

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 19 décembre 2011

Présidence de Mme PASCHE
Juges : Mme Thalmann et M. Métral
Greffier : M. Germond

* * * * *

Cause pendante entre :

R. _____ **GmbH**, à Bettlach, recourante, représentée par Me Patrick Burkhalter, avocat au Locle,

et

CAISSE CANTONALE VAUDOISE DE COMPENSATION AVS, à Clarens, intimée,

et

A. _____, à Morges (tiers intéressé à la procédure).

Art. 5 al. 2 et 9 al. 1 LAVS; 6 ss RAVS

E n f a i t :

A. a) Le 31 janvier 2009, A. _____ (ci-après: l'assurée) a complété un questionnaire d'affiliation pour les personnes de condition indépendante, indiquant avoir débuté le 1^{er} octobre 2008 une activité de consultante RH et RP. Elle précisait ne pas être inscrite au Registre du commerce, mais travailler en partenariat avec la société R. _____ GmbH (ci-après: R. _____ ou la recourante), qui lui permettait d'utiliser ses nom, papier en-tête et site internet. Dans son courrier à la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS (ci-après: la caisse ou l'intimée) du 30 janvier 2009, envoyé sur papier en-tête d'R. _____, l'assurée a précisé ce qui suit:

"J'ai ouvert un bureau à [...] ce qui me permet de travailler en Suisse en tant qu'indépendante, en partenariat avec la firme R. _____ Sàrl à [...], Mme [...], firme inscrite au RC [Registre du commerce] de [...]. Nous sommes toutes deux indépendantes et je souhaite obtenir un statut d'entreprise individuelle pour le moment. Par contre j'utilise le papier à lettres, le site Internet, le nom de la firme R. _____ tout en restant indépendante de celle-ci. Je supporte l'entier de mes charges, location, téléphone, parkings, et autres charges d'exploitation, Internet. etc...
Actuellement j'ai deux mandats en cours, l' [...] (Confédération) et l'hôpital de [...] et vous retourne ci-joint le formulaire rempli concernant ma demande d'affiliation."

Le 14 février 2009, l'assurée a répondu à des questions complémentaires de la caisse, en indiquant notamment qu'R. _____ était inscrite au Registre du commerce de [...]. L'intéressée expliquait qu'elle avait ouvert une filiale qui serait inscrite par la suite, mais déclarait que pour l'instant, elle était une société individuelle simple. En réponse aux questions de la caisse, l'assurée a notamment relevé qu'elle était libre de refuser un travail, ainsi que dans son emploi du temps et l'organisation de son travail, qu'elle n'occupait pas de personnel, qu'elle était rémunérée sous forme de mandat, que tous les frais étaient à sa charge, et qu'elle n'était pas inscrite au Registre du commerce, alors que l'entreprise "mère" l'était. L'assurée a notamment joint à son envoi des conditions de sélection de cadres par R. _____ Sàrl, ainsi qu'un "contrat d'agence et de

partenariat" passé entre elle et R._____ le 18 décembre 2008, à la teneur suivante:

"Préambule

La société R._____ (ci-après R._____) a mis au point des concepts, services et outils performants utilisés dans le cadre de l'évaluation, du placement, du développement et du coaching du personnel et des cadres des entreprises.

Mme A._____ dispose d'une longue expérience et pratique dans le domaine des ressources humaines et notamment du recrutement de personnel.

Les parties conviennent de mettre en commun leurs expériences respectives et d'en développer les synergies en offrant au marché, sous l'enseigne de «R._____», un ensemble exhaustif et performant de prestations répondant à l'essentiel des besoins inventoriés en matière de ressources humaines.

Article premier

En tant que partenaire, Mme A._____ offrira aux entreprises qu'elle aura démarchées ou avec lesquelles elle travaille déjà, la possibilité de recourir aux produits et outils constituant le pôle de compétences de R._____. Il s'agira en particulier des procédés d'assessments (évaluation) pour des recherches, des sélections ou du développement, de team building, de coaching, d'outplacement, des processus de multi-évaluations (processus à 360°), de bilans de carrière, des modèles de compétences et des profils à succès.

Article 2

Le partenaire s'engage à promouvoir les produits et outils évoqués à l'art. 1 ci-dessus et à s'abstenir de vendre à la clientèle les services et produits développés par d'autres sources et organisations actives dans les services en ressources humaines.

Article 3

Si le partenaire entend promouvoir et vendre d'autres produits RH, non fournis par R._____, il pourra le faire moyennant accord préalable de R._____. Ces autres produits ne pourront être vendus qu'au nom propre du partenaire, sans référence à R._____, leur exploitation sortant du présent cadre contractuel.

Les parties pourront toutefois convenir d'intégrer ces produits dans le portefeuille de prestations de R._____.

Article 4

Pour la vente des services ou produits développés et facturés par R._____, le partenaire aura droit à la rémunération suivante:

- du 1^{er} au 3^{ème} service ou produit
vendu à un nouveau client 10% du prix facturé
- du 4^{ème} au 10^{ème} service ou produit
vendu à ce même client 8% du prix facturé
- à compter du 11^{ème} service ou produit
vendu à ce même client 5% du prix facturé

La rémunération du partenaire, telle qu'elle est définie ci-dessus, prend fin à compter de la 5^{ème} année après la facturation de la première vente au client.

