RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1578/2002 **ATAS/140/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

6ème Chambre

du 14 février 2005

En la cause

Monsieur G_____, comparant par Me Gérald PAGE, avocat en l'étude duquel il élit domicile.	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, 54, route de Chêne, 1208 Genève	intimée
et	
G_____ ET P_____ SA, à Genève	appelée en cause

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Karine STECK et Juliana BALDE, Juges.

EN FAIT

1. La société G_____ ET P_____ SA (ci-après : la société), qui a pour but l'exploitation d'une ébénisterie et toutes autres activités commerciales et artisanales en relation avec la décoration d'intérieur et le travail de bois, a été inscrite au Registre du commerce de Genève (ci-après : RC) le 30 octobre 1985. Elle était détenue par Monsieur G_____, ressortissant français né en 1933 domicilié à Gaillard (F), et Madame P_____. Tous deux ont été inscrits au RC en tant qu'administrateurs dès le 12 août 1988 et occupaient respectivement les postes de vice-président et de présidente. Ils étaient détenteurs de comptes courants inscrits dans les livres de la société. Monsieur G_____ assurait l'administration et la direction générale ainsi que l'activité de direction technique et commerciale, alors que Madame P_____ assurait le contrôle de la gestion ainsi que la direction administrative et financière.

2. Par contrat signé le 1er janvier 1997 et intitulé « gentleman agreement », Monsieur G_____ et Madame P_____ ont convenu avec Monsieur Christophe S_____ des modalités de la reprise de l'intégralité de la société par ce dernier.

   Selon l'exposé de ce document, Monsieur G_____ et Madame P_____ détenaient l'intégralité du capital social de 400'000 fr. de la société. Ils étaient par ailleurs détenteurs de comptes courants inscrits dans les livres de la société, qui avaient fait l'objet d'une décision de postpositionnement en considération de la situation de la société. M. S_____ se déclarait intéressé par une collaboration étroite et permanente avec M. G_____ qui envisageait cette collaboration au sein de la société avec prise d'effet au plus tard au 1er janvier 1997 et consentait à consacrer à compter de cette date temps et disponibilité à des conditions dont les modalités concrètes resteraient à définir mais correspondant au schéma défini dans le Gentleman Agreement. L'article 1er prévoyait que le capital de la société serait porté de 400'000 fr. à 550'000 fr. par apports en espèces de Monsieur S_____. En contrepartie de cet apport, il recevrait des actions pour un montant équivalent. Simultanément, les propriétaires des actions lui céderaient à parts égales pour le prix de 1 fr. le nombre d'actions nécessaires pour porter sa participation à 1/3 du capital social. L'opération pouvait aussi être réalisée sous forme d'apport de la somme de 150'000 fr. en compte courant et blocage jusqu'à réalisation de résultats bénéficiaires et cession pour 1 fr. de un tiers du montant du capital social à M. S_____ par les associés.

   Selon l'article 2, l'acquéreur se voyait consentir en contrepartie du risque financier qu'il prenait selon l'article 1 une offre d'achat irrévocable des 2/3 restant des actions et du montant en compte courant détenus par les anciens associés ou leurs proches, le tout indivisément sauf accord particulier. L'acquisition aurait lieu pour le montant de 150'000 fr. concernant les actions ainsi que le compte courant de

Madame P_____ et de son père, et de 150'000 fr. également pour les actions et le compte courant des époux G_____. Le paiement pouvait être mensualisé sur une durée maximale de 5 ans pour correspondre aux capacités de remboursement de l'entreprise.

L'article 5 prévoyait que Monsieur G_____ s'engageait à consacrer à l'entreprise, pour la rémunération actuellement perçue par lui, le temps et les soins nécessaires à une saine gestion technique et commerciale et cela jusqu'à sa prise de retraite effective à l'âge légal. Au delà, il consentira à l'entreprise ses interventions en qualité de conseiller extérieur réservant exclusivement ses suggestions à la société à l'exclusion de toute autre activité extérieure rémunérée ou non.

D'un commun accord le montant de 150'000 fr. prévu à l'article 1 du Gentleman Agreement a été porté à 183'000 fr.

Monsieur G_____ a pris sa retraite le 1er avril 1998 et est resté inscrit au RC en tant qu'administrateur jusqu'en août 2001.

3. Par décision du 31 janvier 2002, la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après : la Caisse) a informé Monsieur G_____ qu'elle avait exigé de la société le paiement de cotisations paritaires sur la somme de 135'067 fr. qu'il avait perçue entre les mois d'avril 1998 et décembre 2000, laquelle était considérée comme provenant de l'exercice d'une activité salariée. Sur cette somme, un montant de 6'820 fr. 90 correspondait à la part de cotisations à la charge du salarié. Cette décision avait été prise par la Caisse suite à un contrôle d'employeur.

4. Selon les extraits du Grand Livre concernant les années 1998 à 2001, ainsi que diverses factures, quittances et relevés concernant la même période, le recourant a perçu régulièrement des versements de la part de la société dès le mois d'avril 1998. Ces versements étaient enregistrés dans les comptes de la société sous deux dénominations différentes, à savoir une rubrique « compte actionnaire » et une rubrique « honoraires ».

   S'agissant de la première de ces deux rubriques, le recourant a perçu 183'000 fr., dont une somme de 50'000 fr. de la part d'un des repreneurs en quatre versements entre les mois de mars et juin 1998, puis des versements réguliers d'un montant de 3'700 fr., soit à six reprises en 1998, douze fois en 2000 et à six reprises en 2001 auxquels s'ajoutent 7'122 fr. 35 en décembre 2001 pour clore le remboursement du compte actionnaire. Les pièces comptables de l'année 1999 manquent concernant cette rubrique.

   Sous la rubrique « honoraires » figurent des versements réguliers basés sur des factures intitulées « prestation de service soit établissement de plans, dessins et devis pour votre compte ». Le recourant a ainsi perçu des versements de 7'000 fr.

par mois d'avril à juillet 1998 et de 6'680 fr. par mois pour les mois d'août à décembre 1998. En 1999, sur la base des mêmes factures, il a perçu 11 mensualités ; soit trois fois 6'680 fr. entre les mois de février et mars et huit fois 5'010 fr. entre les mois d'avril et décembre. Pour l'année 2000, le recourant a perçu 12 mensualités ; soit 5'010 fr. en février et mars, 5'080 fr. en avril et neuf fois 3'387 fr. entre mai et décembre 2000. Enfin, en 2001, le recourant a perçu 8 fois 3'387 fr. entre les mois de février et septembre.

Au total, le recourant a ainsi encaissé les sommes de 194'199 fr. à titre d'« honoraires » et 184'000 fr. à titre de remboursement du compte actionnaire (selon les pièces comptables).

5. Le 22 février 2002, Monsieur G_____ a interjeté recours contre la décision du 31 janvier 2002 auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants, indiquant qu'il était retraité et que depuis cette date il n'était passé qu'une à deux fois par semaine dans les locaux de la société pour contrôler son bon fonctionnement. Etant encore actionnaire de la société, il voulait s'assurer du remboursement de ses actions. Parallèlement, il avait apporté une aide en établissant certains devis qui requéraient son expérience et ce travail avait été effectué en France à son domicile. Enfin, il signalait être titulaire d'un compte courant de 225'000 fr. lors de sa cessation d'activité. Selon lui, aucune cotisation n'était due sur les montants qui lui avaient été versés par la société.

6. Le 3 mai 2002, la Caisse a conclu au rejet du recours. Monsieur G_____ percevait un montant fixe de 3'700 fr. par mois qui constituait le paiement du prix de ses actions. Il continuait d'exercer certaines fonctions pour le compte de la société et pour lesquelles il était rémunéré. Le fait pour un travailleur d'être à la retraite ne le dispensait pas du paiement de cotisations, mais lui permettait de bénéficier d'une franchise non soumise à cotisation. La seule question qui se posait était de déterminer s'il avait agi en tant que salarié ou indépendant, la première de ces possibilités étant retenue par la Caisse, car les caractéristiques de l'activité indépendante faisaient défaut. Le lieu de l'activité était déterminant et ce lieu se situait à Genève, dans la mesure où le siège de l'entreprise s'y trouvait et que Monsieur G_____ y possédait un bureau dans lequel il se rendait fréquemment.

7. Dans sa réplique du 5 juin 2002, le recourant a indiqué que son aide en tant que conseiller extérieur n'avait consisté que dans l'établissement de devis, travail exécuté à son domicile en France. Par ailleurs, ses visites à l'entreprise avaient eu pour seul objet de surveiller la bonne marche de la société, afin d'être rassuré sur le règlement du solde des actions de la société à hauteur de 3'700 fr. par mois, qui avait été échelonné sur une période de trois ans. Il n'avait pas été payé pour ces contrôles. Il n'avait pas demandé le remboursement de son compte courant à son départ à la retraite, car cela aurait été néfaste pour la société. L'établissement de

devis lui permettait de récupérer une partie de ce compte courant. En janvier 1994, il avait versé une avance de 300'000 fr. à la société par le biais d'un prêt de son épouse. Le 30 juin 1998, il avait remboursé 220'000 fr. grâce à l'intégralité de son 2ème pilier et devait encore rembourser 54'000 fr. pour solder cet emprunt. Enfin, il ne possédait pas de véritable bureau à l'entreprise, mais uniquement un meuble sur lequel il procédait à ses contrôles.

8. Par courrier du 29 octobre 2003, le recourant a indiqué au Tribunal cantonal des assurances sociales, à qui la cause avait été transmise le 1er août 2003, qu'il n'était pas affilié en France en tant qu'indépendant. Cette affiliation n'était pas nécessaire vu le caractère spécifique de sa prestation. Ce revenu était destiné à compenser la perte de son 2ème pilier consécutivement au remboursement de son prêt à la société.

9. Par courrier spontané du 13 novembre 2003, le recourant a fait savoir au Tribunal que la « prestation en litige » lui avait été payée par les liquidités du compte courant qu'il avait dû abandonner aux repreneurs de son entreprise, de sorte qu'il était incompréhensible que ce paiement soit soumis à une quelconque taxe. Il se demandait également comment cette prestation avait pu être contrôlée par la Caisse et demandait à pouvoir consulter les pièces justificatives relatives à ce contrôle.

10. Dans sa réponse du 1er décembre 2003, la Caisse a indiqué que tous les justificatifs relatifs au contrôle se trouvaient dans le dossier du Tribunal, notamment des extraits du Grand Livre. La Caisse précisait par ailleurs qu'elle n'avait soumis à cotisation que les rémunérations relatives à l'activité professionnelle du recourant pour la société et non pas les versements mensuels qui lui étaient crédités en amortissement du prix de vente de la société.

11. Dans une détermination du 15 janvier 2004, le recourant, représenté par un avocat, a expliqué qu'il avait contracté un emprunt de 300'000 fr. auprès d'une banque pour le prêter à la société par la suite. En 1997, il avait cédé l'intégralité de ses actions et de son compte courant au repreneur. Tous les montants qu'il avait perçus par la suite étaient des paiements couvrant l'obligation d'acquéreur. Les quelques travaux effectués pour la société l'avaient été à bien plaire, comme convenu dans le contrat. Lui-même n'avait jamais établi de facture et les montants qui lui avaient été versés l'avaient été en paiement du prix de vente de ses actions et rachat de son compte courant, prestations non soumises à cotisation. Monsieur G_____ ne pouvait pas être tenu pour responsable de la manière dont étaient comptabilisés les paiements au sein de la société. Pour le surplus, il était étonné de voir certaines factures dans le dossier du Tribunal, notamment une facture du 30 mai 1998, et souhaitait que la Caisse produise les pièces en original. Enfin, il demandait au Tribunal d'entendre le repreneur, Monsieur S_____.

12. Le 29 janvier 2004, la Caisse a précisé que les factures se retrouvaient dans la comptabilité et qu'elles indiquaient expressément les prestations concernées. Elles avaient apparemment été établies par Monsieur G_____ lui-même. Par

ailleurs, les quittances relatives à certains versements en faveur du recourant portaient sa signature, de sorte qu'il était difficile pour lui de soutenir qu'il n'avait exercé aucune activité rémunérée. La Caisse a rappelé que seules les rémunérations concernant cette activité avaient fait l'objet d'une reprise, et non les 3'700 fr. perçus mensuellement à titre de remboursement du prix de vente des actions.

13. Le Tribunal cantonal des assurances sociales a tenu une audience de comparution personnelle des parties et d'enquêtes le 18 mai 2004. Au cours de cette audience, le recourant a indiqué qu'il avait été salarié de l'entreprise jusqu'à sa retraite et qu'il percevait à ce titre un revenu mensuel d'environ 7'000 fr. Il avait travaillé comme conseiller pour l'entreprise par la suite car il connaissait les clients, mais n'avait pas touché de rémunération pour cette activité. Il n'avait lui-même établi aucune facture à ce titre. Le repreneur lui versait une somme correspondant à ses parts dans la société et à son compte courant.

    Il a également indiqué en particulier que les factures à son nom des 30 avril et 30 mai 1998 qui lui étaient présentées par le Tribunal n'avaient pas été établies par lui et contenaient des erreurs dans l'adresse. Il admettait avoir signé les quittances correspondant aux factures et reçu les sommes indiquées, mais ne pouvait expliquer l'existence de ces factures. Ces versements correspondaient au remboursement de ses actions et de son compte courant. Le paiement de 183 actions pour un montant de 183'000 fr. avait été effectué par un versement d'un nouvel actionnaire, Monsieur B_____, et par des versements mensuels de 3'700 fr. Son compte courant s'élevait à environ 230'000 à 240'000 fr. en avril 1998. Le paiement du compte courant était plus irrégulier et intervenait à bien plaire.

    Après sa retraite, son activité consistait surtout à vérifier que l'entreprise fonctionne bien, ce qui était dans son intérêt. Il avait élaboré un programme informatique lui permettant de contrôler le nombre d'heures de travail nécessaires pour faire tourner l'entreprise. Il avait continué à effectuer ce contrôle après sa retraite pour lui-même et ne rendait pas de compte à la société. Il disposait d'un bureau au secrétariat.

    La Caisse a déclaré que la décision réclamant les cotisations à la société était entrée en force, mais le dossier était en suspens dans l'attente de l'issue de la procédure. Le contrôleur de la Caisse avait rencontré sur place une comptable nommée C_____.

    Le même jour, Monsieur S_____, repreneur de l'entreprise et actuel administrateur de la société a été entendu. D'après lui, le recourant avait facturé à la société ses prestations de conseil données après sa retraite. Les factures d'avril et mai 1998 qui lui étaient soumises avaient été établies par Monsieur G_____ lui-même ou par le secrétariat de l'entreprise. Ces pièces étaient nécessaires pour calculer les heures effectuées sur chaque chantier. En 1998, il travaillait encore pratiquement tous les jours, en 1999, il travaillait 3,5 jours par semaine, puis 2 jours par semaine en 2000 et un seul jour en 2001. L'expérience du recourant était

indispensable aux repreneurs de l'entreprise. Il effectuait notamment des dessins sur la base de relevés faits auprès de clients et disposait pour cela d'une table dans le bureau de Monsieur S_____. La variation des rémunérations s'expliquait par le fait qu'elles étaient plafonnées d'entente avec Monsieur G_____. En juin 1998 s'était tenue une assemblée générale au cours de laquelle Monsieur G_____ et Madame P_____ avaient décidé de se faire payer leurs actions par un retrait mensuel de leur propre compte courant. Il n'avait lui-même pas effectué de paiement direct. Monsieur S_____ a par ailleurs indiqué qu'il avait lui-même rédigé l'enveloppe adressée à Monsieur G_____ postée le 25 septembre 2003 et qui lui était soumise. Il n'avait par contre pas établi les factures, qui avaient pu être rédigées par Madame P_____. Il était possible que les erreurs figurant sur les factures proviennent du fichier informatisé de la société. Enfin, il n'existait pas de compte courant actif de la société où apparaîtraient des montants pour lesquels il serait débiteur.

14. Le 19 mai 2004, la société a transmis au Tribunal de céans différentes pièces concernant le compte courant du requérant et les prestations facturées à la société, soit des extraits de grands livres, des relevés manuels de Monsieur G_____, des copies de quittances portant sa signature ou celle de Madame P_____ et la liste des factures établie au sein de la société pour Monsieur G_____. Elle a relevé que les dates de paiement étaient souvent antérieures ou du même jour que l'établissement de la facture, car c'était lorsqu'il demandait son règlement que la facture était établie sous ses ordres.

15. Le 14 juin 2004, le Tribunal a entendu Madame P_____ à titre de témoin. Elle a déclaré qu'elle était actionnaire et administratrice de l'entreprise et qu'elle y avait travaillé jusqu'au 28 février 2000. Depuis mars 1998, Monsieur G_____ n'avait pas continué à travailler, mais passait 2 à 3 fois par semaine pour seconder le repreneur de l'entreprise et veiller à ses propres intérêts. Il partageait un bureau avec une secrétaire et avait également partagé le bureau du repreneur durant un certain temps. Il accomplissait son travail de conseil à bien plaire et n'avait jamais émis de facture. Madame P_____ connaissait parfaitement l'adresse de Monsieur G_____ de mémoire. Ce n'était pas elle qui avait établi les factures sur lesquelles l'adresse était erronée et qui comportaient une faute d'orthographe qu'elle n'aurait jamais commise. Elle les avait comptabilisées sans se poser de questions. S'agissant de la reprise de la société, il était convenu que le repreneur lui verse ainsi qu'à Monsieur G_____ un montant de 150'000 fr. augmenté par la suite à 183'000 fr. En ce qui la concernait, elle avait reçu ce montant par mensualités de 5'000 fr. qui apparaissaient avec la mention au débit du compte courant. Elle ne savait pas exactement ce que Monsieur G_____ avait reçu. Il se pouvait que le compte courant de celui-ci soit plus élevé que le sien.

Selon elle, les heures effectuées par les associés n'entraient jamais en ligne de compte lorsqu'il s'agissait de facturer les prestations de la société aux clients et selon l'accord conclu entre les parties, le recourant ne devait plus travailler pour la société après sa retraite, mais uniquement épauler le repreneur en tant que conseiller.

16. Entendu le 14 juin 2004, Monsieur G_____ a déclaré au Tribunal que le relevé manuscrit sur lequel figurait son nom et qui lui était présenté avait été établi par lui-même. Son compte courant était bien supérieur à celui de Madame P_____, ce qui justifiait la différence de rémunération.

17. Dans sa détermination du 30 juillet 2004, le recourant a persisté dans ses conclusions. Il avait vendu ses actions et son compte courant dans la société au repreneur et était resté gracieusement à disposition de l'entreprise. Les enquêtes avaient démontré qu'il n'avait jamais établi de facture pour les conseils donnés à la société après la reprise de celle-ci. Par ailleurs, ces factures étaient probablement fausses. Le repreneur, qui s'était engagé contractuellement à acquérir et payer les actions et comptes-courants des anciens actionnaires avait remboursé ceux-ci par la biais de la trésorerie de la société. Ainsi, les paiements qu'il devait assumer personnellement, effectués au débit des comptes de la société, n'avaient pas été comptabilisés comme une créance de la société envers le repreneur. Très vraisemblablement, afin de ne pas apparaître lui-même débiteur de la société puisque celle-ci assumait ses dettes personnelles, il avait établi les factures pour comptabiliser les versements effectués au recourant comme des charges de la société. De la sorte, le repreneur se versait économiquement un bénéfice de la société en lui faisant assumer, sans contrepartie comptable, une dette personnelle. Une partie des déclarations du repreneur n'étaient donc pas conforme à la vérité. Enfin, le contenu du procès-verbal de l'assemblée générale de la société du 10 octobre 2003, que le repreneur avait versé à la procédure, était également contraire à la vérité.

18. Le 30 juillet 2004, la Caisse a également maintenu intégralement sa position. Il ressortait des enquêtes que le contrat signé entre les parties prévoyait le rachat par le repreneur des actions et du compte courant du recourant pour un montant de 150'000 fr. (augmenté par la suite à 183'000 fr.). Les 3'700 fr. payés mensuellement représentaient précisément ce remboursement, et le compte courant ne faisait pas l'objet de paiements distincts, ce qui avait été confirmé par Madame P_____. Il était donc faux de prétendre que les montants variables perçus par le recourant correspondaient au remboursement du compte courant, payé séparément des actions.

    Il restait certes incertain de savoir qui avait établi les factures, mais cela n'était pas déterminant, dans la mesure où le recourant avait admis avoir perçu les montants y relatifs et signé les quittances. Il était intéressant de constater que le recourant

signait deux types de quittances, certaines avec la mention « remboursement compte courant » et d'autres avec la mention « paiement facture ». Il était donc difficile de soutenir qu'il ignorait l'existence des factures. Dès lors, il y avait lieu d'en déduire que le recourant percevait deux types de versements distincts, l'un étant le remboursement des actions et du compte courant, l'autre la rémunération de prestations effectuées pour la société. Cela était du reste confirmé par le rapprochement de ce dernier type de factures avec les compte du Grand Livre, dans lequel les montants apparaissaient sous la rubrique « honoraires divers sans TVA », ce qui tendait à prouver qu'il s'agissait bien de paiements pour prestations rendues. Il fallait donc considérer que le recourant avait perçu des rémunérations pour ses activités après la retraite, lesquelles devaient être soumises à cotisations.

19. Par ordonnance du 6 septembre 2004, le Tribunal cantonal des assurances sociales a appelé en cause G_____ ET P_____ SA et lui a fixé un délai pour se déterminer.

20. Le 29 octobre 2004, l'appelée en cause a conclu à titre préalable à ce que Madame C_____ soit entendue par le Tribunal et à titre principal à ce qu'aucune charge sociale ne soit prélevée sur les honoraires perçus par Monsieur G_____ au titre de conseiller externe. L'entreprise créée par Monsieur G_____ et Madame P_____ était très florissante au début de son activité, passant de 4 à 25 employés. A la fin de l'année 1994, la capital-actions avait été augmenté de 150'000 fr. à 400'000 fr. Alors que la société rencontrait d'importantes difficultés financières en 1996, Monsieur G_____ avait rencontré Monsieur S_____ pour que celui-ci l'aide à sortir la société des difficultés. Un système efficace de gestion de la trésorerie avait été mis en place et Messieurs S_____ et D_____ avaient fait part de leur intérêt à la reprise de la société, qui leur avait été proposée par Monsieur G_____. Un protocole avait été signé le 1er février 1997, qui prévoyait la postposition des créances des deux actionnaires au vu de la situation financière difficile de la société. Ce geste avait pour but de rassurer les créanciers de la société et d'éviter le surendettement. De façon inattendue, Madame P_____ et Monsieur G_____ avaient révoqué leur postposition, ce qui n'avait pas amélioré la situation de la société, qui avait requis et obtenu un ajournement de faillite le 27 mai 2004.

La décision de révocation des postpositions avait vraisemblablement été prise lors d'une assemblée générale du 30 juin 1998, dont personne ne possédait le procès-verbal. Les anciens propriétaires effectuaient eux-mêmes un retrait mensuel de leur propre compte courant. Ce remboursement s'élevait à 3'700 fr. en ce qui concerne Monsieur G_____ et faisait l'objet de quittances. La somme totale que les anciens propriétaires s'étaient remboursés se montait à 183'000 fr. par personne. Pour le surplus, Monsieur G_____ avait continué à travailler pour la société au-delà de sa retraite. Il intervenait en tant que prestataire externe et sa tâche était

de réaliser des calculations d'offres de prix pour lesquelles il présentait des factures, qui étaient rédigées par Madame P_____, puis par Madame C_____, raison pour laquelle il serait utile d'entendre cette dernière. Les factures n'avaient donc pas été établies par Monsieur S_____.

La Caisse se trompait lorsqu'elle soutenait que Monsieur G_____ effectuait son activité en tant qu'employé de l'entreprise. En réalité, celui-ci agissait pour la société en tant qu'indépendant, ce qui découlait du protocole de reprise et des enquêtes. Lorsque la Caisse avait réclamé le paiement de cotisations sociales sur le montant de ces factures, la société n'avait pas recouru en raison du manque de temps des administrateurs, trop occupés par la situation financière catastrophique. La société ne reconnaissait pas pour autant devoir verser de telles cotisations sur ces montants, dans la mesure où le recourant agissait pour elle en tant qu'indépendant. Le fait que le recourant n'était affilié en tant qu'indépendant ni en Suisse ni en France à ce moment ne faisait pas automatiquement de lui un employé de la société. En effet, il avait des horaires très irréguliers, travaillait parfois à son domicile en France et il n'y avait aucun lien de subordination envers la société. Les conditions cumulatives permettant de reconnaître qu'il agissait en vertu d'un contrat de travail n'étaient donc pas remplies. Dès lors, aucune charge sociale ne devait être prélevée sur les honoraires perçus par le recourant au titre de conseiller externe.

21. Cette détermination a été transmise aux parties le 2 novembre 2004 par le Tribunal de céans qui a ensuite gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'assurance-vieillesse et

survivants (cf. art. 56 V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour connaître du présent litige.

3. La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (ci-après : LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, a entraîné de nombreuses modifications dans le domaine des assurances sociales. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1, 121 V 386, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 LPGA). Le présent litige sera en conséquence examiné à la lumière des dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (ci-après : LAVS) et du règlement l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après : RAVS) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

4. Déposé dans les forme et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable à la forme, en vertu de l'art. 84 LAVS.

5. En droit suisse, sont notamment assurées obligatoirement à l'assurance-vieillesse et survivants les personnes physiques domiciliées en Suisse et les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative (art. 1 al. 1er LAVS), à l'exception des personnes affiliées à une institution officielle étrangère d'assurance-vieillesse et survivants si l'assujettissement à la présente loi constituait pour elles un cumul de charges trop lourdes (art. 1er al. 2 LAVS).

   La jurisprudence entend par les termes d'activité lucrative au sens de l'art. 4 al. 1 LAVS l'exercice d'une activité (personnelle) déterminée, destinée à l'obtention d'un revenu et à l'accroissement du rendement économique. Pour établir l'existence d'une telle activité, il n'est pas nécessaire de savoir si l'intéressé a subjectivement l'intention d'obtenir un gain pour lui-même. Cette intention doit bien plutôt ressortir des circonstances économiques du cas particulier. Le critère essentiel démontrant l'existence d'une activité lucrative réside ainsi dans la concrétisation planifiée d'une volonté correspondante sous la forme d'une prestation de travail, cet élément devant être établi également à satisfaction de droit (ATFA non publié du 1er juin 2004 en les causes H 200/03 et H 201/03 ; ATF 128 V 25 consid. 3b, 125 V 384 consid. 2a et les références de jurisprudence et de doctrine).

   Les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour cent du revenu provenant de l'exercice de l'activité dépendante et indépendante (art. 4 al. 1er LAVS). L'obligation de payer des cotisations dépend notamment – du point de vue des assurances sociales – 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. En effet, une cotisation de 4,2 % est perçue sur le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé ci-après salaire

déterminant, à laquelle s'ajoutent notamment l'assurance-invalidité, pour une cotisation totale de 5,05 %.

Le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail (art. 5 al. 2 LAVS).

Quant au revenu provenant d'une activité indépendante, il comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS). L'art. 17 RAVS précise cette notion de la manière suivante : est réputé revenu provenant d'une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 9 al. 1 LAVS tout revenu acquis dans une situation indépendante, provenant de l'exploitation d'une entreprise commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou sylvicole, de l'exercice d'une profession libérale ou de tout autre activité, y compris les bénéfices en capital et les bénéfices réalisés lors de transfert d'éléments de fortune au sens de l'art. 18 al. 2 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (ci-après : LIFD) et les bénéfices provenant de l'aliénation d'immeubles agricoles ou sylvicoles conformément à l'art. 18 al. 4 LIFD (à l'exception des revenus provenant des participations déclarées comme fortune commerciale selon l'art. 18 al. 2 LIFD).

Selon la jurisprudence, pour trancher la question de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée, la nature juridique des rapports contractuels existants n'est pas déterminante. Il faut s'en tenir davantage à la situation économique. Certes, les rapports de droit privé sont susceptibles, le cas échéant, de fournir des indices pour la qualification du statut juridique vis-à-vis de l'AVS, mais ils ne sont pas décisifs.

On admet généralement l'existence d'une activité salariée lorsqu'une personne dépend d'un employeur du point de vue économique et dans l'organisation du travail et qu'elle ne supporte pas le risque spécifique à l'entreprise (VSI 2001 p. 252 consid. 2a; VSI 1998 p. 235 consid. 4a; VSI 1997 p. 106s. consid. 2a). Le risque particulier de l'entrepreneur découle du fait que, quel que soit le résultat de son activité, il doit supporter les coûts de son entreprise, en particulier les frais généraux, pertes, risque d'encaissement et de ducroire (VSI 1998 p. 235 consid. 4a; Greber / Duc / Scartazzini, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, ad art. 5 LAVS, n°111). Ainsi, le risque d'entrepreneur au sens donné par cette expression dans l'assurance-vieillesse et survivants signifie avant tout que l'assuré est responsable des pertes résultant de l'insolvabilité des clients, de livraisons défectueuses ou de dispositions erronées (RCC 1986 consid. 4d p. 652).

A eux seuls toutefois, ces principes ne permettent pas de dégager des solutions uniformes qui soient applicables systématiquement. La diversité des situations qui caractérisent la vie économique oblige à apprécier le statut de cotisant d'une personne active en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier. Comme il arrive souvent que l'on retrouve dans un cas d'espèce les caractéristiques des deux genres d'activité, il faut alors se demander quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (VSI 2001 p. 252 consid. 2a ; VSI 1998 p. 235 consid. 4a; ATF 123 V 162s. consid. 1 = VSI 1998 p. 56 consid. 1 ; ATF 122 V 171 = VSI 1996 p. 256).

Investissements d'une certaine importance, utilisation de ses propres locaux de travail et rétribution de son propre personnel sont les caractéristiques d'une activité indépendante (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; ATF 119 V 163 consid. 3b = VSI 1993 p. 226). Le risque spécifique assumé par l'entrepreneur consiste dans les frais que l'intéressé est appelé à supporter indépendamment du succès qu'il peut remporter dans son travail (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; RCC 1986 p. 347 consid. 2d; RCC 1986 p. 126 consid. 2b).

En revanche, on se trouve en présence d'une activité dépendante lorsqu'elle présente les traits typiques du contrat de travail, à savoir lorsque l'intéressé doit offrir ses services pour une certaine durée, qu'il doit se tenir à disposition de l'entreprise - se trouvant alors dans l'incapacité de fait d'exercer quelque autre activité lucrative - et qu'il est lié aux instructions de l'entreprise (par exemple : il n'est pas libre de refuser les mandats, il est soumis à une clause de non - concurrence [RCC 1992 174s. consid. 4b]) qui décide également, pour la plus grande part, de la durée et de l'organisation du travail. De tels éléments parlent en effet en faveur d'un rapport de subordination (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12ème éd., p. 34ss; Vischer, Der Arbeitsvertrag, SPR VIII/1 p. 306 = Traité de droit privé suisse, vol. VII, tome I, 2, 1982 p. 34). L'observation d'un certain plan de travail, l'obligation de rendre compte de l'avancement des travaux ainsi que le recours à l'infrastructure du lieu de travail constituent autant d'indices d'une activité dépendante (RCC 1982 p. 176). Le risque économique couru par l'assuré tient alors à lui seul dans ce cas à la réussite personnelle ou, en cas d'activité exercée régulièrement, dans le fait de se retrouver, si le rapport de travail cesse, dans une situation semblable à celle d'un salarié qui perd son emploi (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; ATF 119 V 163 consid. 3b = VSI 1993 p. 226; ATF 112 V 169 = VSI 1996 p. 256).

6. S’agissant des ressortissants français domiciliés en France, leur assujettissement à l’assurance est régi par la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République française conclue le 3 juillet 1975 (ci-après : la Convention), étant précisé que l’accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la communauté européenne et ses états membres sur la libre circulation des personnes est entré en vigueur le 1er juin 2002.

Selon la Convention, les travailleurs salariés exerçant leur activité professionnelle sur le territoire de l'un des Etats sont soumis à la législation de cet Etat, même s'ils résident sur le territoire de l'autre Etat ou si leur employeur ou le siège de l'entreprise qui les occupe se trouve sur le territoire de ce dernier Etat. Les travailleurs indépendants qui exercent leur activité professionnelle sur le territoire de l'un des Etats sont soumis à la législation de cet Etat, même s'ils résident sur le territoire de l'autre (art. 7 al. 1er et 2).

Le lieu de l'activité est ainsi déterminant.

7. En préambule, il y a lieu de statuer sur la demande d'audition de Madame C_____ formulée par l'appelée en cause.

Le procès en matière d'assurance sociale est gouverné par la maxime inquisitoire, ce qui implique par ailleurs que la juridiction cantonale peut procéder à une appréciation anticipée des preuves (ATF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c ; ATFA non publié du 13 mai 2002 en la cause H 65/01 consid. 5 in fine) et qu'une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n° 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d et l'arrêt cité).

En l'espèce, les précisions qui pourraient être apportées par l'actuelle comptable de l'entreprise ne sauraient être décisives sur l'issue du litige, ainsi qu'on le verra ci-dessous. Dès lors, le Tribunal peut valablement renoncer à son audition.

8. En ce qui concerne le fond du litige, les montants que le recourant a perçus de la société apparaissent dans les comptes de celle-ci sous deux formes, soit comme remboursement du compte courant et comme paiement d'honoraires. Ces versements ont été enregistrés sous des rubriques différentes, soit « compte actionnaire » et « honoraires sans TVA ».

S'agissant du montant de 184'000 fr. perçu par le recourant, il n'est pas contesté qu'il ne s'agit pas d'un revenu tiré d'une activité lucrative, de sorte qu'il ne doit pas être soumis à cotisation. Reste la question des montants perçus et enregistrés sous forme d'honoraires par la société et considérés par la Caisse comme correspondant au revenu d'une activité salariée, soit 194'199 fr. au total et 167'103 fr. pour la période d'avril 1998 à décembre 2000 (selon les pièces comptables figurant au dossier), objet de la décision litigieuse.

Il s'agit donc de déterminer si ce montant, perçu par le recourant entre le 1er avril 1998 et le 31 décembre 2000, est soumis à cotisation, en ce sens qu'il constituerait effectivement la rémunération d'une activité lucrative en Suisse, cas échéant de savoir si cette activité doit être considérée comme dépendante ou indépendante.

9. Tout d'abord, il y a lieu de déterminer si une activité lucrative au sens de la LAVS a été exercée par Monsieur G_____ après le 1er avril 1998, date à laquelle il a pris sa retraite.

En effet, le recourant soutient qu'il était resté à disposition de la société au-delà de cette date pour la conseiller ponctuellement, et cela à bien plaire. Il a fait valoir au cours de l'audience de comparution personnelle et dans ses écritures qu'il n'avait pas touché de rémunération pour cette activité. Tous les montants perçus de la part de la société à partir de cette date constitueraient le paiement du prix de vente de ses actions, ainsi que le remboursement de son compte courant, ce qui n'était pas soumis à cotisation. Pour le surplus, le recourant indique n'avoir jamais établi de facture pour du travail effectué pour la société. De leur côté, la Caisse et la société concluent de l'existence de ces factures l'exercice effectif d'une activité pour la société.

S'agissant de l'activité que le recourant aurait déployée dans la société, il ressort des enquêtes qu'il disposait d'une place de travail, parfois dans le bureau de la secrétaire (procès-verbal du 18 mai 2004 - déclaration du recourant ; procès-verbal du 14 juin 2004 – déclaration de Mme P_____), parfois dans le bureau de M. S_____ (procès-verbal du 18 mai 2004, déclaration de M. S_____, procès-verbal du 14 juin 2004 précité). Il passait dans l'entreprise en 1998 pratiquement tous les jours plusieurs heures, en 1999 environ 3,5 jours, en 2000 2 jours et en 2001, 1 jour (procès-verbal du 18 mai 2004 – déclaration de M. S_____). Cependant, la présence du recourant dans la société dans la mesure précitée ne permet pas à elle seule de conclure à l'existence d'une activité lucrative.

Les enquêtes ont permis de démontrer que les factures émises au nom du recourant n'ont pas été rédigées par celui-ci. En effet, elles comprennent plusieurs erreurs importantes (code postal, numéro de la rue et orthographe de la rue) que le recourant n'aurait assurément pas commises. Ce dernier a certes admis avoir signé les quittances correspondant aux factures, mais cela ne prouve aucunement qu'il aurait rédigé lui-même les factures correspondantes ou qu'il en aurait eu connaissance, quand bien même la mention « paiement facture » y figure. Il est en effet vraisemblable que celui-ci se soit contenté de signer les quittances à réception des sommes correspondantes, sans procéder à des vérifications particulières. Ces quittances attestent donc uniquement du fait que le recourant a effectivement perçu les montants qui y figurent, ce qu'il a par ailleurs expressément admis. Le recourant a également indiqué au Tribunal de céans ne jamais s'être occupé de la comptabilité, dont son associée se chargeait avant la reprise de la société. Il ne s'est donc pas inquiété de la manière dont les sommes qu'il percevait seraient enregistrées dans les comptes de la société.

Par ailleurs, Madame P_____ a indiqué au Tribunal de manière convaincante qu'elle n'avait pas rédigé les factures elle-même, lesquelles provenaient

vraisemblablement de son ordinateur utilisé notamment par M. S_____. Connaissant l'adresse de son associé de longue date, elle a spontanément dit qu'elle n'aurait pas commis ces nombreuses erreurs sur toutes les factures émises au nom du recourant, et a au cours de son audition fourni l'adresse correcte du recourant.

Il est par contre intéressant de constater que l'enveloppe de convocation du recourant à une assemblée générale dont l'adresse a été rédigée par le repreneur de l'entreprise comprend exactement les mêmes erreurs que les factures émises au nom du recourant. Il est établi que ces factures ont été rédigées au sein de la société et qu'elles sont souvent datées du même jour que la quittance signée par le recourant. A noter que plusieurs quittances (notamment celles des 4 février, 1er mars, 3 avril, 27 juin et 5 août 2000) ont même été signées plusieurs jours avant que la facture correspondante ait été rédigée. Enfin, Mme P_____ a également déclaré de façon convaincante, contrairement à ce que M. S_____ a expliqué, qu'aucune heure effectuée par les associés – dont le recourant – n'entrait en ligne de compte pour le chiffrage des factures.

Cela démontre que, contrairement à ce qu'affirme le repreneur de la société, le recourant n'a pas émis de factures, qu'il n'était en particulier pas payé sur présentation de factures, mais que celles-ci étaient rédigées au sein de la société après que le recourant ait perçu un remboursement.

De fait, les passages du recourant dans l'entreprise visaient, selon Mme P_____, à seconder M. S_____ et veiller à ses propres intérêts, soit une activité réalisée à bien plaire sans établissement de factures. A cet égard, Mme P_____ a déclaré qu'il n'était pas prévu que le recourant soit rémunéré après sa retraite mais uniquement qu'il épaule M. S_____ à titre de conseiller. C'est ce que le recourant a allégué en disant qu'il passait dans l'entreprise pour surveiller la bonne marche de celle-ci sans établir de factures. Son but résidait dans le fait que la société soit économiquement florissante pour pouvoir obtenir le remboursement du prix de vente de ses actions et le remboursement de son compte courant d'un montant de 230'000 à 240'000 fr. lors de son départ à la retraite.

S'agissant des montants reçus selon le recourant au titre de remboursement de son compte courant, il est vrai, comme le relève la caisse, que l'arrangement initial prévoyait un remboursement unique de 183'000 fr. y compris le compte courant. Cependant, Mme P_____ tout en déclarant qu'elle aurait reçu, d'après elle, le même montant de 183'000 fr. que le recourant, n'exclut pas que la situation de celui-ci fût différente, notamment que le compte courant du recourant ait compris un montant différent du sien. Il apparaît ainsi vraisemblable que le recourant ait revendiqué un montant supplémentaire pour couvrir une partie du prêt de 300'000 fr. qu'il avait consenti à la société. A cet égard, le Gentleman Agreement qui prévoyait le paiement à chacun des associés de 150'000 fr. pour leurs actions et leur compte courant, a fait l'objet d'accords oraux subséquents puisque les parties

admettent notamment que le montant de 150'000 fr. a été porté à 183'000 fr. sans modification écrite dudit document. Il n'est ainsi pas exclu qu'un accord particulier soit intervenu avec le recourant au sujet du remboursement de son compte courant. Par ailleurs, il ressort du Gentleman Agreement que le recourant deviendrait effectivement salarié de la société dès le 1er janvier 1997 au plus tard, pour le salaire qu'il percevait antérieurement et cela jusqu'à l'âge de la retraite. Au delà, une activité intitulée de « conseiller extérieur » était mentionnée sans faire référence à une quelconque modalité de rémunération. Cette activité apparaît bien plutôt comme incluse dans le contrat de reprise de la société, au titre de contre-prestation due au repreneur.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que les montants versés par la société au recourant sous la mention « honoraires » ne correspondaient pas à une prestation de travail mais ont consisté en réalité au remboursement d'une partie du compte courant de celui-ci, en particulier du prêt de 300'000 fr. consenti par ce dernier à la société, comme le recourant l'a expliqué en audience de comparution personnelle. L'activité exercée par le recourant après sa retraite a été limitée aux conseils prodigués au repreneur et au contrôle de la bonne marche de la société – par le biais d'un programme informatique spécifique – pour son propre compte, activité non rémunérée. Les montants perçus entre avril 1998 et décembre 2000 ne sauraient en conséquence être qualifiés de revenu d'une activité dépendante ou indépendante.

10. Le recours est donc admis et la décision litigieuse annulée. Le recourant obtenant gain de cause, une indemnité de 2'000 fr. lui sera allouée, à charge de la Caisse.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.

3. Annule la décision de la Caisse cantonale genevoise de compensation du 31 janvier 2002.

4. Condamne la Caisse cantonale genevoise de compensation au paiement d'une indemnité de 2'000 fr. en faveur du recourant.

5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier:	La présidente :
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

Le secrétaire-juriste :
Marius HAEMMIG

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le