investissements importants ou de faire appel à du personnel. En pareilles circonstances, il convient d'accorder moins d'importance au critère du risque économique de l'entrepreneur et davantage à celui de l'indépendance économique et organisationnelle (arrêt du TF 9C_364/2013 du 23 septembre 2013 consid. 2.2 et les références).

E. 7.4

Les agents ou représentants de commerce doivent normalement être considérés comme des salariés, à moins que l'ensemble des circonstances du cas d'espèce ne conduisent à admettre l'existence d'une activité indépendante. Pour juger si l'on a affaire à un salarié ou à un indépendant, il n'importe pas de savoir si les rapports de service sont régis par un contrat de voyageur de commerce ou par un contrat d'agence au sens du droit des obligations. D'une manière générale, les représentants de commerce jouissent d'une grande liberté quant à l'emploi de leur temps et à l'organisation de leur travail; cependant, il est rare qu'ils doivent supporter un risque économique égal à celui de l'entrepreneur. En effet, le risque encouru se limite le plus souvent au fait que le gain dépend du succès personnel des affaires réalisées. Dès lors, il ne peut être considéré comme étant celui d'une personne exerçant une activité indépendante que si l'agent a dû opérer des investissements d'une certaine importance ou rétribuer lui-même du personnel (arrêts du TF 9C_796/2014 du 27 avril 2015 consid. 3.4, 9C_946/2009 du 30 septembre 2010 consid. 5.1, in SVR 2011 AHV n° 11 p. 33; voir également arrêt H 14/87 du 24 août 1987 consid. 2b et les références, in RCC 1988 p. 398).

E. 7.5

En l'espèce, sous l'angle du risque économique encouru par l'agent, il sied de relever que celui-ci s'est limité au fait que le gain de l'intéressé dépendait du succès personnel des affaires réalisées. Il n'appert pas du dossier que l'intéressé ait eu d'autres frais que ceux principaux liés au véhicule utilisé, aux kilomètres parcourus mensuellement, aux frais d'hébergement à l'extérieur dans le cadre de l'activité professionnelle exercée, pris en compte par B. _____ SA dans ses fiches de décomptes de commissions, spécifiés hors base salaire AVS (correspondant selon l'économie du contrat à des montants de frais remboursés vu leur non intégration dans le montant soumis à l'AVS). Il appert également du dossier que l'intéressé n'a exercé qu'une activité pour la seule entreprise B. _____ SA établissant une dépendance économique envers cette entreprise. Si pendant plusieurs années la prise en compte forfaitaire de frais sur ses commissions à hauteur de 30% de celles-ci a été la règle, l'intéressé a dès 2006 dû produire un décompte de frais à l'entreprise B. _____ SA, accroissant ce faisant une subordination économique. Il apparait du dossier, notamment du contrat d'agence entre les parties, que l'intéressé jouissait d'une grande liberté quant à l'organisation de son travail, le succès des contrats passés avec la clientèle étant l'élément déterminant de la collaboration. Cet aspect n'est cependant pas déterminant du fait de l'entière dépendance économique de l'intéressé envers B. _____ SA et le fait que le risque assumé par l'intéressé était limité à son succès personnel sans prise en charge de l'existence d'une structure opérationnelle propre, d'investissements, de recours à du personnel. Il appert

également de l'art. 16 du contrat d'agent signé en 2005 et appliqué jusqu'au 17 janvier 2013 une totale dépendance économique de l'agent envers B. _____ SA par le fait que selon cet article l'agent ne devait « échanger aucune correspondance avec les clients » et que seule B. _____ SA décidait des modalités de suivi des affaires conclues. Une telle disposition est par essence inconciliable avec l'existence d'une activité indépendante d'un agent. Que le contrat d'agent prévoie à son art. 13 l'exercice d'une activité pour B. _____ SA tout en gardant une indépendance au sens des art. 418a-v CO sur le contrat d'agence et que l'intéressé doive prendre sur lui le maintien de ses assurances sociales ne sont pas déterminants car est déterminant au sens des dispositions de la LAVS la structure économique de l'activité exercée par une personne en relation avec une autre. Par ailleurs il appert du dossier qu'en procédant année après année à l'annonce des éléments du salaire déterminant de l'intéressé à sa caisse de compensation, B. _____ SA a agi sur la durée indubitablement en qualité d'employeur de l'intéressé avec toutes les obligations liées d'un employeur pour les décomptes des salaires déterminants AVS communiqués. Le fait que B. _____ SA ait systématiquement indiqué dans l'annonce des revenus de l'intéressé à sa caisse de compensation que cela était fait dans le but de s'éviter ultérieurement des reprises AVS et ait sollicité l'envoi d'une facture de cotisations distincte n'a aucune incidence sur la nature de la démarche de B. _____ SA. Cette entreprise n'a d'ailleurs pas communiqué les éléments à mettre sur le CI de l'intéressé pour le compte et en représentation de celui-ci en indiquant que son activité devait être considérée comme indépendante. B. _____ SA a toujours agi envers la caisse de compensation s'agissant de l'intéressé en qualité d'employeur comme elle l'a également fait vis-à-vis des autorités fiscales genevoises de l'impôt à la source et à l'occasion d'attestations établies dont en dernier lieu en date du 22 mai 2013 (cf. pce 28 annexe 4) alors qu'elle avait signé avec l'intéressé un contrat d'agent selon l'art. 418a-v CO en date du 18 janvier 2013 (cf. l'art. 13 du contrat). Il s'ensuit de ce qui précède que l'intéressé a travaillé durant toute la période de son activité pour B. _____ SA en tant que salarié de cette entreprise.

E. 8.1

L'activité exercée par le recourant pour B. _____ SA ayant été de type dépendante, est litigieuse la question de savoir s'il y a lieu de considérer, au vu des décomptes de commissions établis et des montants virés à l'intéressé mensuellement de 2005 à 2012, l'existence d'une convention de salaire net ayant pour incidence que pour les années 2005 à 2012 les montants inscrits au CI de l'assuré soient majorés de la part des cotisations sociales du salarié. En effet dans le cas d'une convention de salaire net l'employeur prend à sa charge les cotisations sociales du salarié, or le montant y relatif est un élément du salaire déterminant AVS (art. 7 let. p RAVS ; cf. OFAS, Conversion des salaires nets en salaires bruts AVS/AI/ AOG/AC). La convention de salaire net est régie par le droit civil ; il s'agit d'un élément du contrat de travail (art. 319 ss CO) si elle a été convenue, son existence relève de l'interprétation du contrat de travail nécessitant de rechercher la réelle et commune intention des parties (art. 18 CO). En cas de litige relativement à un contrat de travail existant ou dont les créances entre les parties ne sont pas prescrites (cf. l'art. 128 ch. 3 CO prévoyant un délai de prescription de 5 ans pour les actions des travailleurs pour leurs services), il appartient cas échéant au juge civil d'établir ou non son existence et les droits de créance liés compte tenu aussi de l'art. 16 LAVS (cf. supra consid. 6.3). Au-delà, dans le cadre d'un litige concernant l'AVS, il appartient à l'administration, respectivement au juge de la juridiction administrative compétente, d'établir à l'aune des art. 30ter al. 2 LAVS, 138 al. 1 et 141 al. 2 RAVS s'il doit être retenu ou non l'existence d'une convention de salaire

net au vu des actes (cf. RCC 1957 p. 367 cause H.G., spéc. 370, voir ég. RCC 1957 p. 407 cause M.B. spéc. p. 408 consid. 3). Partant et contrairement à l'avis de l'autorité inférieure il appartient au Tribunal de céans de se prononcer sur la question litigieuse de l'existence ou non d'une convention de salaire net pour les années 2005 à 2011 sur la base des art. 30ter al. 2 LAVS, 138 al. 1 et 141 al. 2 RAVS.

E. 8.2

Bien que l'art. 14 al. 1 LAVS énonce que les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante sont retenues lors de chaque paie, les conventions de salaire net ne sont pas interdites (cf. RCC 1988 p. 82 ss). Selon les Directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI, et APG (DP ; cf. ég. Valterio, op. cit., n° 601 ss), l'employeur et le salarié peuvent convenir que l'employeur assume également le paiement de la cotisation du salarié, c'est-à-dire alloue un salaire franc de déductions (cm 2019). Cette convention peut être conclue explicitement ou par acte concluant. L'indice en faveur d'une telle convention peut être le fait que l'employeur s'abstienne pour une période assez longue de retenir la cotisation sur le salaire, quand bien même il connaît son obligation d'effectuer cette retenue (cm 2020). La convention de salaire net est régie par le droit civil. Il appartient au salarié d'en prouver l'existence ou de la rendre tout au moins vraisemblable (cm 2021). S'il y a eu convention de salaire net, les cotisations du salarié sont réputées avoir été acquittées par le salarié. Le revenu du travail est dès lors inscrit dans le compte individuel du salarié, en vertu des art. 30ter al. 2 LAVS et 138 al. 1 RAVS, même si l'employeur n'a pas acheminé les cotisations à la caisse de compensation (cm 2022). Pour la perception des cotisations, le salaire net versé doit être majoré de la part salariale des cotisations AVS/AI/APG/AC et, le cas échéant, du montant des impôts dus par le salarié et pris en charge par l'employeur (cm 2023).

E. 8.3

La ratio legis de l'art. 30ter al. 2 LAVS et de l'art. 138 al. 1 RAVS a pour but de protéger les salariés contre le risque de voir l'employeur retenir les cotisations sur les salaires et de ne pas les verser à la caisse de compensation (RCC 1953 cause H.F. consid. 2 p. 405). Pour que l'on puisse inscrire les cotisations il faut que l'employeur ait effectivement déduit les cotisations sur le salaire brut (arrêt du TF 9C_769/2008 du 21 août 2009 consid. 3.3) ou qu'il ait enfreint l'accord passé avec le salarié selon lequel il devait verser à la caisse de compensation les cotisations qui font économiquement partie du salaire et viennent s'ajouter à celui-ci (RCC 1953 cause H.F. consid. 2 p. 405; Valterio, op. cit., n° 757). En effet, « que l'employeur ne verse pas à la caisse des cotisations ainsi mathématiquement déduites du salaire ou qu'il enfreigne ses obligations alors qu'il a convenu le versement d'un salaire net, cette distinction ne peut jouer aucun rôle pour déterminer si la cotisation du salarié doit ou non être inscrite dans le compte au sens de l'art. 138, 1er alinéa, RAVS » (RCC 1953 cause H.F. consid. 2 p. 407). Selon un arrêt du Tribunal fédéral H 213/04 du 10 mai 2005 il n'y a matière à rectification [du CI] que si la preuve absolue est rapportée qu'un employeur a effectivement retenu des cotisations AVS sur les revenus versés ou qu'une convention de salaire net a été fixée entre cet employeur et le salarié, établir l'exercice d'une activité lucrative ne suffisant pas. Cet arrêt s'est référé à l'ATF 117 V 261 (265) consid. 3d lequel a cependant précisé après un examen détaillé que l'art. 141 al. 3 RAVS - qui exige pour qu'une rectification du CI puisse avoir lieu que l'inexactitude des inscriptions soit manifeste ou si elle a été pleinement prouvée - ne prescrivait pas que l'assuré seul devait apporter la preuve exigée, aucun motif ne justifiant aussi à l'aune du droit d'être entendu une

interprétation contraire, qu'en l'occurrence le caractère « pleinement prouvé » au sens du degré de la preuve requis correspondait à celui ordinairement requis en matière des principes de procédure du droit des assurances sociales faisant référence à la vraisemblance prépondérante. Cette appréciation de la preuve se retrouve aux cm 2020 et 2021 des DP (cf. supra consid. 8.2). Elle implique en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 193 consid. 2, 117 V 264 consid. 3b et les références).

E. 8.4

En l'espèce il appert de l'art. 14 al. 2 du contrat d'agent signé en 2005 que « B. _____ SA déclare à l'AVS le montant des commissions nettes pour autant que l'agent n'a pas amené la preuve qu'il s'en acquitte lui-même ». La disposition telle que rédigée énonce un engagement de principe de l'entreprise de déclarer à l'AVS les commissions nettes perçues de l'intéressé et réserve subsidiairement le fait de ne pas procéder à la communication si l'intéressé a fourni la preuve de s'en être acquitté. In casu l'obligation de l'employeur intervient en premier lieu, dans tous les cas elle implique une communication en conformité de la législation si l'entreprise y procède. Durant les années 2005 à 2012 B. _____ SA a établi des décomptes de commissions indiquant clairement ne pas comptabiliser de déductions pour charges sociales mais a déduit l'impôt à la source du versement net et a communiqué année après année les commissions nettes perçues par l'intéressé à sa caisse de compensation. Ce mode de procéder réitéré année après année relève de l'application typique ouverte d'une convention de salaire nette « par acte concluant », « l'employeur [s'abstenant] pour une période assez longue de retenir la cotisation sur le salaire, quand bien même il connaît son obligation d'effectuer cette retenue » (DP, cm 2020). Le salarié a été clairement informé chaque année et tout au long de l'année qu'aucune déduction de cotisations sociales n'a été effectuée sur ses commissions nettes versées tout en ayant été également informé que les communications nécessaires ont néanmoins été faites à la caisse de compensation. Le fait que l'intéressé ait eu connaissance que les obligations de communication envers la caisse de compensation aient été effectuées est établi. L'employeur a en effet indiqué qu'à chaque fois l'intéressé justifiait n'avoir pas effectué de démarches en France lui-même au motif d'un coût trop important ou en raison d'un manque de temps. Partant l'intéressé était en droit de considérer, comme il l'a invoqué, avoir été au bénéfice d'une convention de salaire net dont les communications de revenus ont été effectuées conformément aux modalités applicables à la détermination des revenus AVS déterminants. Que les communications aient été effectuées de façon erronées, sans ajout aux commissions nettes de la part des cotisations sociales de l'assuré salarié prise en charge par l'employeur à titre de supplément de salaire, ne peut être imputé au salarié, il appartenait en effet à l'employeur d'y procéder selon les exigences relatives aux salaires nets versés et à la caisse de compensation, qui avait connaissance d'une situation particulière de paiement des cotisations par l'employeur (le journal des inscriptions indiquait chaque année « empl. paye les cot. ») se renouvelant chaque année, de contrôler avec l'attention nécessitée par les circonstances particulières la détermination correcte des salaires AVS déterminants.

E. 8.5

Vu ce qui précède, il doit être admis l'existence d'une convention de salaire net entre B. _____ SA et l'intéressé entre 2005 et 2011 et, étant donné que B. _____ SA s'est

prononcée dans le cadre de la présente procédure quant à son mode de décompte sur l'année 2012 à titre d'exemple valant pour toutes les années de 2005 à 2012 (cf. supra L in fine), également en 2012. S'agissant de l'année 2012 il sied en effet de relever, bien que cette année ne ressortisse pas à la cognition de ce tribunal (cf. supra consid. 8.1), qu'il n'appert pas des actes de la cause et de l'instruction effectuée, qu'il y ait lieu d'opérer des distinctions quant aux faits à la base du litige s'agissant de la question de l'existence ou non d'une convention de salaire net (de 2005 à 2012 décomptes de commissions uniformes, même mode d'annonce à la caisse de compensation par l'employeur des revenus de l'intéressé ; cf. supra G et L). Il s'ensuit que le compte individuel de l'intéressé doit être revalorisé des montants correspondant à ses cotisations sociales de salarié relativement aux années 2005 à 2011 et également 2012 et qu'une nouvelle décision d'octroi de rente prenant en compte le nouveau revenu annuel moyen déterminant résultant de la revalorisation devra être notifiée à l'assuré. Préalablement l'intimé invitera la caisse de compensation C. _____ à se prononcer sur le salaire déterminant AVS des années 2012 et 2013 (examen des décomptes de frais, examen de la convention de mise à disposition d'une voiture également à des fins privées) sur la base de l'ensemble des pièces nécessaires à cette fin que la caisse requerra de l'employeur. Il sied en effet de relever que pour les années 2011 à 2013 l'employeur n'a fait l'objet que d'un contrôle par sondage et que les particularités de la situation de l'intéressé a pu échapper au contrôle.

E. 9

Dans ses écritures le recourant a invité le Tribunal de céans à intervenir auprès de la caisse de pension de son employeur afin que sa situation en matière de prévoyance professionnelle soit régularisée (pce TAF 16). L'autorité de céans étant une juridiction de recours sur décision des domaines de sa cognition (art. 31 ss LTAF), il ne peut être entré en matière sur cette conclusion. L'intéressé, dont l'activité a été de type salariée, est invité, cas échéant, à faire valoir ses prétentions en un premier temps simultanément auprès de son employeur et de l'institution de prévoyance professionnelle de ce dernier.

E. 10

Selon la jurisprudence la partie qui a formé recours contre une décision en matière de prestations sociales est réputée avoir obtenu gain de cause lorsque la cause est renvoyée à l'administration pour instruction complémentaire et nouvelle décision (ATF 132 V 215 consid. 5.6).

E. 11

Vu l'issue du recours il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 63 al. 2 PA). L'avance de frais de 800.- francs fournie par le recourant en cours de procédure lui est restituée.

E. 12

Conformément aux art. 64 al. 1 PA et 7 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), le Tribunal alloue à la partie ayant obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés par le litige. En matière d'assurances sociales a obtenu gain de cause la partie dont l'issue de la procédure de recours l'a placée dans une situation de droit préférable à celle résultant de la fin de la procédure administrative ou dont l'issue du recours est un renvoi à l'autorité inférieure pour complément d'instruction et nouvelle décision (ATF 117 V 401 consid. 2c, ATF 132 V 215 consid. 6.2 ; voir aussi TF 9C_846/2015 consid. 3 et 9C_654/2009 consid. 5.2). En l'espèce,

le recourant a interjeté recours par lui-même sans se faire représenter. Il ne peut être retenu bien que ses écritures ait été importantes qu'il ait eu concrètement des frais indispensables et relativement élevés au sens de l'art. 64 al. 1 PA. Il ne lui est pas alloué de dépens.

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