Article 5

Indépendamment de la rémunération définie à l'art. 4 ci-dessus pour l'acquisition des outils et produits de R._____, le partenaire facture à R._____ ses prestations propres aux clients (par exemple dans le domaine du recrutement), selon le barème figurant dans l'Annexe I au présent contrat.

Article 6

Lorsque R._____ fournit au partenaire l'occasion de conclure un contrat portant sur les prestations propres du partenaire, R._____ a droit à la rémunération suivante:

- 10% des prestations facturées au client durant la 1^{ère} année
- 8% des prestations facturées au client durant la 2^{ème} année
- 5% des prestations facturées au client les années suivantes

Article 7

Les prestations assurées pour la clientèle, quelle qu'en soit leur nature, seront facturées par R._____, laquelle assumera la gestion des débiteurs et des éventuels impayés.

Les montants dus par R._____ au partenaire, du fait des prestations exécutées par le partenaire et des commissions d'acquisition auxquelles il a droit, seront payés dans les 10 jours à réception du paiement par le client.

Le risque d'impayé est supporté par chacune des parties, à concurrence de la somme qui lui revient sur chaque facturation.

Article 8

De manière à permettre au partenaire de justifier d'une connaissance optimale des services et produits, R._____ assure une formation ad hoc d'une journée. Le partenaire participera, au surplus, en tant qu'observateur, à un assessment réalisé par R._____.

De surcroît et si des informations approfondies et spécifiques sont requises par un client, R. _____ fournira au partenaire le concours et l'assistance nécessaire, de manière à répondre aux attentes du client (ou prospect).

Article 9

R. _____ et le partenaire se réuniront régulièrement (en principe une fois par mois) pour faire le point de leurs activités. Le partenaire participera également aux événements organisés par R. _____ afin de connaître au mieux le fonctionnement de l'organisation, les clients cible, la stratégie et les nouveaux services qui auront été développés.

Article 10

Les coûts des prestations fournies par R. _____ en matière de formation, d'assistance, d'encadrement, de même que les coûts liés à la plateforme Internet (homepage), Intranet (share point) et corporate identity sont couverts intégralement par un pourcentage de 3% revenant à R. _____ sur chaque facturation. Ce pourcentage inclut également le coût, supporté par R. _____, de la gestion des débiteurs et des impayés.

Article 11

Dans ses contacts avec la clientèle, le partenaire se présentera sous l'enseigne générale de R. _____. Il utilisera le corporate identity de R. _____ dans ses communications, disposera d'une carte de visite au logo de R. _____ et utilisera les brochures d'information fournies par R. _____ sur les outils et produits mis à disposition. Ces documents seront facturés au partenaire au prix coûtant.

Article 12

R. _____ met à disposition du partenaire la plateforme «share point » pour toutes les données de travail utilisées en commun ainsi qu'une adresse pour le courriel ([...]).
Le partenaire a la possibilité de publier des annonces et des profils de postes sur le site Internet de R. _____.

Article 13

Aux fins de créer les synergies nécessaires, les clients et prospects de R. _____ et du partenaire sont introduits rapidement dans une base de données commune (share point). Ces informations sont accessibles en permanence.

La banque de données est mise à jour régulièrement, au moins une fois par mois, de manière à éviter notamment un double démarchage des mêmes clients.

Article 14

Le partenaire prend en charge tous les frais liés aux locaux dont il a besoin pour son activité (selon annexe II).

Article 15

La liste des clients, les stratégies utilisées, les produits et outils développés par R._____, les informations sur les candidats constituent des éléments confidentiels. En cas de violation de cette obligation de confidentialité, le partenaire devrait s'acquitter d'une peine conventionnelle égale à 50% des rémunérations totales perçues de R._____ durant les 12 derniers mois, mais au minimum CHF 10'000.-. Le dommage éventuellement supérieur à ce chiffre est réservé.

Article 16

Il est rappelé que le présent contrat ne constitue, en aucune manière, un contrat de travail. Le partenaire agit en qualité d'indépendant et fait son affaire des couvertures d'assurance et des couvertures sociales qui lui incombent et/ou qu'il juge utiles.

Article 17

Le contrat est conclu pour une durée indéterminée. Il peut être résilié pour la fin de chaque semestre (au 30 juin et au 31 décembre) moyennant un préavis de trois mois communiqué par pli recommandé.

Article 18

Après la fin des rapports contractuels et sous réserve d'accords différents qui pourraient être conclus, le partenaire perd le droit de se référer, de quelque manière que ce soit, à R._____, à sa corporate identity ainsi qu'à ses produits, services et outils. La violation de cette interdiction donnerait lieu au paiement d'une peine conventionnelle de CHF 20'000.- sans préjudice d'un éventuel dommage supérieur.

Article 19

Pour autant que les relations contractuelles aient duré au moins une année, R._____ paiera au partenaire une indemnité de clientèle représentant un pourcentage du total des commissions d'acquisition (au sens de l'art. 4 du présent contrat) réalisé durant les douze mois précédents. Ce pourcentage s'établira à:

20% année	si les rapports contractuels prennent fin durant la 2 ^{ème}
30%	si les rapports contractuels prennent fin la 3 ^{ème} année
40% année	si les rapports contractuels prennent fin durant la 4 ^{ème}
50% année	si les rapports contractuels prennent fin durant la 5 ^{ème}
60% année	si les rapports contractuels prennent fin durant la 6 ^{ème}
70%	si les rapports contractuels prennent fin durant la 7 ^{ème} ou
	8 ^{ème} année
80%	au-delà

Article 20

Si le partenaire souhaite mettre un terme à son activité, il prendra en temps utile les dispositions nécessaires pour rechercher un successeur compétent.

Si les relations contractuelles se poursuivent en bonne intelligence durant cinq années ou plus, les parties pourront, en tout temps, envisager l'entrée du partenaire au sein de R. _____ Sàrl en qualité d'associé.

Article 21

Le contrat est soumis au droit suisse. En cas de litiges, les parties s'efforceront de régler à l'amiable leurs différends. A défaut d'accord amiable, le for est à [...]."

Par décision du 11 mars 2009, la caisse a fait savoir à l'assurée qu'elle ne remplissait pas les conditions pour être reconnue comme indépendante, dès lors qu'elle n'agissait pas en son propre nom pour son propre compte, mais pour le compte d'R. _____; en outre, elle n'avait pas de relation directe avec les clients, puisque ces derniers contractaient directement avec R. _____. La caisse relevait cependant que l'assurée entendait créer sa propre Sàrl, R. _____ Sàrl, qui n'était pas encore inscrite au Registre du commerce. Elle précisait que dès la création et l'inscription de la société de l'assurée, cette dernière serait salariée de sa société, savoir R. _____ Sàrl. Cette décision a été notamment communiquée à R. _____ et à la caisse de compensation du canton de [...]. Faute de contestation, elle est entrée en force.

b) Le 10 septembre 2009, l'assurée a, à nouveau, complété un questionnaire d'affiliation pour les personnes de qualité indépendante, en précisant que son activité indépendante consistait en du "conseil RH".

Par courriers des 5 janvier, 3 mars et 26 avril 2010, la caisse a prié l'assurée de lui communiquer une copie des mandats déjà conclus, de son compte d'exploitation 2008/2009 ainsi que des factures déjà établies.

L'assurée a finalement produit les pièces demandées les 23 juin et 15 août 2010, savoir en particulier son bilan pour l'année 2009, un contrat de location passé entre elle et R._____ portant sur les locaux commerciaux de [...], avec la précision "espace bureau pour l'activité dans le cadre du partenariat avec R._____", des extraits de compte bancaire, faisant apparaître pour l'année 2009 des crédits versés par R._____ à hauteur de 43'416 fr. 65, une demande d'acompte de 10'000 fr. adressée le 16 février 2010 à R._____ et une note d'honoraires du 22 mars 2010 à R._____.

Par décision du 16 septembre 2010, la caisse a relevé qu'après examen de la situation de l'assurée, cette dernière n'apportait pas d'éléments nouveaux par rapport à sa précédente demande d'affiliation en qualité d'indépendante. Elle n'agissait toujours pas en son propre nom pour son propre compte, mais pour le compte de la société R._____. Elle n'avait toujours pas de relation directe avec les clients, qui contractaient directement avec la société R._____, laquelle lui versait ultérieurement des commissions. La caisse notait encore que selon les directives légales, trois conditions devaient être remplies cumulativement pour bénéficier d'un statut d'indépendant, savoir occuper du personnel, louer un local commercial et supporter la majeure partie des frais généraux. Or tel n'était pas le cas de l'assurée, qui ne remplissait pas les conditions pour être reconnue comme indépendante. La caisse la considérait par conséquent comme salariée d'R._____, société devant déclarer à la caisse AVS les rémunérations versées à l'assurée. La caisse observait enfin qu'R._____ n'avait pas déclaré ces rémunérations à l'AVS, malgré sa décision du 11 mars 2009.

Par e-mail du 22 septembre 2010 à la caisse, l'assurée a formé opposition à la décision du 16 septembre 2010, en expliquant que [...]

avait mis fin à leurs relations d'affaires et qu'elle avait agi en qualité d'indépendante.

Par courrier du 24 septembre 2010 à R._____ faisant suite à la décision du 16 septembre 2010 de la caisse, la caisse de compensation du canton de [...] a prié cette société, en sa qualité d'employeur de l'assurée, de régler les cotisations AVS.

Par courrier du 6 octobre 2010, la caisse a accusé réception de l'e-mail de l'assurée du 22 septembre 2010, en l'informant que seules les oppositions formulées par écrit ou lors d'un entretien dans ses locaux étaient recevables, si bien que son opposition par e-mail n'était pas admissible. L'assurée était dès lors invitée à la confirmer par écrit d'ici au 20 octobre 2010, faute de quoi son opposition serait classée sans suite.

Par pli recommandé du 8 octobre 2010 à la caisse, T._____, sous la signature de T._____, lui a fait savoir qu'il avait été chargé durant l'année 2008 de l'élaboration d'un contrat d'agence entre R._____ et l'assurée, et qu'il ne s'agissait pas d'un contrat de travail, pour divers motifs (absence de lien de subordination entre les parties, absence de qualité d'employée de l'assurée qui n'avait pas droit aux vacances, fait que l'assurée assumait seule et en totalité les frais de son établissement économique ainsi que ses couvertures d'assurance, fait que l'assurée avait droit à une commission, laquelle n'était en outre pas la seule source de revenus de l'assurée, et le fait que lorsque R._____ donnait à l'assurée l'occasion de rendre ses services à un client, c'était l'assurée qui devait une commission à R._____).

c) Par décision sur opposition du 22 octobre 2010 adressée à l'assurée, la caisse a accusé réception de la correspondance de T._____ du 8 octobre 2010 confirmant par écrit son opposition à l'encontre de la décision du 16 septembre 2010. La caisse acceptait de reconnaître à l'assurée le statut d'indépendante pour ses clients privés (EMS [...] et [...]), avec qui elle avait eu des relations directes et qui l'avaient rémunérée directement. Quant à la société [...], elle avait déjà procédé à la retenue des charges sociales. La caisse observait par contre que la société

R._____ exerçait la même activité qu'elle et qu'elle ne pouvait dès lors être considérée comme un de ses clients. Elle notait à cet égard ce qui suit:

"Au contraire, vous exercez la même activité, et pour les travaux effectués, vous n'agissez pas en votre propre nom pour votre propre compte, mais pour le compte de la société R._____ GmbH, puisque c'est elle qui concluait le contrat avec les clients, et vous reversait ensuite une participation.

Ainsi, l'Hôpital de [...] ou l' [...] notamment ne peuvent pas être considérés comme vos clients, puisque vous n'avez pas été rémunérée par ces institutions, mais par la société R._____ GmbH.

Nous tenons à préciser que notre décision du 11 mars 2009 n'a pas été contestée, et était donc devenue définitive et exécutoire. Vous ne pouviez donc poursuivre vos activités pour la société R._____ GmbH en qualité d'«indépendante», mais deviez être déclarée par la société, qui a de ce fait violé ses obligations légales.

Nous vous rappelons également que le statut dépendant ou indépendant d'une personne est examiné exclusivement selon les règles du droit de l'AVS, et non sur la base du Code des obligations (relatives par exemple au contrat d'agence). De plus, les accords convenus entre les parties ne sont pas déterminants, puisqu'il appartient uniquement aux caisses AVS de décider du statut indépendant d'une personne.

Malgré les différents éléments qui ont été évoqués vous ne pouvez pas être considérée comme indépendante vis-à-vis de la société R._____ GmbH, car vous n'aviez pas de relation directe avec les clients, mais étiez rémunérée par la société R._____ GmbH.

C'est un critère primordial pour bénéficier d'un statut indépendant, soit agir en son nom pour son propre compte, et avoir des relations directes avec les clients pour lesquels le travail est effectué.

Si ce n'est la reconnaissance de votre statut d'indépendante pour vos clients privés uniquement, notre décision du 16 septembre 2010 est donc fondée et nous vous considérons comme salariée de [la] société R._____ GmbH."

Par courrier du 19 novembre 2010 à la caisse, T._____ a rappelé qu'il n'y avait aucune subordination entre l'assurée et R._____, que la rémunération était exclusivement constituée de commissions, qu'il arrivait qu'R._____ soit l'agent de l'assurée, et que l'on avait affaire à deux entités complètement indépendantes. Il demandait en outre si la décision du 22 octobre 2010 était susceptible d'être notifiée à R._____, et si un recours devait être adressé devant le Tribunal cantonal à

Lausanne ou devant les autorités [...]. Une copie du contrat d'agence et de partenariat du 18 décembre 2008 était jointe à ses lignes.

Par e-mail du 22 novembre 2010, l'assurée a fait part à la caisse de son désaccord avec sa décision du 22 octobre 2010.

B. **a)** Par acte du 24 novembre 2010, R._____, représentée par Me Patrick Burkhalter, a recouru contre la décision de la caisse du 22 octobre 2010, en concluant à son annulation, et à ce que le statut d'indépendante soit reconnu à A._____. En substance, elle fait valoir qu'elle et l'assurée sont liées par un contrat d'agence et de partenariat et non un contrat de travail, qu'elle et l'assurée constituent deux partenaires commerciaux autonomes et indépendants, que lors de la conclusion du contrat en décembre 2008, chaque partie était active dans le domaine des ressources humaines et disposait de ses propres clients, souhaitant développer les synergies possibles entre leurs activités, que l'assurée n'est pas un «voyageur de commerce» pour le compte d'R._____ dès lors que le système de commissions est bilatéral, que l'assurée paie la location de ses locaux, qu'elle supporte la totalité de ses frais généraux, qu'elle travaille dans la grande majorité des cas pour ses clients, et que le fait qu'elle n'occupe pas de personnel n'enlève rien à la réalité de son statut d'indépendante. R._____ requiert l'appel en cause d'A._____. Elle produit notamment le contrat d'agence et de partenariat du 18 décembre 2008, une confirmation du 28 août 2008 signée par l'assurée et R._____ selon laquelle la première nommée prend à sa charge les frais de location des locaux, places de parc, charges mensuelles et tous autres frais découlant de son activité au sein du bureau d'R._____ à [...], l'opposition de l'assurée à la décision du 16 septembre 2010, ainsi qu'un exemple de facturation et de répartition du prix facturé entre R._____ et l'assurée selon lequel la part revenant à cette dernière est de 97%, alors que la part d'R._____ est de 3%.

Par courrier du 26 novembre 2010 à l'assurée, la caisse a accusé réception de son e-mail du 22 novembre 2010, en indiquant s'être déjà prononcée sur sa situation dans sa décision sur opposition du 22

octobre 2010 à laquelle il n'y avait rien à ajouter. La caisse précisait qu'en cas de contestation de la décision, l'assurée devait le faire au moyen d'un recours auprès du Tribunal cantonal, rappelant que tout courrier de contestation par la voie d'un fax ou d'un e-mail n'était pas recevable selon la circulaire sur le contentieux en matière d'AVS. La caisse notait enfin qu'il était illégal que l'assurée prenne en charge la part employeur des cotisations dues sur ses rémunérations de R._____, et que cette dernière n'avait pas le droit de lui facturer l'entier des cotisations sociales, soit la part salariale et la part patronale.

Par correspondance du 20 décembre 2010, la caisse a interpellé la caisse de compensation du canton de [...] afin de savoir si les rémunérations versées à l'assurée avaient fait l'objet de décisions de cotisations paritaires, si les décisions des 11 mars 2009, 16 septembre 2010 et 22 octobre 2010 avaient fait l'objet d'opposition de la part d'R._____, et si la caisse de compensation du canton de [...] avait des renseignements sur les autres partenaires (consultants) d'R._____, hormis l'assurée.

Le même jour, la caisse a demandé à Me Patrick Burkhalter de lui faire connaître les autres "partenaires", hormis l'assurée, collaborant avec R._____, et l'a prié de lui faire savoir si ces consultants étaient affiliés comme personnes de condition indépendante auprès d'une caisse AVS. Par courrier du 23 décembre 2010, Me Burkhalter a indiqué que les principaux partenaires d'R._____ étaient [...] et [...], et qu'R._____ travaillerait dans les mêmes conditions avec [...]. Il a joint à son envoi deux déclarations, signées par [...] et [...].

La caisse a transmis le 30 décembre 2010 les coordonnées des partenaires-consultants d'R._____ à la caisse de compensation du canton de [...].

Par courrier du 17 janvier 2011, la caisse de compensation du canton de [...] a fait savoir à la caisse qu'elle avait signalé à R._____ le 24 octobre 2010 que l'assurée avait un statut dépendant et qu'il fallait

l'inclure dans les décomptes de salariés. Or l'assurée ne figurait pas dans le décompte annuel d'R._____ joint à l'envoi de la caisse [...], et son salaire brut soumis à cotisation n'était pas mentionné dans la liste.

b) Dans sa réponse au recours du 26 janvier 2011, la caisse préavise pour son rejet. Elle relève que si le contrat d'agence du 18 décembre 2008 fait ressortir des éléments hybrides, tels des frais de location supportés par l'assurée pour son bureau de [...], celle-ci dépend de manière prépondérante de la recourante, tant sur le plan économique qu'organisationnel. Ainsi, selon l'extrait du Registre du commerce, la recourante est active dans le domaine des RH, du recrutement et du placement de personnel, soit le même domaine de l'assurée, qui agit comme un sous-traitant ou un intermédiaire, lequel doit généralement être considéré comme salarié s'il ne peut démontrer qu'il possède sa propre organisation d'entreprise. La caisse note encore que si les parties s'étaient associées, l'assurée serait devenue salariée de la société; par contre, si l'assurée et l'associée-gérante d'R._____ s'étaient liées par un contrat de société simple, elles auraient été reconnues indépendantes au sens de la législation AVS. La caisse observe encore que les parties, selon le contrat d'agence, conviennent de mettre en commun leurs expériences et d'en développer les synergies sous l'enseigne "R._____", que le partenaire se présente dans ses contacts avec la clientèle sous l'enseigne générale de R._____, dont il doit utiliser le "corporate identity", avec une carte de visite au logo de la société (cf. art. 11 du contrat), et une adresse e-mail [...] (cf. art. 12 et 13 du contrat). S'agissant du rapport de dépendance, la caisse se réfère aux art. 2, 3, 8, 13 et 19 du contrat. Quant à la provenance de la rémunération, elle fait référence aux art. 4 à 7 et 19 dudit contrat, relevant en particulier que l'assurée est rémunérée par la recourante et non par le client final directement. En outre, selon l'art. 8 du contrat, la facturation, l'encaissement et la gestion des impayés se font par l'intermédiaire de la recourante. Pour la caisse, les art. 17 à 20 du contrat font état d'éléments caractéristiques d'un rapport salarié, où la notion de risque économique de l'entrepreneur fait défaut. La clause de confidentialité et l'interdiction d'utiliser les produits et services en cas de résiliation du contrat (cf. art. 15 et 18) penchent également en faveur d'un

statut de salarié. Quant aux frais de location, s'il est vrai que l'assurée les supporte pour son bureau de [...], c'est R. _____ qui est le bailleur, si bien que le risque économique de l'assurée prend une importance relative, le même constat étant fait quant à l'art. 10 du contrat. La caisse produit son dossier, ainsi qu'un extrait imprimé du site Internet de la recourante.

Dans son écriture reçue le 21 février 2011 au greffe de la Cour de céans, l'assurée, invitée à se déterminer comme tiers intéressé à la procédure, explique que [...] souhaitait selon elle faire rayonner le nom de la recourante et promouvoir ses produits. Elle relève qu'elle n'a pas été dédommagée pour les frais de papier à la fin des rapports de travail, qu'elle assumait ses frais de déplacements lorsqu'elle se rendait à [...], qu'elle contactait les clients romands et a apporté plusieurs clients à R. _____, cette dernière lui ayant apporté des mandats, qu'elle facturait à R. _____ ses prestations comme s'il s'agissait pour elle de l'un de ses clients, qu'elle assumait tous les risques car elle était payée lorsque le client avait payé, qu'il était vrai que si elle n'avait pas payé le loyer du bureau, la gérance serait venue le réclamer auprès d'R. _____, mais que le contrat prévoyait que l'assurée en supporte les frais, que le fait qu'elle ait modifié son inscription en [...] signifiait selon elle qu'elle était indépendante, et que lorsqu'elle effectuait une prestation pour un EMS, elle facturait au client, alors que lorsqu'elle effectuait une prestation pour R. _____, elle facturait à cette dernière, avec la différence qu'elle n'avait alors aucun moyen de pression en cas de non paiement.

Dans ses observations complémentaires du 11 mars 2011, R. _____ explique que les relations entre l'assurée et la recourante ne sont pas différentes de celles qu'avait l'assurée avec ses autres clients, pour lesquels la caisse a reconnu qu'elle exerçait une activité indépendante. Elle soutient que la décision de la caisse du 11 mars 2009 ne lui a pas été notifiée, que l'assurée exerçait une activité indépendante, qu'elle n'avait pas l'obligation mais le droit d'utiliser la dénomination "R. _____", et que le fait que la facturation aux clients est établie sous l'enseigne d'R. _____ est un élément caractéristique du contrat d'agence (cf. art. 418 a CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil

suisse, RS 220]). Elle produit un tableau des chiffres d'affaires réalisés par l'assurée durant les exercices 2009 et 2010 et fait valoir que l'assurée a réalisé 57'426 fr. 35 de chiffre d'affaires avec ses propres clients, et 12'137 fr. pour les prestations ou commissions contractuelles lui revenant du fait d'activités déployées pour le compte des clients d'R._____. Elle en déduit que c'est à tort que la caisse a retenu que l'assurée n'avait pas de relations directes avec ses clients, le fait que la facturation soit établie à l'enseigne d'R._____ ne changeant rien à la réalité économique.

Dans ses déterminations du 7 avril 2011, la caisse rappelle que la notion de salarié en droit des assurances sociales est beaucoup plus large que celle qui prévaut habituellement, les rémunérations découlant d'un contrat d'agence ou de mandat pouvant également appartenir au salaire déterminant. Elle explique que l'assurée ne supporte pas un véritable risque d'entrepreneur, raison pour laquelle sa situation n'a pas été assimilée à celle d'un franchisé.

Bien qu'invitée à déposer ses observations, l'assurée n'a pas réagi dans le délai imparti à cet effet.

Dans son écriture du 26 août 2011, R._____ rappelle que l'assurée a réalisé l'essentiel de son chiffre d'affaires avec ses propres clients, qu'elle a supporté elle-même le risque d'impayé de la part de clients, et qu'il n'y a pas d'élément de fait dans l'activité de l'assurée pouvant être interprété dans le sens d'une relation contractuelle dépendante. Elle répète que le fait que l'assurée ait utilisé l'enseigne d'R._____ et que la facturation ait été faite sur du papier commercial contenant l'en-tête de R._____ sont des caractéristiques induites par les dispositions légales applicables au contrat d'agence. La recourante renvoie pour le surplus à ses explications antérieures.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) s'appliquent à l'AVS — dans la mesure où cela concerne l'assurance, notamment les cotisations — à moins que la loi sur l'AVS ne déroge expressément à la LPGA (art. 1 al. 1 LAVS [loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10]).

Selon l'art. 84 LAVS, en dérogation à l'art. 58 al. 1 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition prises par les caisses cantonales de compensation peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal des assurances du canton où la caisse de compensation a son siège. En l'occurrence, comme le recours est dirigé contre une décision sur opposition rendue par la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS, la Cour de céans est compétente. Le recours a été formé en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA).

b) La jurisprudence a longtemps qualifié de décisions en constatation les décisions des caisses de compensation sur le statut d'un assuré, rendues à sa requête. Un changement de jurisprudence a été opéré par un arrêt du 3 mai 2006 (ATF 132 V 257): une décision de refus d'une demande d'affiliation comme travailleur indépendant et d'inscription au registre d'une personne assurée est de nature formatrice, car le but de l'assuré qui demande une affiliation comme indépendant n'est pas d'obtenir une simple constatation. La caisse compétente doit par conséquent rendre une décision susceptible d'être attaquée par la voie de l'opposition et au besoin une décision sur opposition sujette à recours. En sa qualité d'employeur éventuel de l'assurée, pouvant être amenée à verser des charges sociales en raison de l'activité déployée par l'assurée pour son compte, la recourante est atteinte par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à contester le refus de la Caisse cantonale (cf. art. 75 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise sur la procédure administrative du 28 octobre 2008, RSV 173.36], par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). Il y a dès lors lieu d'entrer en matière.

2. Le litige porte sur la question de savoir si l'activité d'A. _____ au service de la société R. _____ GmbH était indépendante ou non.

3. a) 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 (art. 5 et 9 LAVS, art. 6 ss RAVS [règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.101]). Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, on considère comme salaire déterminant toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé; 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).

Selon la jurisprudence, la question de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranchée d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur. Ces principes ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent en effet des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant toutes les circonstances de ce cas. Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas concret (ATF 123 V 161 consid. 1, 122 V

169 consid. 3a, 281 consid. 2a, 119 V 161 consid. 2 et les références; TFA H 19/2006 du 14 février 2007, consid. 3.1).

Les principaux éléments qui permettent de déterminer le lien de dépendance quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise sont le droit de l'employeur de donner des instructions, le rapport de subordination du travailleur à l'égard de celui-ci, l'obligation de ce dernier d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée (RCC 1989 p. 111 consid. 5a, 1986 p. 651 consid. 4c et 1982 p. 178 consid. 2b). Un autre élément permettant de qualifier la rétribution compte tenu du lien de dépendance de celui qui la perçoit est le fait qu'il s'agit d'une collaboration régulière, autrement dit que l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur (ATF 110 V 72 consid. 4b). 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 (ATF 122 V 169 consid. 3c; TFA H 334/2003 du 10 janvier 2005, consid. 6.2.2).

b) L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a établi des Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (ci-après: DSD), destinées à assurer une application uniforme des dispositions légales par l'administration. Sans se prononcer sur leur validité - ne constituant pas des décisions, elles ne peuvent être attaquées en tant que telles -, le juge en contrôle librement la constitutionnalité et la légalité à l'occasion de l'examen d'un cas concret. Il ne s'en écarte toutefois que dans la mesure où elles établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables (ATF 118 V 129 consid. 3a, 117 V 282 consid. 4c, 116 V 16 consid. 3c, 114 V 13 consid. 1c, 113 V 17 spéc. p. 21, 110 V 263 spéc. p. 267 ss et 107 V 153 consid. 2b; voir aussi ATF 117 Ib 225 consid. 4b).

Ainsi, en rapport avec la définition du salaire déterminant, s'agissant de la notion de situation dépendante, le chiffre 1013 DSD précise que doit en principe être considéré comme exerçant une activité dépendante, celui qui ne supporte pas de risque économique analogue à

celui qui est encouru par l'entrepreneur et dépend de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail.

Aux chiffres 1021 et suivants DSD est énumérée une liste des critères non décisifs lors de l'appréciation d'un cas particulier, tels que notamment la nature juridique du rapport établi entre les parties; sur ce point, les directives précisent que la notion de salaire déterminant se définit exclusivement d'après le droit de l'AVS; c'est une notion particulière à ce domaine juridique, qui est notamment plus large que celle du salaire au sens des dispositions régissant le contrat de travail (ch. 1022 DSD); mais des rétributions découlant d'un mandat, d'un contrat d'agence, d'un contrat d'entreprise ou d'un autre contrat peuvent aussi appartenir au salaire déterminant; le rapport de droit civil peut certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais n'est pas absolument décisif (ch. 1023 DSD). Parmi les autres critères non décisifs, le fait qu'un salarié travaille simultanément pour plusieurs employeurs ne permet pas non plus de lui reconnaître le statut d'indépendant (ch. 1027 DSD). De même, la qualification attribuée à tel ou tel revenu par l'autorité fiscale est sans incidence en la matière (ch. 1030 DSD).

Les chiffres 4019 et suivants DSD visent les "voyageurs et représentants de commerce et personnes exerçant une profession analogue", à savoir les "personnes physiques qui, contre rémunération, concluent ou négocient la conclusion d'affaires au nom et pour le compte d'un tiers, en dehors des locaux commerciaux de ce tiers" (ch. 4020 DSD). Ces personnes ne sont qu'exceptionnellement considérées comme des travailleurs indépendants, à moins qu'ils doivent supporter un "véritable risque économique d'entrepreneur, c'est-à-dire (...) disposer d'une propre organisation de vente" (ch. 4024 DSD). Cette organisation existe lorsque les trois conditions suivantes sont remplies simultanément ou cumulativement: utiliser ses propres locaux commerciaux ou des locaux loués; occuper du personnel; supporter soi-même la majeure partie des frais généraux (ch. 4025 DSD).

S'agissant des sous-traitants, les chiffres 4046 ss DSD prévoient que ceux-ci sont en règle générale assimilés à des salariés, sauf s'ils possèdent, notamment, leur propre organisation d'entreprise.

4. En l'espèce, comme le retient la caisse intimée, le statut d'indépendant ne saurait être reconnu à A._____ pour son activité de consultante RH déployée au service de la société recourante.

En effet, il ressort des pièces versées au dossier que l'intéressée travaillait dans le même domaine que la société recourante, dans des locaux loués par cette dernière (l'art. 14 du contrat, selon lequel le partenaire [l'assurée] prend en charge tous les frais liés aux locaux dont il a besoin pour son activité n'étant d'aucun secours à la recourante, cette dernière étant formellement titulaire du bail et ayant établi un contrat de sous-location en faveur de l'assurée), en disposant du papier en-tête d'R._____ et en figurant sur son site Internet.

Le contrat passé entre les parties prévoyait notamment que la partenaire prenait l'engagement de promouvoir les produits et outils d'R._____ et à s'abstenir de vendre à la clientèle les services et produits développés par d'autres sources et organisations actives dans les services en ressources humaines (art. 2). En outre, si la partenaire entendait promouvoir et vendre d'autres produits RH que ceux fournis par la recourante, elle ne pouvait le faire qu'avec l'accord préalable de cette dernière (art. 3). Ces éléments consacrent un rapport de dépendance de l'assurée à l'égard de la recourante.

Le contrat disposait encore que les prestations assurées pour la clientèle, qu'elle qu'en soit la nature, seraient facturées par la recourante, laquelle assumerait la gestion des débiteurs et des éventuels impayés (art. 7). Certes, cette disposition prévoyait par ailleurs que le risque d'impayé était supporté par chacune des parties, à concurrence de la somme revenant sur chaque facturation. Il n'en demeure pas moins que l'assurée ne pouvait pas facturer directement au client, et n'agissait ainsi pas en son nom propre et pour son propre compte. En outre, il est d'usage que les personnes rémunérées à la commission ne se voient attribuer leur

dû que si la prestation a été effectivement encaissée. Il résulte pour le surplus de l'extrait de compte bancaire produit à l'appui de la deuxième demande d'affiliation en qualité d'indépendant de l'assurée que cette dernière a perçu le montant de 43'416 fr. 65 de la part de la recourante en 2009. L'extrait de compte produit met en évidence une collaboration régulière de l'assurée avec la recourante, attestant du lien de dépendance de la première à l'égard de la seconde. On constate à lecture de l'extrait bancaire au dossier que les revenus tirés des activités admises en tant qu'indépendantes par l'intimée (avec les EMS [...] et [...]) ne procurent à l'assurée qu'un revenu relativement accessoire par rapport à ses relations avec la recourante. Il est en outre constant que la possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante.

Toujours selon le contrat, une formation ad hoc d'une journée était assurée à la partenaire, et il était prévu que la recourante fournirait à cette dernière concours et assistance si des informations approfondies et spécifiques étaient requises par un client (art. 8). Il était également prévu des rencontres régulières, en principe une fois par mois, pour faire le point des activités et la participation du partenaire aux événements organisés par la recourante (art. 9). Il s'agit là également d'éléments caractéristiques d'un rapport de dépendance de l'assurée à l'égard de la recourante. Certes, le contrat prévoyait que les coûts de formation, d'assistance et d'encadrement, d'utilisation de la plateforme Internet et Intranet et du corporate identity seraient couverts par un pourcentage de 3% revenant à R. _____ (art. 10). Quoi qu'il en soit, l'assurée n'avait pas le choix de ne pas se rendre à la journée de formation, respectivement aux rencontres destinées à faire le point de la situation, agissant ainsi sur instruction de la recourante. A cela s'ajoute que le partenaire devait se présenter dans ses contacts avec la clientèle sous l'enseigne générale de la recourante, utiliser son corporate identity dans ses communications, une carte de visite à son logo et ses brochures d'information (art. 11). Là encore, le contrat prévoit certes que ces documents seraient facturés au partenaire, à prix coûtant. Cela n'ôte pourtant rien au fait que l'assurée devait utiliser le matériel en question, respectivement l'enseigne de la

société, selon le souhait de la recourante. Cette dernière mettait du reste encore à disposition du partenaire une plateforme «share point» (savoir une base de données communes, cf. art. 13), ainsi qu'une adresse [...] (art. 12). Force est ainsi de constater que l'assurée ne possédait pas sa propre organisation de travail, mais qu'elle était au contraire intégrée dans l'organisation de la société recourante.

Quant aux art. 17 et 20 du contrat, relatifs à sa durée et à sa résiliation, ils sont également caractéristiques d'un rapport de travail, notamment en tant qu'ils prévoient une possibilité de résiliation pour la fin de chaque semestre moyennant préavis de trois mois. Il en va de même des art. 15 et 18, qui prévoient des clauses de confidentialité.

L'art. 16 du contrat, qui rappelle que celui-ci n'est pas un contrat de travail et que le partenaire agit en qualité d'indépendant et fait son affaire des couvertures d'assurances et des couvertures sociales, ne permet pas encore d'affirmer que l'assurée avait effectivement un statut d'indépendant. De jurisprudence constante, ce sont bien plutôt les circonstances économiques qui sont déterminantes, et non pas la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires (cf. consid. 3a supra).

La Cour considère en outre comme décisifs pour la qualification d'une activité dépendante le fait que la conclusion des contrats s'effectue au nom de la recourante et que celle-ci facture directement les prestations. Par ailleurs, quant à la clause de non-concurrence ressortant de l'art. 18 du contrat, ce dernier se révèle "asymétrique". Or tel ne saurait être le cas si l'on avait réellement affaire à une forme de société simple entre partenaires contractuels égaux, ainsi que semble le soutenir la recourante: l'assurée s'est en effet engagée à ne collaborer avec aucun autre partenaire actif dans le domaine des ressources humaines sans l'accord de la recourante; par contre cette dernière est libre de conclure, avec autant d'autres partenaires qu'elle le souhaite, d'autres contrats du même type que celui la liant à l'assurée, ceci y compris à proximité du lieu de travail d'A._____.

C'est enfin le lieu de rappeler que la caisse intimée, par décision entrée en force du 11 mars 2009, avait déjà signifié à l'assurée qu'elle ne remplissait pas les conditions pour être reconnue comme indépendante, dès lors qu'elle n'agissait pas en son propre nom pour son propre compte, mais pour le compte d'R._____. La seconde demande d'affiliation de l'assurée ne faisant pas état d'éléments nouveaux, elle n'avait pas à être tranchée différemment de la première.

Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, il y a lieu de considérer que la caisse intimée n'a pas violé le droit fédéral en refusant le statut d'indépendant à A._____ pour l'activité qu'elle a déployée au service de la société recourante R._____ GmbH.

5. Il s'ensuit que le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision querellée.

La procédure de recours est gratuite (art. 61 let. a LPGA). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à la recourante, qui succombe (art. 61 let. g LPGA; art. 55 al. 1 LPA-VD).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.

- II.** La décision sur opposition rendue le 22 octobre 2010 par la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS est confirmée.

- III.** Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Patrick Burkhalter (pour R. _____),
- Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS,
- A. _____,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004

Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :