



## Arrêt du 23 août 2017

---

Composition

Christoph Rohrer (président du collège),  
Vito Valenti, Madeleine Hirsig-Vouilloz, juges,  
Pascal Montavon, greffier.

---

Parties

**A.** \_\_\_\_\_,  
France,  
recourant,

contre

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

---

Objet

Assurance-invalidité, calcul de rente (décision du 10 mai  
2016).

**Faits :****A.**

**A.a** Le ressortissant français frontalier A. \_\_\_\_\_, né en 1963, a travaillé en Suisse de nombreuses années dès 1981 (cf. pce 3). Il a notamment depuis novembre 1994 travaillé en tant que salarié voyageur de commerce de l'entreprise B. \_\_\_\_\_ SA à Meyrin (GE) jusqu'au 31 mars 2005 (pce 7). A compter du 29 juillet 2003 il fut en arrêt maladie et établit datée du 18 août 2005 une première demande de prestations AI (pce 1). Dans le questionnaire à l'employeur rempli le 28 août 2005 l'entreprise indiqua que l'intéressé avait signé nouvellement un contrat d'agent commercial libre en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mai 2005 (pce 7). En date du 19 avril 2006 l'Office cantonal de l'assurance invalidité de Genève (OAI-GE) relevant qu'il était au bénéfice d'un contrat d'agent commercial libre avec B. \_\_\_\_\_ SA invita l'intéressé à lui adresser une copie de toutes les « fiches de salaires » concernant cette activité depuis le 1<sup>er</sup> mai 2005 (pce 8). L'intéressé adressa comme demandé les « fiches de salaires » des mois de mai 2005 à mars 2006 intitulées « Décompte de commissions » sur lesquelles fut mentionné à la main en bas de page sur chacune d'elles « salaire ». Sur toutes ces fiches figuraient le montant des primes et commissions, l'ajout de frais journaliers, une déduction d'impôt à la source de 5%. Aucune déduction de cotisations sociales n'a été mentionnée sur ces fiches (pces 19, 10). En date du 8 janvier 2007 l'OAI-GE prononça l'octroi d'une rente d'invalidité limitée dans le temps en faveur de l'intéressé retenant un taux d'invalidité de 100% dès le 30 juillet 2004 jusqu'au 30 avril 2005 et de 50% du 1<sup>er</sup> mai au 31 août 2005. La décision releva une reprise de l'activité professionnelle de représentant à plein temps (pce 15). Les décisions de rentes y relatives, avec l'indication des revenus pris en compte de 1981 à 2004 pour le calcul de la rente, lui furent adressées en date du 14 mars 2007 (pces 22-23, 24-27).

**A.b** En date du 21 juin 2013 la Caisse Suisse de Compensation adressa à A. \_\_\_\_\_, à la demande de l'intéressé, un extrait de son compte individuel. La lettre d'accompagnement de cet envoi indiqua sans mention d'un délai que d'éventuelles contestations devaient être adressées par écrit à la CSC en y ajoutant les certificats de travail ou les fiches de salaire. Pour les années 2005 – 2012 B. \_\_\_\_\_ SA fut indiquée comme employeur avec les revenus de l'intéressé soumis à cotisations sociales soit respectivement 2005 : 43'823.-, 2006 : 83'099.-, 2007 : 83'406.-, 2008 : 119'627.-, 2009 : 109'313.-, 2010 : 93'749.-, 2011 : 78'339, 2012 : 94'935.- francs (pce 43). Il n'apparaît pas au dossier de contestation quant aux revenus indiqués.

**A.c** En date du 24 mars 2014 A.\_\_\_\_\_ adressa à l'OAI-GE une nouvelle demande de prestations AI en raison d'une incapacité de travail depuis le 4 avril 2013 suite à un accident (pce 45). Dans le cadre de l'instruction de la demande B.\_\_\_\_\_ SA adressa à l'OAI-GE en date du 20 mai 2014 (pas de lettre d'accompagnement au dossier) le « Questionnaire pour l'employeur » indiquant à la rubrique « Données sur le contrat de travail » une activité du 1<sup>er</sup> mai 2005 au 31 août 2014, un contrat de travail résilié par l'entreprise, un dernier jour effectif au 2 avril 2013, un salaire AVS de 100'000.- francs annuel depuis 2012, de 10'000.- francs mensuel depuis 2011, un revenu estimé de 150'000.- francs en 2014 sans atteinte à la santé. Les revenus annuels AVS pour les années 2011 et 2012 furent indiqués respectivement de 90'340.- et 106'936.- francs. Pour l'année 2013 des revenus furent indiqués de « janvier à mai (→ 3.4.13) » totalisant 48'326.- francs (pce 54). B.\_\_\_\_\_ SA adressa également la lettre du 19 mai 2014 de résiliation du « contrat d'agent et ses annexes » faisant référence aux « contrats d'agent du 1<sup>er</sup> mai 2005 et ensuite ainsi que des avenants signés en entretemps ». La lettre releva que « Le délai d'attente selon l'échelle bernoise en cas d'incapacité de travail était respecté. Le délai de résiliation est de 3 mois. L'effet de la résiliation est donc le 31.08.2014 » (pce 54). L'entreprise joignit 3 décomptes de salaires de janvier à mars 2013 mentionnant la prise en compte de cotisations sociales et une attestation fiscale pour 2012 reprenant le revenu 2012 mentionné dans le questionnaire à l'employeur du 20 mai 2014 (pce 53).

**A.d** L'OAI-GE informa l'assuré par un projet de décision du 16 novembre 2015 de l'octroi d'une demi-rente d'invalidité (pce 65). Par une détermination du 30 novembre 2015 l'assuré communiqua son désaccord sur les plans « médical » et « administratif ». Il indiqua sur le plan administratif que son salaire déterminant AVS de 94'935.- francs pour l'année 2012 ne tenait pas compte de la totalité de ses commissions inscrites sur ses fiches de salaire au décompte net, le revenu réel et effectif annuel net pour le calcul de sa rente AI s'élevant à 159'969.- francs. Il indiqua également qu'il était au bénéfice d'une convention de salaire net de 2005 à 2012, ce qui nécessitait une revalorisation de son compte individuel AVS par le rajout des cotisations sociales et également de montant relatifs à l'usage d'un véhicule (pce 68). En date du 18 janvier 2016, suite à divers échanges de courriers, courriels et entretiens téléphoniques avec la CSC il adressa à la CSC ses fiches de décomptes mensuels de 2005 à 2012 en vue de la rectification de son CI (pce 76). En date des 4 avril 2016 et 4 mai 2016 il requit à nouveau la modification de son CI relevant n'avoir obtenu aucune réponse à ses démarches depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016 et releva que son CI avait été

modifié par la suppression du nom de son ancien employeur pour les années 2005 à 2012 et l'indication pour l'année 2013 de « Données de l'employeur non saisies » (pces 86, 90).

**A.e** Par communication du 9 mai 2016 la CSC informa l'intéressé que son CI n'allait pas être modifié, et sa rente calculée sur la base de celui-ci, du fait que selon l'indication de la Caisse de compensation C. \_\_\_\_\_, caisse de son employeur, ce dernier avait déclaré ses revenus sans erreur. Cette communication fut complétée d'une copie d'attestation de la Caisse C. \_\_\_\_\_ à l'adresse de B. \_\_\_\_\_ SA du 2 octobre 2015 selon laquelle les déclarations de salaires de l'entreprise pour les années 2011 à 2014 étaient conformes (pces 91, 96). Divers échanges de courriels entre l'intéressé et la CSC suivirent portant sur la modification sollicitée du CI de l'intéressé (pces 99-106).

**B.**

Par décision du 10 mai 2016 l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger (OAIE) alloua à A. \_\_\_\_\_ une demi-rente d'invalidité avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> septembre 2014 établie sur la base du compte individuel (CI) de l'intéressé, lequel fut joint en annexe, complétée de 3 demi-rentes pour enfant liées à la rente du père. Ces rentes furent établies sur la base d'une durée de cotisations de la classe d'âge de 30 années, de 24 années complètes d'assurance prises en compte, d'une période totale de cotisation de 23 années et 2 mois, de 21 années de bonifications pour tâches éducatives, de l'échelle de rente 36 et d'un revenu annuel moyen déterminant de 112'800.- francs (pce 94). Les montants des rentes de l'intéressé et de ses enfants correspondirent aux montants maximum de l'échelle 36 applicable.

