

## **GE\_GERICHTE A/4384/2010 vom 16. August 2011**

GE Cour de justice, 2011-08-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_4384\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_4384_2010)

FR: GE\_GERICHTE A/4384/2010 du 16 août 2011

IT: GE\_GERICHTE A/4384/2010 del 16 agosto 2011

### **Volltext**

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 16.08.2011  
A/4384/2010

A/4384/2010 ATAS/729/2011 du 16.08.2011 ( AVS ) , PARTIELMNT ADMIS En fait En droit RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/4384/2010 ATAS/729/2011 COUR DE JUSTICE Chambre des assurances sociales Arrêt du 16 août 2011 2 ème Chambre En la cause Monsieur D \_\_\_\_\_, domicilié à Cranves-Sales, France, représenté par XK \_\_\_\_\_ PARTNERS SA recourant contre CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, sise route de Chêne 54, 1208 Genève intimée EN FAIT Monsieur D \_\_\_\_\_ (ci-après l'assuré ou le recourant), né en 1965, est domicilié en France. Il bénéficie d'une autorisation frontalière valable pour toute la Suisse (permis G). Il ressort du Registre du commerce que l'assuré exploite une entreprise individuelle, X \_\_\_\_\_, inscrite le 17 avril 2008, sise à Confignon, dont le but est le conseil en distribution de matériel de nettoyage. L'assuré est également associé gérant président de la société Y \_\_\_\_\_ Sàrl, inscrite le 1 er avril 2009, sise à Bernex, dont le but est l'exploitation d'un kiosque café presse, vente de journaux, tabac et articles de diverses natures. Enfin, il est au bénéfice d'une signature (procuration collective à deux) au sein de Z \_\_\_\_\_ Sàrl, inscrite le 16 août 2007, sise à Genève, dont le but est l'exploitation d'un café-restaurant, achat, vente, exploitation et gérance d'établissements publics dans le domaine de la restauration et de l'hôtellerie. Le 23 avril 2008, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la Caisse ou l'intimée), après avoir constaté que l'assuré était titulaire de X \_\_\_\_\_, lui a demandé de remplir un questionnaire d'affiliation pour personnes de condition indépendante. Sans réponses de l'assuré, la Caisse l'a relancé par pli du 5 novembre 2009. Un nouveau rappel a été envoyé le 11 janvier 2010. Le 25 janvier 2010, l'assuré a adressé à la Caisse le questionnaire d'affiliation. Il y mentionne que le conseil en distribution de matériel de nettoyage est son activité principale et qu'il n'exerce pas, parallèlement, d'autres activités indépendantes en Suisse ou dans un ou plusieurs États de l'Union européenne (UE). Son entreprise n'occupe pas de personnel rémunéré. Il demande à être affilié auprès de l'intimée comme indépendant. Il produit, avec le questionnaire, les pièces suivantes: Un contrat de sous-location d'un bureau de 60m<sup>2</sup> à Confignon, conclu entre l'assuré (sous-locataire) et l'entreprise XA \_\_\_\_\_ (locataire), pour un loyer mensuel de 250 fr. dès le 1 er avril 2008; Trois factures établies en Euros à l'attention d'un client, la société Sàrl XB \_\_\_\_\_, pour de la téléprospection (année 2008); Un bilan au 31 décembre 2008 et un compte de résultat de l'exercice 2008 dont il résulte un bénéfice de 4'206 fr. 32. Par décision du 7 avril 2010, la Caisse a retenu que l'assuré doit être considéré comme un voyageur (voyageur de commerce, représentants, agents, etc.) dépendant (salarié). Les voyageurs sont considérés comme indépendants à la condition qu'ils supportent un véritable risque économique d'entrepreneur, c'est-à-dire qu'ils disposent d'une propre organisation dans le cadre de leur activité. Une telle organisation

existe à la condition que le travailleur indépendant utilise ses propres locaux commerciaux ou en loue, occupe du personnel et supporte lui-même la majeure partie de ses frais. Or, selon l'intimée, aucune de ces conditions ne serait réalisées. Aussi, il appartient à la société XB \_\_\_\_\_, pour qui l'assuré travaillerait, de retenir les cotisations AVS/AI/APG et AC sur les sommes qu'elle lui paie. Copie de cette décision a été notifiée à XB \_\_\_\_\_ et à la Fédération des entreprises romandes. Le 29 avril 2010, l'assuré s'est opposé à cette décision par l'intermédiaire de son représentant, l'entreprise individuelle XA \_\_\_\_\_, soit pour elle M. E \_\_\_\_\_. Il indique qu'il utilise ses propres locaux (loyer annuel de 3'000 fr. à Genève et de plus de 13'500 fr. au Maroc) et qu'il assume la totalité des frais généraux. Il s'étonne par ailleurs qu'il soit obligé d'occuper du personnel pour être considéré comme indépendant. Il relève enfin qu'il n'a aucun lien de subordination avec ses clients et qu'il organise son travail à son gré. Il produit une ventilation de son chiffre d'affaire pour l'année 2009, lequel s'élève à 139'625 fr. 35 et se décompose comme suit: XC \_\_\_\_\_ (Fillinges, France): 2'445 fr.; XD \_\_\_\_\_ (Marseille, France): 19'830 fr.; XB \_\_\_\_\_ (Genève): 22'178 fr. 85; XE \_\_\_\_\_ Sàrl (Nyon): 456 fr.; XF \_\_\_\_\_ (Annemasse, France): 63'603 fr.; Y \_\_\_\_\_ Sàrl (Bernex): 26'800 fr.; XG \_\_\_\_\_ (Fillinges, France): 2'475 fr.; XH \_\_\_\_\_ (Biarritz, France): 360 fr.; XI \_\_\_\_\_ (Paris, France): 577 fr. 50; XJ \_\_\_\_\_ (Gerona, Espagne): 900 fr. Quant au frais généraux, ils se décomposent en loyers en Suisse (3'000 fr.) et au Maroc (13'500 fr.), en frais de communication (7'200 fr.), en frais de gestion (2'200 fr.), en frais de déplacements (871 fr. 35) et en coûts de prestations (68'617 fr. 50). L'achat d'un logiciel de prospection téléphonique s'est élevé à 9'000 fr. Par décision du 9 décembre 2010, la Caisse a rejeté l'opposition. Elle considère, d'une part, que l'assuré est un voyageur de commerce dépendant dès lors qu'il n'occupe pas de personnel et que le local qu'il occupe, à 250 fr. par mois, ne saurait être qualifié comme local commercial, à défaut d'y développer une activité commerciale clairement identifiable. D'autre part, la Caisse constate que l'assuré met ses services à disposition de plusieurs entreprises en Suisse et dans l'UE, dont la plupart sont sises dans son pays de résidence, la France. En raison des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, l'assuré doit donc être dans tous les cas assujetti en France, Etat compétent pour l'examen de sa situation et le prélèvement des charges sociales. Le 23 décembre 2010, l'assuré saisit, par l'intermédiaire de son représentant, la société XK \_\_\_\_\_ SA, soit pour elle M. E \_\_\_\_\_, le Tribunal cantonal des assurances sociales (la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011) d'un recours contre cette décision. Il invoque que le dossier a été traité d'une manière trop superficielle et que les conclusions sont trop hâtives. Il doit être considéré comme indépendant et est en mesure de fournir de plus amples informations sur son activité. Par communications du 3 janvier 2011, la Cour accorde un délai à l'intimée au 31 janvier 2011 pour se déterminer sur le recours et un délai au 13 janvier 2011 au recourant pour lui communiquer une procuration. Faute de réaction du recourant dans le délai imparti, la Cour de céans lui accorde, le 26 janvier 2011, un ultime délai au 3 février 2011 pour lui communiquer une procuration, ainsi qu'un délai au 16 février 2011 pour motiver son recours et communiquer des informations qui justifient un statut d'indépendant, sous peine d'irrecevabilité. Le même jour, la Cour annule le délai fixé à l'intimée au 31 janvier 2011 pour répondre, en l'informant qu'un nouveau délai sera fixé ultérieurement. Par pli du 27 janvier 2011, l'intimée maintient sa position et conclut au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité (vu l'absence de motivation). Le 31 janvier 2011, le recourant adresse à la Cour une procuration dûment signée par ses soins, autorisant XK \_\_\_\_\_ SA à le représenter dans le cadre de la

présente cause. Par écriture du 17 février 2011, le recourant explique qu'il est actif dans le domaine du "marketing opérationnel", soit la promotion de ventes hors publicité. L'objectif est de renforcer la notoriété de ses clients, de trouver, pour leur compte, de nouveaux clients et de fidéliser ces derniers. Dans la pratique, le recourant contacte une entreprise, comme par exemple XB\_\_\_\_\_. Il analyse l'activité de la société, identifie la typologie de la clientèle et met en place un ou des outils d'aide à la prospection. Ainsi, il achète des listings de prospect et prépare un argumentaire téléphonique qui permet de remplir un questionnaire. Il analyse ces questionnaires en fonction de critères définis avec le mandataire et fournit un fichier qualifié au service de prospection (vendeur) du client. Par exemple, si son client est un garage automobile, le recourant ne produit pas un fichier avec des personnes qui n'ont pas de permis de conduire. Son chiffre d'affaire est constitué par la facturation de la vente des fichiers qualifiés et non de la vente des produits de ses clients. Le prix de revient est constitué du coût d'achat d'un fichier brut, du traitement téléphonique et de son analyse. Pour exercer son métier, le recourant a besoin d'une place de travail et d'un équipement informatique. Ainsi, son activité ne peut pas être assimilée à celle d'un voyageur de commerce, car il ne vend pas les produits, ni les services de ses clients à des tiers, mais des fichiers qualifiés à ses mandataires. Par ailleurs, dès lors que son activité se fait essentiellement par téléphone, il n'est pas nécessaire d'avoir un local de type traditionnel, de sorte qu'une simple place de travail est suffisante. Il ajoute qu'il a dû faire appel à un informaticien pour créer un logiciel unique qui génère les analyses qu'il fournit à ses clients. Par communication du 21 février 2011, la Cour de céans accorde à l'intimée un délai au 14 mars 2011 pour lui communiquer ses observations. Par pli du 4 mars 2011, l'intimée maintient ses conclusions telles que développées dans la décision querellée ainsi que dans son pli du 27 janvier 2011. Une audience de comparution personnelle des parties s'est tenue le 29 mars 2011. Le recourant déclare qu'en 2008, il a entrepris de mettre sur pied un système de création de fichiers qualifiés, en ce sens qu'il s'agit, en procédant par questionnaires, de sélectionner des clients potentiels pour des entreprises. Par exemple, il sélectionne les propriétaires de villas (pour les entreprises d'alarmes) et les entreprises de nettoyage (pour les entreprises de systèmes professionnels de nettoyage). Il sous-traite les questionnaires au Maroc, puis, lorsque le fichier est constitué, le transmet par courriel à son client, soit l'entreprise qui souhaite faire de la prospection de clients. C'est l'entreprise qui contacte ses clients potentiels. Il habite en France, mais a essentiellement travaillé en Suisse, comme salarié et gérant de sociétés. Il sous-loue une place de travail chez M. E\_\_\_\_\_, mais travaille essentiellement depuis son logement et son activité peut fort bien s'exercer par mail et par téléphone. Il y a certains clients qu'il n'a jamais rencontrés. L'importante différence entre les honoraires perçus de l'un ou l'autre de ses clients tient à l'ampleur des mandats. Un client peut souhaiter obtenir des fichiers pour un secteur géographique très limité et l'autre pour de nombreuses régions, ce qui explique la différence de prix. Certains marchés ne sont plus porteurs, en particulier celui des panneaux solaires pour lesquels, en raison de la suppression des avantages économiques en France, les clients ne prospectent plus de la même manière. Il a également renoncé aux mandats avec certains clients, mauvais payeurs et situés en France, ce qui rend le recouvrement difficile. En 2010, son chiffre d'affaires est réparti à raison de deux tiers en provenance de clients suisses et un tiers de clients français. Depuis février 2011, il n'a plus de clients en France. Il a diversifié le moyen de faire de la prospection, car les questionnaires par téléphone agacent. Il s'agit de faire du marketing événementiel, c'est-à-dire dans le cadre d'une foire par exemple, proposer aux badauds une photo sur un support publicitaire. Ce support permet ensuite de se

connecter sur internet et de répondre au questionnaire pour l'entreprise en question. Sur cette base, l'entreprise peut ensuite prospecter, par courriels, SMS, etc. Par ailleurs, il est associé-gérant de X\_\_\_\_\_ Sàrl qui gère un kiosque propriété de Naville. Il y travaille, car son activité pour X\_\_\_\_\_ ne génère pas un revenu suffisant. Son activité pour la Sàrl est facturée par X\_\_\_\_\_ et correspond à la moitié du chiffre d'affaires (de Y\_\_\_\_\_). Enfin, il travaille aussi dans un restaurant propriété de Z\_\_\_\_\_ Sàrl, dont un ami est le gérant. Il est payé 800 fr. par mois et ce montant est en réalité facturé par X\_\_\_\_\_ à Z\_\_\_\_\_ Sàrl. Il ajoute avoir été gérant de XL\_\_\_\_\_ de 2002 à 2007, puis, en raison de problèmes avec son associé, il a vendu l'affaire. La représentante de l'intimée déclare que même si l'essentiel du chiffre d'affaires provient de clients suisses depuis 2010, l'assuré exerce son activité également en France, soit au lieu de son domicile. Compte tenu du fait qu'il s'agit de son pays de résidence, c'est à cet endroit qu'il doit être assujéti, en application des bilatérales. Par ailleurs, compte tenu des explications données, il est douteux que l'activité puisse être qualifiée de voyageur (représentant), car l'assuré ne vend pas directement les produits aux clients finaux. En conséquence, l'exigence des trois critères cumulatifs mentionnés dans la décision n'a plus lieu d'être, de sorte que l'intimée pourrait admettre que l'assuré est indépendant. Suite à une remarque de la Caisse, le recourant indique que depuis avril 2009, il n'est pas à la maison du matin au soir, sauf les week-ends, et il travaille essentiellement dans le bureau dont il dispose au sous-sol du centre commercial dans lequel se trouve Y\_\_\_\_\_ Sàrl. Le but de X\_\_\_\_\_ est pour l'instant limité au conseil en distribution de matériel de nettoyage, car ses premiers clients étaient des sociétés actives dans ce domaine. Il s'est ensuite diversifié dans les alarmes, le solaire et l'esthétique. La nouvelle technique utilisée permettra de diversifier encore plus ses domaines. La licence qu'il a dû acquérir n'est valable qu'en Suisse et il a fait d'importants investissements en matériel. Il a d'ailleurs envisagé de modifier le siège social de X\_\_\_\_\_ et de l'inscrire à l'adresse de Y\_\_\_\_\_ Sàrl, puisqu'il travaille essentiellement là-bas. Il a toutefois besoin de l'accord de Naville. L'intimée a ajouté que ces explications ne modifient pas sa position. À l'issue de l'audience, la Cour a imparti un délai au 19 avril 2011 à l'assuré pour produire les comptes 2009 et 2010, la déclaration fiscale 2009 et les coordonnées des employés de Y\_\_\_\_\_ Sàrl, la suite de la procédure étant réservée. Le 6 mai 2011, le recourant produit diverses pièces. En premier lieu, il produit un bilan provisoire au 31 décembre 2010. En deuxième lieu, il produit un compte de résultat provisoire de l'exercice 2010, comparé avec l'exercice 2009, dont il résulte un bénéfice de 61'914 fr. 43 pour l'année 2010 et de 44'986 fr. 98 pour l'année 2009. En troisième lieu, il produit une attestation de salaires AVS pour l'année 2010 concernant Y\_\_\_\_\_ Sàrl, dont il ressort que les salariés soumis aux cotisations AVS sont Madame D\_\_\_\_\_, du 1 er au 31 décembre 2010, et Madame F\_\_\_\_\_, du 13 mars au 30 avril 2010. En dernier lieu, il produit une copie de sa déclaration fiscale pour l'année 2009. Il y déclare un revenu brut de l'activité indépendante de 44'987 fr. Par pli du 9 mai 2010, la Cour a requis du recourant les coordonnées de Madame D\_\_\_\_\_, lesquelles lui ont été communiquées le lendemain par le recourant. Le 16 mai 2010, la Cour a informé les parties qu'elle renonce à l'audition de Madame D\_\_\_\_\_, dès lors qu'il s'agit de l'épouse du recourant. Un délai au 24 mai 2011 a été fixé aux parties pour déposer leurs observations, suite à quoi la cause sera gardée à juger. Par courrier du 17 mai 2011, le recourant a indiqué que Madame D\_\_\_\_\_ était sa sœur et non son épouse. L'intimée ne s'est pas déterminée dans le délai imparti. EN DROIT Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au

31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10). Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 229 , consid. 1.1 et les références). Les règles de procédure s'appliquent quant à elles sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 71, consid. 6b). A teneur de l'art. 1 al. 1 LAVS, les dispositions de la LPGA, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, s'appliquent à l'AVS réglée dans la première partie, à moins que la loi n'y déroge expressément. Le présent litige étant postérieur à l'entrée en vigueur de la LPGA, elle s'applique par conséquent au cas d'espèce. Le recours, déposé dans les forme et délai légaux, est recevable (art. 56 à 60 LPGA). Le litige porte sur la question de savoir si le recourant doit être assujéti à la LAVS/LAI/LAPG/LACI/LAF/LAMAT. S'agissant d'un litige transfrontalier, il y a lieu de déterminer, dans un premier temps, le droit applicable. a) L'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681) est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002. Selon l'art. 1 par. 1 de l'Annexe II (Coordination des systèmes de sécurité sociale) de l'accord, fondée sur l'art. 8 ALCP et faisant partie intégrante de celui-ci (art. 15 ALCP), en relation avec la section A de cette annexe, les Parties contractantes appliquent entre elles, en particulier, 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 (Règlement 1408/71 - RS 0.831.109.268.1), ainsi que le Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du Règlement 1408/71 relatifs 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 (Règlement 574/72 - RS 0.831.109.268.11). b) Selon l'art. 2 par. 1 du Règlement 1408/71, ce dernier s'applique aux travailleurs salariés ou non salariés et aux étudiants qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres et qui sont des ressortissants de l'un des Etats membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des Etats membres ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants. c) Conformément à l'art. 1 let. a du Règlement 1408/71, les termes «travailleur salarié» et «travailleur non salarié» désignent, respectivement, toute personne: i) qui est assurée au titre d'une assurance obligatoire ou facultative continuée contre une ou plusieurs éventualités correspondant aux branches d'un régime de sécurité sociale s'appliquant aux travailleurs salariés ou non salariés ou par un régime spécial des fonctionnaires; ii) qui est assurée à titre obligatoire contre une ou plusieurs éventualités correspondant aux branches auxquelles s'applique le présent règlement, dans le cadre d'un régime de sécurité sociale s'appliquant à tous les résidents ou à l'ensemble de la population active: lorsque les modes de gestion ou de financement de ce régime permettent de l'identifier comme travailleur salarié ou non salarié ou à défaut de tels critères, lorsqu'elle est assurée au titre d'une assurance obligatoire ou facultative continuée contre une autre

éventualité précisée à l'annexe I, dans le cadre d'un régime organisé au bénéfice des travailleurs salariés ou non salariés, ou d'un régime visé au point iii) ou en l'absence d'un tel régime dans l'Etat membre concerné, lorsqu'elle répond à la définition donnée à l'annexe I; iii) qui est assurée à titre obligatoire contre plusieurs éventualités correspondant aux branches auxquelles s'applique le présent règlement dans le cadre d'un régime de sécurité sociale organisé d'une manière uniforme au bénéfice de l'ensemble de la population rurale selon les critères fixés à l'annexe I; iv) qui est assurée à titre volontaire contre une ou plusieurs éventualités correspondant aux branches auxquelles s'applique le présent règlement, dans le cadre d'un régime de sécurité sociale d'un Etat membre organisé au bénéfice des travailleurs salariés ou non salariés ou de tous les résidents ou de certaines catégories de résidents: si elle exerce une activité salariée ou non salariée ou si elle a été antérieurement assurée à titre obligatoire contre la même éventualité dans le cadre d'un régime organisé au bénéfice des travailleurs salariés ou non salariés du même Etat membre.

d) Le terme «travailleur frontalier» désigne tout travailleur salarié ou non salarié qui exerce son activité professionnelle sur le territoire d'un Etat membre et réside sur le territoire d'un autre Etat membre, où il retourne en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine; cependant, le travailleur frontalier qui est détaché par l'entreprise dont il relève normalement ou qui effectue une prestation de services sur le territoire du même Etat membre ou d'un autre Etat membre conserve la qualité de travailleur frontalier pendant une durée n'excédant pas quatre mois, même si, au cours de cette durée, il ne peut pas retourner chaque jour ou au moins une fois par semaine au lieu de sa résidence (art. 1 let. b du Règlement 1408/71).

a) Le titre II du Règlement 1408/71 (art. 13 à 17bis) permet de déterminer la législation applicable. L'art. 13 par. 1 énonce le principe de l'unicité de la législation applicable en fonction des règles contenues aux art. 13 par. 2 à 17bis, dans le sens de l'applicabilité de la législation d'un seul Etat membre. Sous réserve des art. 14 à 17, la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat, même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre (art. 13 par. 2 let. a Règlement 1408/71). La personne qui exerce une activité non salariée sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre (art. 13 par. 2 let. b Règlement 1408/71).

b) A teneur de l'art. 14 par. 2 let. b du Règlement 1408/71, la personne qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres est soumise à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle réside, si elle exerce une partie de son activité sur ce territoire ou si elle relève de plusieurs entreprises ou de plusieurs employeurs ayant leur siège ou leur domicile sur le territoire de différents Etats membres (i) ou à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile, si elle ne réside pas sur le territoire de l'un des Etats membres où elle exerce son activité (ii).

c) Selon l'art. 14 bis par. 1 du Règlement 1408/71, la personne qui exerce normalement une activité non salariée sur le territoire d'un Etat membre et qui effectue un travail sur le territoire d'un autre Etat membre demeure soumise à la législation du premier Etat membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas douze mois (let. a). Si la durée du travail à effectuer se prolonge en raison de circonstances imprévisibles au-delà de la durée primitivement prévue et vient à excéder douze mois, la législation du premier Etat demeure applicable jusqu'à l'achèvement de ce travail, à condition que l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel l'intéressé s'est rendu pour effectuer ledit travail ou

l'organisme désigné par cette autorité ait donné son accord; cet accord doit être sollicité avant la fin de la période initiale de douze mois. Toutefois, cet accord ne peut être donné pour une période excédant douze mois (let. b). Le par. 2 de l'art. 14bis du Règlement 1408/71 prévoit que la personne qui exerce normalement une activité non salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres est soumise à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle réside, si elle exerce une partie de son activité sur le territoire de cet Etat membre. Si elle n'exerce pas d'activité sur le territoire de l'Etat membre où elle réside, elle est soumise à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle exerce son activité principale. Les critères servant à déterminer l'activité principale sont fixés par le règlement visé à l'art. 98. L'art. 12bis par. 5 let. d du Règlement 574/72 prévoit à cet égard que pour déterminer l'activité principale de l'intéressé au sens de la disposition précitée, il est tenu compte par priorité du lieu où se trouve le siège fixe et permanent des activités de l'intéressé. A défaut, il est tenu compte de critères tels que le caractère habituel ou la durée des activités exercées, le nombre des prestations effectuées et les revenus découlant de ces activités. d) Selon l'art. 14quater du Règlement 1408/71, la personne qui exerce simultanément une activité salariée et une activité non salariée sur le territoire de différents Etats membres est soumise: a) sous réserve du point b), à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle exerce une activité salariée ou, si elle exerce une telle activité sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres, à la législation déterminée conformément à l'art. 14 points 2 ou 3; b) dans les cas mentionnés à l'annexe VII – à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle exerce une activité salariée, cette législation étant déterminée conformément aux dispositions de l'art. 14 points 2 ou 3, si elle exerce une telle activité sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres et – à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle exerce une activité non salariée, cette législation étant déterminée conformément aux dispositions de l'art. 14bis points 2, 3 ou 4, si elle exerce une telle activité sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres. Conformément à l'annexe VII du Règlement 1408/71, les cas dans lesquels une personne est soumise simultanément à la législation de deux états membres sont notamment les suivants: exercice d'une activité non salariée en France et d'une activité salariée dans un autre Etat membre, sauf le Luxembourg (chif. 9); exercice d'une activité non salariée en Suisse et d'une activité salariée dans tout autre Etat auquel le présent accord est applicable. e) À teneur de l'art. 14quinquies, la personne visée à l'art. 14 par. 2 et 3, à l'art. 14bis par. 2, 3 et 4, à l'art. 14quater let. a, et à l'art. 14sexies est traitée, aux fins de l'application de la législation déterminée conformément à ces dispositions, comme si elle exerçait l'ensemble de son activité professionnelle ou de ses activités professionnelles sur le territoire de l'Etat membre concerné (par. 1). La personne visée à l'art. 14quater let. b est traitée aux fins de la fixation du taux de cotisations à charge des travailleurs non salariés au titre de la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle exerce son activité non salariée comme si elle exerçait son activité salariée sur le territoire de cet Etat membre (par. 2). Aux termes de l'art. 16 al. 1 et 2 ALCP, dans la mesure où l'application de l'Accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) antérieure à la date de sa signature (20 juin 1999). La jurisprudence postérieure à la date de la signature de l'Accord sera communiquée à la Suisse. En vue d'assurer le bon fonctionnement de l'Accord, à la demande d'une partie contractante, le comité mixte déterminera les implications de cette jurisprudence. Les arrêts rendus postérieurement à cette date peuvent, le cas échéant, être utilisés en vue d'interpréter l'Accord sur la libre circulation des personnes, surtout s'ils ne font que préciser une

jurisprudence antérieure (ATF 130 II 1, consid. 3.6.2 ; ATF 130 II 113, consid. 5.2). a) Les dispositions du titre II du Règlement 1408/71 se réfèrent littéralement aux personnes qui exercent une activité salariée ou non salariée et non aux travailleurs salariés ou non salariés. Toutefois, une interprétation logique et cohérente du champ d'application personnel du règlement et du système de règles de conflit de lois qu'il met en place commande d'interpréter les notions en cause du titre II du règlement à la lumière des définitions de son art. 1 let. a (arrêt CJCE De Jaeck, C-340/94 ; arrêt CJCE Hervein et Hervillier, C-221/95).

b) L'assujettissement des personnes travaillant dans plusieurs Etats dépend de la question de savoir si l'activité lucrative exercée est salariée ou indépendante. Le statut de cotisant (salarié ou indépendant) est déterminé sur la base du droit national de l'Etat dans lequel l'activité lucrative concernée est exercée (n° 2013 des Directives sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI [DAA] établies par l'Office fédéral des assurances sociales). En effet, conformément à la jurisprudence de la CJCE, pour l'application des art. 14bis et 14 quater du Règlement 1408/71, il convient d'entendre par "activité salariée" et "activité non salariée" les activités qui sont considérées comme telles pour l'application de la législation de sécurité sociale de l'Etat membre sur le territoire duquel ces activités sont exercées et son indépendantes de la nature que l'activité exercée revêt au sens du droit du travail (Arrêt de la CJCE du 30 janvier 1997, C-221/95). Ainsi, la question de savoir si une activité lucrative est exercée en Suisse se tranche d'après les prescriptions du droit suisse (RCC 1963 p. 455 ; RCC 1981 p. 490 ; RCC 1986 p. 483).

c) Selon l'art. 1a al. 1 let. b LAVS, sont assurés à la loi les personnes physiques qui exercent une activité lucrative en Suisse. Est réputée obtenir un revenu du travail en Suisse toute personne exerçant sur sol helvétique soit une activité salariée, soit une activité indépendante (comme titulaire d'une raison individuelle ou associé d'une société de personnes) dans l'industrie, le commerce, l'artisanat, l'agriculture ou dans des professions libérales (DAA, n° 1035). Les conditions d'assujettissement de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI - RS 831.20 ; cf. art. 1b LAI), de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 (LAPG - RS 834.1 ; cf. art. 16b LAPG), de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0 ; cf. art. 2 LACI), de la loi fédérale sur les allocations familiales, du 24 mars 2006 (LAFam - RS 836.2 ; cf. art. 11 LAFam), de la loi genevoise sur les allocations familiales (LAF ; RS J 5 10 ; cf. art. 2 let. LAF) et de la loi genevoise instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat - RS J 5 07 ; cf. art. 3 al. 1) renvoient toutes à la LAVS, de sorte que les considérations pour la LAVS valent également pour ces autres lois.

d) Selon la jurisprudence, 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. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ils ne sont pas déterminants. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et qui ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur. 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 123 V 161 consid. 1, 122 V 169 consid. 3a, 281 consid. 2a et les arrêts cités ; ATF du 14 février 2007, H 19/06, consid. 3 ; cf. également les Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG [DSD], n° 1013 à 1017). Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré opère des investissements importants, encourt les pertes, supporte le risque d'encaissement et de du croire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel, utilise ses propres locaux commerciaux (ATF du 19 mai 2006, H 23/05, consid. 2.3 ; ATFA du 14 novembre 2002, H 188/02, consid. 5.2). 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 et l'obligation du travailleur d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée (RCC 1989 p. 110 consid. 5a, 1986 p. 650 consid. 4c, 1982 p. 176 consid. 2b). 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 (ATF 110 V 72 consid. 4b). Cela étant, la possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante (ATF 122 V 169 consid. 3c ; ATFA du 10 janvier 2005, H 334/03, consid. 6.2.1). Toute raison individuelle inscrite au registre du commerce est présumée être une entreprise à but lucratif dont le titulaire exerce une activité indépendante. On peut s'écarter de cette présomption seulement lorsqu'il est prouvé que l'inscription au registre du commerce ne correspond manifestement plus, depuis assez longtemps, à la réalité (Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG [DIN], n° 1014). Au préalable, la Cour de céans constate que l'ALCP est applicable au recourant du point de vue temporel, dès lors que la question de l'assujettissement est postérieure à l'entrée en vigueur de l'accord. Il est également du point de vue personnel, le recourant étant ressortissant d'un Etat membre (cf. art. 1er par. 2 de l'annexe II ALCP). Enfin, l'intéressé doit être considéré comme un travailleur qui est ou a été soumis à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres (art. 2 par. 1 du Règlement 1408/71) et, du point de vue matériel, le Règlement 1408/71 s'applique à la législation en matière de prestations de vieillesse, de survivants, d'invalidité, de chômage, de maternité et familiales (art. 4 par. 1 dudit règlement). Ainsi, aux fins de déterminer le droit applicable à la lumière du Règlement 1408/71, il convient d'examiner si les différentes activités exercées par le recourant doivent être qualifiées d'activités salariées ou d'activités non salariées. a) S'agissant en premier lieu de l'activité exercée par le recourant dans le cadre son entreprise individuelle (X\_\_\_\_\_), l'intimée a retenu dans un premier temps qu'il s'agissait d'une activité dépendante (voyageurs) puis, dans le cadre de la présente procédure, que le recourant ne pouvait pas être qualifié de voyageur, de sorte qu'il pourrait être considéré comme un indépendant. En tant que cette activité est exploitée en Suisse, il ne fait pas de doute qu'elle doit être qualifiée d'activité indépendante. En effet, le recourant a opéré des investissements (achat d'un logiciel), il encourt les pertes et supporte les frais généraux, il agit en son propre nom et pour son propre compte et il se procure lui-même les mandats. Certes, il n'occupe pas de personnel ni un local commercial clairement identifiable (il travaille chez lui, dans un bureau qu'il sous-loue ou encore depuis son kiosque), mais cela s'explique par la nature de l'activité qui est en partie sous-traitée à

l'étranger et qui se pratique essentiellement par des moyens de télécommunication usuels (téléphonie et informatique). Ainsi, les indices permettant d'admettre l'exercice d'une activité lucrative indépendante sont prépondérants, voire exclusifs. b) En tant que cette activité est exercée en France, et même en Espagne, l'intimée a implicitement retenu qu'il s'agissait d'une activité indépendante. En effet, en considérant que le recourant devrait être assujéti à la sécurité sociale en France au motif qu'il exerce une activité indépendante dans son pays de résidence, l'intimée fait application (indirectement) de l'art. 14bis par. 2 du Règlement 1408/71. Si toutes les activités exercées par le recourant - soit tant en Suisse, en France qu'en Espagne - devaient être qualifiées d'indépendantes (non salariées), il est vrai qu'il serait assujéti à la législation française selon la disposition précitée (assujétissement au pays de résidence). Toutefois, la question de savoir si, d'une part, le recourant exerce une activité en France (et en Espagne) et si, d'autre part, le recourant doit être qualifié de travailleur salarié ou non salarié, relève de la législation française (et espagnole) en matière de sécurité sociale, étant précisé que le siège de la société n'est pas un critère selon le Règlement 1408/71, sauf cas particuliers sans rapport avec la présente cause (cf. par. exemple l'art. 14bis par. 3). Ainsi, il se peut que le droit français (ou espagnol) considère que le recourant n'exerce aucune activité en France (ou en Espagne), ou encore qu'il exerce bien une activité mais qu'elle doit être qualifiée de salariée. Il en découle que dans la mesure où la qualification de telles activités a une influence sur les dispositions légales à appliquer du Règlement 1408/71, et ainsi sur l'assujétissement du recourant à une ou plusieurs législations, l'intimée ne pouvait par conséquent pas considérer, sans instruction supplémentaire, que le fait de vendre ses services sur territoire français (et espagnol) correspond à l'exercice d'une activité au sens de la législation française (et espagnole), ni qualifier une telle activité avec des critères issus du droit suisse. De plus, l'intimée ne pouvait pas se limiter, pour les mêmes motifs, à examiner la situation à la lumière de la seule activité exercée par le recourant au sein de X\_\_\_\_\_. En effet, il est lieu de rappeler que le recourant travaille également au sein des sociétés Z\_\_\_\_\_ Sàrl et Y\_\_\_\_\_ Sàrl. Certes, le recourant a relevé, en audience, que les activités exercées dans le cadre de Z\_\_\_\_\_ Sàrl et de Y\_\_\_\_\_ Sàrl étaient facturées à X\_\_\_\_\_. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'activités lucratives distinctes de celle exercée auprès de X\_\_\_\_\_ (sociétés, buts, activités et lieux de travail différents), la manière de procéder, sous l'angle comptable, étant au demeurant douteuse. Ainsi, l'intimée aurait du tenir compte de toutes les activités exercées par le recourant pour déterminer le droit applicable en vertu du Règlement 1408/71, dès lors que selon les hypothèses retenues, le droit applicable peut être différent. Par exemple, si toutes les activités exercées par le recourant étaient non salariées, il serait alors assujéti en France (art. 14bis par. 2 du Règlement 1408/71). Toutefois, si le recourant exerçait des activités non-salariées en France, en Espagne et en Suisse, ainsi que des activités salariées en Suisse, il serait alors soumis au droit suisse pour les activités salariées et au droit français pour les activités non salariées (art. 14 quater par. 2 du Règlement 1408/71 cum annexe II chif. 9). Ou encore si, selon le droit français et espagnol, il était considéré que le recourant n'exerce aucune activité (salariée ou non), il serait alors assujéti au droit suisse (art. 13 par. 2 let. a ou b du Règlement 1408/71). Il découle de ce qui précède que l'intimée n'a pas suffisamment instruit la cause, en particulier en ne tenant pas compte de tous les éléments pertinents permettant de trancher le cas et en se limitant à indiquer que selon les accords bilatéraux, le recourant devrait être assujéti au droit français, étant rappelé qu'elle est même revenue sur son argumentation initiale (voyageurs de commerce salarié). c) Selon la jurisprudence

(DTA 2001 p. 169), le juge cantonal qui estime que les faits ne sont pas suffisamment élucidés a en principe le choix entre deux solutions: soit renvoyer la cause à l'administration pour complément d'instruction, soit procéder lui-même à une telle instruction complémentaire. Un renvoi à l'administration, lorsqu'il a pour but d'établir l'état de fait, ne viole ni le principe de simplicité et de rapidité de la procédure, ni le principe inquisitoire. Il en va cependant autrement quand un renvoi constitue en soi un déni de justice (par exemple, lorsque, en raison des circonstances, seule une expertise judiciaire ou une autre mesure probatoire judiciaire serait propre à établir l'état de fait), ou si un renvoi apparaît disproportionné dans le cas particulier (RAMA 1993 n° U 170 p. 136, 1989 n° K 809 p. 206). A l'inverse, le renvoi à l'administration apparaît en général justifié si celle-ci a constaté les faits de façon sommaire, dans l'idée que le tribunal les éclaircirait comme il convient en cas de recours (voir RAMA 1986 n° K 665 p. 87). En l'occurrence, au vu de l'instruction sommaire effectuée par l'intimée, un renvoi de la cause pour instruction complémentaire est justifié. Dans ce cadre, l'intimée devra établir toutes les activités exercées par le recourant en Suisse et déterminer s'il s'agit d'activités salariées ou non. De même, elle devra éclaircir la situation du recourant du point de vue des activités déployées en France et en Espagne, en coopération avec les autorités compétentes des États membres concernés selon les procédures prévues par l'ALCP et les Règlements 1408/71 et 574/72. Enfin, et dans la mesure où le recourant déclare que depuis 2011, il ne travaille qu'en Suisse, l'intimée devra également examiner si sa situation a évolué après le prononcé de la décision initiale. Une fois l'instruction terminée, l'intimée devra rendre une nouvelle décision conforme au droit. Partant, le recours sera partiellement admis, les décisions des 7 avril et 9 décembre 2010 seront annulées et la cause renvoyée à l'intimée pour instruction complémentaire. Selon les art. 61 let. g LPGA et 89H al. 3 LPA, le recourant qui obtient gain de cause a droit à des dépens. En l'espèce, le recourant, représenté par un mandataire professionnellement qualifié, sa fiduciaire, n'a pas pris de conclusions sur les dépens. Il n'en demeure pas moins que les dépens sont un droit ("a droit") selon l'art. 61 let. g LPGA. Il n'est ainsi pas nécessaire que le recourant ait pris de conclusions dans ce sens (ATF 118 V 140 ; KIESER, ATSG Kommentar, n° 119 ad art. 61), étant rappelé que dans tous les cas, le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties (il peut réformer, au détriment du recourant, la décision attaquée ou accorder plus que le recourant n'avait demandé ; art. 61 let. d LPGA). Partant, dans la mesure où le recourant obtient partiellement gain de cause, les dépens à la charge de l'intimée sont fixés à 1'000 fr., en tenant compte du nombre d'audience et d'écritures, de la pertinence de celles-ci et de la complexité de la cause. **PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES** : Statuant A la forme : Déclare le recours recevable. Au fond : L'admet partiellement. Annule les décisions des 7 avril 2010 et 9 décembre 2010. Renvoie la cause à l'intimée pour instruction complémentaire au sens des considérants. Condamne l'intimée au versement d'une indemnité de procédure de 1'000 fr. en faveur du recourant. Dit que la procédure est gratuite. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints

à l'envoi. La greffière Irène PONCET La présidente Sabina MASCOTTO Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le

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