**C.**

Par acte du 6 juin 2016 l'intéressé interjeta recours contre la décision du 10 mai 2016 contestant les revenus inscrits sur son CI. Pour l'essentiel il fit valoir avoir été « employé salarié dépendant en tant que voyageur de commerce pour la Société B. \_\_\_\_\_ SA » depuis 1994 jusqu'au 4 avril 2013, date à laquelle il subit une incapacité totale de travail consécutive à un accident de la circulation (1.1). Il indiqua que par un premier courrier du 30 novembre 2015 à l'Office cantonal AI de Genève il demanda la correction de son CI eu égard à son statut de salarié dépendant de B. \_\_\_\_\_ SA sous convention de salaire net de 2005 à 2012 et frais déduits sur ses propres commissionnements de 1994 à 2012 (1.9), qu'il adressa ensuite en date du 19 janvier 2016 à la CSC 87 fiches de salaires attestant de la convention de salaire net pour les années 2005 à 2012 afin que la correction de son CI puisse être effectuée (2.1). Il releva qu'à la réception de son

CI envoyé le 2 février 2016 il constata que celui-ci n'avait pas été modifié et que le nom de son employeur avait été supprimé pour les années 2005 à 2010 avec l'indication « Données de l'employeur non saisies » pour les années 2011 à 2013 (2.2). Il indiqua que la CSC lui adressa le 9 mai 2016 un courrier l'informant que son CI ne serait pas corrigé (2.4). Enfin il indiqua que sa décision de rente, sans que sa demande de correction du CI ne fut prise en compte, lui fut envoyée par l'OAIE en date du 10 mai 2016 (2.5). Sur la base de ces faits il souligna avoir été salarié dépendant de B.\_\_\_\_\_ SA bien que son contrat ait été dénommé un contrat d'agence, que sur ses fiches de salaires 2005 à 2012 avaient été comptabilisé « [son] total provision correspondant à [son] commissionnement », qu'en tant que salarié les frais de ces commissionnements ne pouvaient être déduits même en application d'un règlement global des frais, les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou en partie ses frais nécessaires étant nuls. Il précisa que les frais décomptés sur ses commissions de 1994 à 2012 ne lui avaient jamais été remboursés et qu'il devait remplir un décompte de frais tous les mois depuis janvier 2006 pour la comptabilité de son employeur (3.1). Il indiqua que la convention de salaire net avait complètement été ignorée, que l'on distinguait parfaitement sur les fiches de salaire la prise en charge totale des cotisations sociales AVS/AI, APG, AC par son ancien employeur « ainsi qu'un découpage comptable illégal concernant les frais déduits de ses propres commissionnements de 1994 à 2013 » (3.2). Il souligna que le fait que l'effacement de l'indication de son employeur sur son CI pouvait faire penser à une activité indépendante alors que tel n'était pas le cas et nota qu'il n'avait jamais reçu de réponse quant aux raisons de la suppression de son employeur sur son CI (3.3). Le recourant conclut à la revalorisation de son CI par l'adjonction au Total provision inscrit sur ses fiches de salaire les décomptes de frais selon l'art. 349d al. 2 CO pour toute son activité chez B.\_\_\_\_\_ SA, les cotisations sociales ayant fait l'objet d'une convention de salaire net attestées par ses fiches de salaire de 2005 à 2012 ainsi que d'autres frais liés à l'usage d'un véhicule durant les années 1994 à 2012. Il sollicita l'assistance judiciaire (pce TAF 1).

Il joignit à son recours un bordereau de 28 pièces dont notamment :

- une copie de son « Contrat d'agent » de 2013 (annexe 1),
- une copie de son CI selon envoi de l'OAIE du 2 février 2016 sans indication de l'ancien employeur B.\_\_\_\_\_ SA (annexe 12),
- une copie de son « Contrat d'agent » de 2005 (annexe 21),

- les copies de fiches de décomptes mensuels de 2005 à 2012 (annexe 23),
- une copie du CI avec inscription du nom de son ancien employeur du 21 juin 2013 (annexe 24),
- une copie du CI avec ré-inscription du nom de son ancien employeur du 18 mai 2016 (annexe 28).

#### **D.**

Par réponse au recours du 14 juillet 2016 l'OAIE conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Il rappela les modalités d'établissement du revenu provenant d'une *activité lucrative dépendante*, relevant notamment que les indemnités pour frais encourus versées par l'employeur doivent être déduites du salaire déterminant, et indiqua que lors de la fixation des rentes les caisses de compensation doivent se fonder sur les indications contenues dans les comptes individuels. Il précisa que les revenus de l'activité lucrative obtenus par un salarié et sur lesquels l'employeur a retenu les cotisations sociales légales sont inscrits au CI de l'intéressé, même si l'employeur n'a pas versé les cotisations en question à la caisse de compensation et que la règle s'appliquait également aux conventions de salaire net, c'est-à-dire lorsque l'employeur prend en charge la totalité des cotisations sociales à sa charge. Il releva que la preuve absolue de la retenue de cotisations sociales, ou d'une convention de salaire net, devait être apportée. Il nota qu'en l'espèce les fiches de salaire pour les années 2005 à 2012 indiquaient clairement que les frais étaient décomptés du salaire déterminant aux fins de l'AVS et que l'intéressé n'avait pas contesté ses fiches de salaire avant la réalisation du risque assuré. Il nota que les salaires déterminants inscrits au CI de l'intéressé ne pouvaient être rectifiés, ceux-ci étant conformes aux décomptes de salaire établis par B. \_\_\_\_\_ SA ainsi qu'aux prescriptions en matière de salaire déterminant, ce qui était apparu suite à un complément d'instruction effectué auprès de la caisse de compensation C. \_\_\_\_\_ à Bâle. L'OAIE joignit à sa réponse un extrait du CI de l'intéressé daté du 11 juillet 2016 mentionnant l'employeur B. \_\_\_\_\_ SA pour les années 2005 à 2013 (pce TAF 5).

#### **E.**

Par décision incidente du 27 septembre 2016 le Tribunal de céans rejeta la demande d'assistance judiciaire déposée par le recourant (pce TAF 8) et l'intéressé s'acquitta de la demande d'avance de frais de procédure de 800.- francs requise par la même décision incidente dans le délai imparti (pce TAF 9).

**F.**

Par ordonnance du 1<sup>er</sup> novembre 2016 le Tribunal de céans requit du recourant la production d'éléments fiscaux et bancaires relatifs aux années 2005-2012, de B.\_\_\_\_\_ SA une prise de position quant au mode de déclaration et comptabilisation des cotisations sociales annoncées à la caisse de compensation et de la caisse de compensation C.\_\_\_\_\_ la copie des fiches de salaires produites par B.\_\_\_\_\_ SA pour les années 2005-2012 et à s'exprimer sur le mode de comptabilisation des cotisations sociales sous l'angle en particulier du mode de convention de salaire net (pce TAF 10).

**G.**

Par réponse du 9 novembre 2016 B.\_\_\_\_\_ SA indiqua avoir décompté jusqu'au 31 décembre 2005 les frais supportés par l'agent de vente qui ne peuvent faire partie du salaire déterminant AVS et fiscal en conformité des instructions applicables de l'Office fédéral des assurances sociales, qu'en l'occurrence 30% de la totalité des commissions versées représentaient des frais et que le 70% restant était à considérer comme salaire AVS et fiscal. Elle indiqua qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006 un règlement adopté par l'administration fiscale du Canton de Vaud pour sa société mère [fondé sur les frais effectifs] avait été applicable. Elle commenta dans ce sens à titre d'exemple les fiches de salaire des mois de mai 2005 et janvier 2006. Elle précisa avoir été affiliée jusqu'au 31 décembre 2010 à la caisse de compensation D.\_\_\_\_\_ (pce TAF 13).

**H.**

Par réponse du 28 novembre 2016 la caisse C.\_\_\_\_\_ indiqua que l'employeur avait été affilié à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011 et renvoya pour les années précédentes à la Caisse D.\_\_\_\_\_. Elle indiqua que pour les années 2011 à 2014 les revenus déclarés concernant l'intéressé étaient corrects, qu'en l'occurrence un rapport de contrôle d'employeur pour les années 2011 – 2014 [contrôle complet pour 2014 et par sondages pour 2011-2013], daté du 21 septembre 2015, n'avait pas soulevé de contestations. Elle indiqua ne pouvoir prendre position sur les décomptes de décembre 2012 et janvier 2013 soumis. Elle releva que pour les années 2011 et 2012 les annonces des salaires de l'intéressé furent effectuées à titre complémentaire (pce TAF 15).

**I.**

Par réponse du 21 novembre 2016 le recourant adressa au Tribunal de céans les documents fiscaux et bancaires requis avec diverses copies de

correspondances. Il maintint les déterminations et conclusions précédentes de son recours. Il releva n'avoir jamais eu de vacances et qu'en 2006 la caisse de pension de son employeur avait procédé à sa sortie de la prévoyance professionnelle le considérant comme travailleur indépendant. Il requit que le Tribunal intervienne auprès de la caisse de pension de son employeur, E. \_\_\_\_\_, afin que la situation de son dossier LPP en tant que salarié de B. \_\_\_\_\_ SA soit régularisée (pce TAF 16).

Il appert des « Attestations Quittance » des années 2006-2013 établies pour l'impôt à la source produites, signées de B. \_\_\_\_\_ SA, que l'intéressé a été déclaré par cette société en tant que « salarié » avec des revenus conformes à ceux mentionnés dans son CI. Il appert des déclarations fiscales françaises 2011-2013 de l'intéressé que les revenus déclarés par l'intéressé de B. \_\_\_\_\_ SA sont ceux de son CI. Il appert des relevés bancaires de 2012 que les virements de B. \_\_\_\_\_ SA à l'intéressé sont en relation avec la rubrique « Total provisions » des décomptes mensuels et prennent donc en compte le poste « Décompte frais » sous forme d'un montant pour frais ajouté au « Salaire base AVS » (annexes à la pce TAF 16).

#### **J.**

Par ordonnance du 8 décembre 2016 le Tribunal de céans requit de B. \_\_\_\_\_ SA un complément de détermination sur l'existence d'une convention de salaire net et une détermination quant à la nature du contrat liant l'intéressé à elle-même et de la Caisse D. \_\_\_\_\_ la production des fiches de salaires des années 2005 à 2010 produites par B. \_\_\_\_\_ SA ainsi qu'une prise de position sur le mode de comptabilisation des cotisations sociales en référence par exemple à l'année 2009 sous l'angle de l'existence éventuelle d'une convention de salaire net (pce TAF 17).

#### **K.**

Par réponse du 16 décembre 2016, la Caisse D. \_\_\_\_\_ porta à la connaissance du Tribunal les annonces de masses salariales émanant de B. \_\_\_\_\_ SA pour les années 2005-2010. Il appert des documents produits que A. \_\_\_\_\_ n'a pas été intégré systématiquement dans les fiches de masses salariales 2005-2010 à l'exception des années 2006 et 2008 et que ses salaires ont été communiqués séparément et inscrits avec la mention « (empl. paye les cot.) ». Les communications des revenus à la caisse D. \_\_\_\_\_ étaient accompagnées chaque année d'une note indiquant que l'intéressé avait signé un contrat d'agent libre selon les art. 418a-v CO avec B. \_\_\_\_\_ SA, qu'il incombait selon ce contrat à l'intéressé de payer les

cotisations AVS ou l'équivalent en France, que la preuve du règlement correct des cotisations n'ayant pas été remise son revenu selon les règles AVS était communiqué afin d'éviter une reprise ultérieure et que la caisse était invitée à adresser à B.\_\_\_\_\_ SA une facture séparée (pce TAF 18).

#### **L.**

Par réponse du 22 décembre 2016 B.\_\_\_\_\_ SA indiqua que l'entreprise avait conclu avec l'intéressé un contrat d'agent indépendant selon les art. 418a et suivants CO, que l'intéressé s'était engagé à s'inscrire en France comme agent commercial indépendant et à régler les charges sociales et assurances lui-même en France, qu'en application de son statut d'indépendant l'intéressé recevait chaque mois un décompte des commissions obtenues sans aucune déduction de charges sociales, qu'un décompte salaire le concernant n'était pas établi, que constatant année après année que l'intéressé ne s'était pas acquitté des charges sociales en France – à chaque fois l'intéressé justifiait n'avoir pas effectué de démarches en France au motif d'un coût trop important ou en raison d'un manque de temps – une déclaration complémentaire pour ses revenus était faite auprès de la caisse de compensation, qu'en l'occurrence les montants déclarés correspondaient à la totalité des commissions brutes (37 à 42% du chiffre d'affaire) sous déduction des frais de déplacements à sa charge selon l'art. 418n CO et présentés par l'intéressé, qu'il n'existait en dehors du contrat d'agent indépendant aucune autre convention ou convention de salaire net, que l'intéressé sous contrat d'agent indépendant domicilié en France ne devait être affilié au 2<sup>ème</sup> pilier. A titre d'exemple de calcul de décompte B.\_\_\_\_\_ SA indiqua pour l'année 2012 des commissions brutes versées de Fr. 159'380.50, des frais de Fr. 64'445.-, des commissions nettes de Fr. 94'935.50, un montant déclaré à l'AVS de Fr. 94'935.- et une facture de l'AVS de Fr. 13'680.20 (pce TAF 19).

#### **M.**

Dans un complément de détermination du 16 janvier 2017 la caisse D.\_\_\_\_\_ indiqua avoir chaque année considéré les salaires indiqués séparément par B.\_\_\_\_\_ SA concernant l'intéressé comme des salaires bruts à défaut de toute autre indication donnée par la société affiliée, qu'en l'occurrence elle n'avait pas été informée d'une éventuelle existence d'une convention de salaire net. Elle releva que de son avis le libellé des fiches de salaire produites ne comptabilisant aucune déduction sociale ne permettait pas dans le contexte évoqué de déduire l'existence d'une convention de salaire net. Elle releva par ailleurs que selon les fiches de salaire

produites il était mentionné des frais forfaitaires de représentation remboursés dont elle ne pouvait se déterminer quant à leur prise en compte ou non dans le salaire déterminant (pce TAF 22).

#### **N.**

Par ordonnance du 25 janvier 2017 le Tribunal de céans communiqua aux recourant pour connaissance les diverses réponses précitées et invita l'autorité inférieure à compléter sa réponse suite aux nouvelles pièces produites (pce TAF 23).

#### **O.**

Par complément de réponse du 16 février 2017 l'OAIE réitéra ses conclusions proposées dans son préavis du 22 juin 2016. L'OAIE souligna que l'existence d'une convention de salaire net ne pouvait être retenue que si la preuve absolue en était apportée, qu'établir l'existence d'une activité salariée ne suffisait pas. Il releva que l'intéressé était au bénéfice d'un contrat d'agent commercial indépendant, l'assuré ayant l'obligation de payer lui-même les charges sociales, et que B.\_\_\_\_\_ SA avait déclaré les revenus de l'assuré du fait que cette société était sans preuve que l'intéressé s'était acquitté de ses obligations sociales. L'OAIE fit état des pièces produites par les caisses de compensation C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ et releva que le contrat d'agence daté du 18 janvier 2013 prévoyait qu'il n'existait pas de contrat de travail malgré la conclusion d'affaires pour le compte d'une société. Il releva que les fiches de salaire n'indiquaient pas de déduction des charges sociales et que les versements reçus par l'assuré sur son compte bancaire en 2012 ne permettaient pas de vérifier une éventuelle convention de salaire net, qu'en définitive la preuve absolue d'une convention de salaire net faisait défaut (pce TAF 25).

#### **P.**

Invité à se déterminer sur le complément de réponse au recours, le recourant par réplique du 17 mars 2017 maintint ses déterminations. Il releva que la preuve était apportée par les documents produits par la Caisse D.\_\_\_\_\_ que l'employeur s'était acquitté entièrement des cotisations sociales, qu'il était incontestable qu'il était salarié dépendant de 1994 à 2014, qu'en l'occurrence son employeur n'avait pas payé la totalité des cotisations sociales dues. Il releva que la caisse D.\_\_\_\_\_ assumait une responsabilité dans le fait de n'avoir pas contrôlé durant 7 ans sa situation et en se basant uniquement sur les déclarations de son employeur. Il souligna que ses frais ne lui ont jamais été payés. A sa réplique l'intéressé joignit entre autres documents une « Attestation de mise à disposition d'un véhicule automobile » datée du 6 juin 2006 mentionnant « une utilisation dans

les conditions prévues dans le contrat de travail, à savoir trajet du lieu de sa résidence à celui de son travail en Suisse et retour et Tous usages privés » et une « Attestation/à qui de droit » selon laquelle l'intéressé était sous contrat de travail lors de son accident de voiture du 4 avril 2013 (pce TAF 28).

**Q.**

Par duplique du 20 avril 2017 l'OAIE réitéra ses conclusions proposées dans son préavis du 24 janvier 2017. Il releva également que l'existence d'une convention de salaire net était une notion de droit civil et que dans la mesure où cette question demeurait litigieuse entre l'employeur et l'employé l'affaire devait être tranchée par le juge civil selon les ch. 2021 et 2024 des Directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG (pce TAF 30).

**R.**

Par ordonnance du 27 avril 2017 le Tribunal de céans porta un double de la duplique à la connaissance du recourant et mit un terme à l'échange des écritures (pce TAF 31).

**Droit :**

**1.**

**1.1** Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 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.

**1.2** Selon l'art. 37 LTAF la procédure devant le Tribunal de céans est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement. En vertu de l'art. 3 let. d<sup>bis</sup> 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 LPGGA s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26<sup>bis</sup> et 28 à 70), à moins que la LAI ne déroge expressément à la LPGGA.

### 1.3

**1.3.1** Selon l'art. 59 LPGGA, 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).

**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 1<sup>er</sup> 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. 33<sup>bis</sup> 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 1<sup>er</sup> 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.

**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.

## **2.**

**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 1<sup>er</sup> juin 2002. Dans le cadre de l'ALCP la Suisse est aussi un « Etat membre » au sens des règlements de coordination (art. 1<sup>er</sup> al. 2 de l'annexe II de l'ALCP).

**2.2** Selon l'art. 1<sup>er</sup> al. 1 en relation avec la section A de l'annexe II dans sa version entrée en force le 1<sup>er</sup> 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. 1<sup>er</sup> al. 1 en relation avec la section A ch. 3 et 4 dans la version en vigueur au 1<sup>er</sup> 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).

**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.

### **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).

### **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, 3<sup>e</sup> 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, 2<sup>e</sup> 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).

## 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 1<sup>er</sup> 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.

## 6.

**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. 29<sup>bis</sup> 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. 30<sup>ter</sup> 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).

**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.

**6.3** Selon l'art. 16 al. 1, 1<sup>ère</sup> 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).

**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).

**6.5** La correction du CI dans le cadre des art. 30<sup>ter</sup> 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, 3<sup>e</sup> éd. 2012, art. 30<sup>ter</sup> n° 3 ; VALTERIO, op. cit., n° 729).

## **7.**

**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).

**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 rap-

port 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).

**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).

**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).

**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 apparaît 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 prévoit 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 doit 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.

## **8.**

**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. 30<sup>ter</sup> 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. 30<sup>ter</sup> al. 2 LAVS, 138 al. 1 et 141 al. 2 RAVS.

**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. 30<sup>ter</sup> 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).

**8.3** La ratio legis de l'art. 30<sup>er</sup> 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, 1<sup>er</sup> 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).

**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.

**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.

#### **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.

#### **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).

#### **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.

**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.

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est partiellement admis dans la mesure de sa recevabilité. La décision de rente est annulée.

**2.**

Le dossier est renvoyé à l'autorité inférieure pour complément d'instruction au sens des considérants et nouvelle décision constatant le nouveau revenu annuel moyen déterminant à la base de la décision.

**3.**

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais de 800.- francs perçue en cours de procédure du recourant lui est restituée dès l'entrée en force du présent arrêt.

**4.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**5.**

Le présent arrêt est adressé :

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

Le président du collège :

Le greffier :

Christoph Rohrer

Pascal Montavon

**Indication des voies de droit :**

Pour autant que les conditions au sens des art. 82 ss, 90 ss et 100 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) soient remplies, la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :