RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/914/2020 **ATAS/232/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 mars 2021

6ème Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée c/o M. B_____, à VEYRIER, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Marco CRISANTE	recourante
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, représentée par son service juridique, sise rue des Gares 12, Case postale 2595, GENEVE	intimée
Madame C_____, domiciliée c/o Monsieur D_____, à GENEVE	
et	
Monsieur E_____, domicilié à THONEX	appelés en cause

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Jean-Pierre WAVRE, juges assesseurs

EN FAIT

A. La société F_____ SA

1. La société F_____ SA (ci-après : la société), inscrite au registre du commerce du canton de Genève le 27 septembre 2013, était affiliée en qualité d'employeur auprès de la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse ou la CCGC ou l'intimée) à partir du 1er octobre 2013. La société avait pour but tous travaux de décoration, de plâtrerie et de peinture.

2. Selon le registre du commerce précité, la fonction d'administrateur(rice) avec signature individuelle a été exercée par les personnes suivantes :

   - du 27 septembre 2013 au 11 octobre 2013 : Monsieur G_____ ;
   - du 11 octobre 2013 au 23 février 2015 : Madame A_____ (ci-après : l'intéressée) ;
   - du 23 février 2015 au 28 septembre 2015 : Monsieur E_____, l'ex-époux de l'intéressée ;
   - du 28 septembre 2015 au 23 juin 2017 : Madame C_____.

3. Par jugement du 15 mai 2017, le Tribunal de première instance du canton de Genève (TPI) a prononcé la dissolution de la société, par suite de faillite. Par décision du 2 juin 2017, la Cour de justice a accordé la suspension de l'effet exécutoire attaché audit jugement de faillite, avant de l'annuler par décision du 7 juin 2017. De ce fait, la dissolution de la société a été révoquée.

4. Le 16 octobre 2017, le TPI a une nouvelle fois prononcé la dissolution de la société, par suite de faillite.

5. Suite à la clôture de la procédure de faillite, par jugement du 7 octobre 2019, la société a été radiée d'office du registre du commerce le 10 octobre 2019.

B. La décision en réparation du dommage de CHF 76'502.55

6. La société n'ayant pas versé les acomptes de cotisations paritaires dues, la caisse a été contrainte d'entamer, dès janvier 2014, des procédures de poursuite à son encontre.

7. Entre octobre 2015 et février 2016, la caisse s'est vu délivrer plusieurs actes de défaut de biens relatifs aux cotisations arriérées.

8. Par décisions en réparation du dommage du 31 août 2017, confirmées sur opposition le 23 janvier 2019, la caisse a réclamé :

   - CHF 76'502.55 à l'intéressée, conjointement et solidairement avec son ex-époux, le montant précité représentant les cotisations paritaires, frais et intérêts moratoires, relatifs aux années 2013 à 2015, soit les sommes dues et exigibles au cours de son mandat d'administratrice ;

- CHF 112'462.70 à l'ex-époux de l'intéressée, ce montant correspondant aux cotisations paritaires, frais et intérêts moratoires dus au cours de son mandat d'administrateur de la société, et dont il était solidairement responsable avec l'intéressée à concurrence de CHF 76'502.55.

9. Par arrêt du 28 octobre 2019 (ATAS/982/2019 – procédure A/733/2019), la chambre de céans a confirmé, sur recours de l'intéressée, la décision sur opposition du 23 janvier 2019. En substance, elle a relevé que l'intéressée était administratrice de la société et que la raison pour laquelle elle avait accepté ce mandat n'avait pas d'importance. L'intéressée devait donc veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient effectivement payées à la CCGC. Pour ce faire, elle devait se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires et exiger des rapports, les étudier minutieusement et, au besoin, demander des renseignements supplémentaires. Le fait qu'elle n'ait pas été en mesure d'exercer sa fonction, soit parce qu'elle n'en avait pas les compétences (mauvaise maîtrise du français, méconnaissance de la société, des assurances sociales et du rôle d'administratrice), soit parce que la société était dirigée en fait par son ex-époux, ne constituait pas un motif d'exculpation. En conservant formellement son mandat qu'elle n'assumait pas dans les faits, l'intéressée occupait une situation comparable à celle d'une femme de paille, qui se déclare prête à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur d'une société anonyme, tout en sachant qu'elle ne pourra (ou ne voudra) pas le remplir consciencieusement, et viole, en cela, son obligation de diligence. Si l'intéressée se trouvait, en raison de l'attitude de son ex-époux, dans l'incapacité de remplir son mandat, elle aurait dû démissionner sans délai, et à cette fin, requérir au besoin l'assistance d'un tiers. La passiveté dont elle avait fait preuve était de plus en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par l'intimée. En effet, en conservant un mandat qu'elle n'exerçait pas, l'intéressée avait favorisé la survenance du dommage, étant relevé que, le simple fait d'être sous l'influence d'une personne ayant une certaine aura ou position ne justifiait pas à lui seul d'être libéré de toute responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS.

   Cet arrêt est entré en force faute de recours au Tribunal fédéral.

C. <u>La demande en réparation du dommage complémentaire de CHF 211'902.10</u>

10. Entre le 23 février et le 30 mai 2017, la caisse et la caisse nationale suisse en cas d'accidents (ci-après : la SUVA), l'assureur-accidents de la société, ont procédé à un contrôle d'employeur et ont notamment constaté que pour la période du 2 octobre 2013 au 31 décembre 2016, la société avait versé, en espèces, au total, CHF 1'768'200.- à H_____ Construction-Soudure-Montage SA (ci-après : H_____) soit CHF 330'555.- en 2013, CHF 909'259.- en 2014 et CHF 528'346.- en 2015 (cf. rapport de contrôle de l'employeur du 20 février 2018).

    Selon le rapport de contrôle précité, la CCGC et la SUVA contestaient cette sous-traitance pour les motifs suivants :

- Toutes les factures à H_____ avaient été payées en espèces ;
- L'entreprise H_____ n'employait plus de personnel depuis le 1er janvier 2013, comme cela ressortait de l'attestation de la caisse AVS n° 66.1 annexée ;
- H_____ avait été affiliée d'office à la caisse suite au transfert de son siège du canton de Vaud à Genève, sans que du personnel ne soit déclaré.

  Les réviseurs s'étaient rendus à l'adresse indiquée pour y effectuer un contrôle d'employeur. Celui-ci n'avait pas été possible, la société n'existant pas. Ils avaient rencontré Monsieur I_____, fiduciaire. Selon lui, la société H_____ ne disposait pas de locaux. L'unique administrateur était Monsieur J_____, homme de paille, qui avait déjà été impliqué dans un contentieux avec la caisse. La société n'avait plus d'activité depuis 2012. Il avait voulu racheter cette « coquille vide » pour exploiter une fiduciaire, mais y avait renoncé en découvrant ses dettes.

Pour les réviseurs, il s'agissait clairement d'une dissimulation de travail au noir par le biais de fausses factures établies au nom de H_____, cette dernière société ne pouvant de toute évidence pas sous-traiter pour plus de CHF 1'768'200.- sans personnel ni structure.

Vu l'ampleur des montants et l'impossibilité d'identifier les travailleurs non-déclarés, les réviseurs avaient toutefois renoncé à convertir ces montants en salaire brut.

Aux montants versés à titre de sous-traitance s'ajoutaient encore, en 2014 et 2015, CHF 4'500.- de participation au leasing du véhicule personnel de l'ex-époux de l'intéressée. CHF 9'000.- au total n'avaient ainsi pas été pris en considération dans la première décision en réparation du dommage.

En annexe figuraient notamment :

- Un courriel de la caisse AVS n° 66.1 du 25 octobre 2016, dans lequel il était indiqué que la société H_____ n'avait annoncé que des déclarations de salaires sans salaire versé, et ce depuis l'année 2013.
- Un courriel de la SUVA du 27 février 2017, dont il ressort que la société H_____ avait déclaré à l'assureur-accidents pour CHF 13'000.- de salaires en 2012 et aucun personnel pour les années 2013 à 2015.

11. Le 15 juin 2017, la caisse a adressé les factures rectificatives suivantes à la société :

- Pour les mois d'octobre à décembre 2013, les salaires bruts totaux soumis à cotisations s'élevaient à CHF 499'483.15, soit CHF 168'928.15 déjà décomptés et CHF 330'555.- versés à une personne inconnue. Les cotisations y relatives se montaient à CHF 72'770.15, les intérêts moratoires à CHF 1'781.90 et les frais divers (administration, poursuite et acte de défaut de bien) à CHF 1'774.75, soit un total de CHF 75'901.80.

  CHF 27'131.85 ayant déjà été réclamés, la société restait devoir CHF 48'769.95.

- Pour l'année 2014, les salaires bruts totaux soumis à cotisations s'élevaient à CHF 1'517'642.75, soit CHF 603'883.75 déjà décomptés, CHF 909'259.- versés à une personne inconnue et CHF 4'500.- de part privée du véhicule de l'ex-époux de l'intéressée, non prise en considération. Les cotisations sociales y relatives s'élevaient à CHF 225'855.60, les intérêts moratoires à CHF 2'834.90 et les frais divers (administration, sommation et amendes) à CHF 7'097.05, soit un total de CHF 235'787.55.

  CHF 99'478.85 ayant déjà été réclamés, la société restait devoir CHF 139'129.35.

- Pour l'année 2015, les salaires bruts totaux soumis à cotisations s'élevaient à CHF 1'229'414.-, soit CHF 696'568.- déjà décomptés, CHF 528'346.- versés à une personne inconnue et CHF 4'500.- de part privée du véhicule de l'ex-époux de l'intéressée, non prise en considération. Concrètement, le montant total des cotisations dues s'élevait à CHF 184'190.80, les intérêts moratoires à CHF 1'484.16 et les frais divers (formation professionnelle, administration et sommation) à CHF 6'669.95, soit un total de CHF 192'344.91.

  CHF 112'551.05 ayant déjà été réclamés, la société restait devoir CHF 81'269.41.

12. Par décision en réparation du dommage du 26 septembre 2019, confirmée sur opposition le 10 février 2020, la caisse a réclamé à l'intéressée le montant supplémentaire de CHF 211'902.01 (montant actualisé à 2019) correspondant au solde des cotisations paritaires dues pour 2013 et 2014, y compris les frais et intérêts moratoires, à savoir CHF 46'239.658 pour l'année 2013 et CHF 165'662.36 pour l'année 2014, après déduction des montants réclamés par décisions du 31 août 2017. L'intéressée était solidairement responsable de la somme précitée avec Madame C_____ et Monsieur E_____.

D. La présente procédure

13. Le 12 mars 2020, sous la plume de son conseil, l'intéressée (ci-après : la recourante) a interjeté recours contre la décision sur opposition du 10 février 2020, concluant sous suite de frais et dépens, préalablement à l'apport de la procédure A/733/2019, à la production, par la caisse, de l'intégralité du dossier notamment quant aux motifs et aux détails du montant réclamé et à l'audition de témoins et, principalement, à l'annulation de la décision sur opposition querellée, à la constatation qu'elle n'était pas responsable du montant réclamé par la caisse et qu'elle n'avait commis aucune faute.

    Après avoir repris les arguments d'ores et déjà évoqués dans la procédure A/733/2019, la recourante a considéré qu'aucun élément ne permettait de déceler une dissimulation du travail au noir par le biais de H_____. Son conseil était intervenu auprès de son ex-époux qui avait expliqué que la société avait sous-traité des travaux de plâtrerie, de peinture et de façades à la société H_____, qui lui avait également mis à disposition de la main d'œuvre pour divers chantiers.

Concernant les travaux en question, l'interlocuteur était Monsieur K_____, administrateur jusqu'au 16 février 2016. H_____ ne faisait pas les travaux personnellement mais faisait appel à un ou plusieurs sous-traitants, tant pour la réalisation des travaux que pour la mise à disposition d'ouvriers. La société avait ainsi payé diverses factures de H_____, en espèces, pour un montant total de CHF 1'800'000.- environ, comme cela ressortait des factures proprement dites et de sa compatibilité. La recourante relevait encore qu'en règle générale, les sommes versées à du personnel au noir n'apparaissaient pas dans la comptabilité d'une entreprise. Elle était donc d'avis que vu les explications de son ex-époux et les circonstances, la caisse n'avait fourni aucune preuve de ses allégations concernant des prétendus salaires non déclarés par la société.

14. Par réponse du 28 avril 2020, l'intimée a précisé que compte tenu de la faillite de la société, le montant global des cotisations ayant fait l'objet des reprises faisait partie du dommage qu'elle avait subi. C'est pourquoi, elle avait adressé, à la recourante, une décision en réparation de dommage supplémentaire. Dans la mesure où la chambre de céans s'était déjà prononcée sur la responsabilité de la recourante dans le cadre de son rôle d'administratrice de la société dans son arrêt du 28 octobre 2019, il convenait de s'y référer.

15. Dans sa réplique du 12 juin 2020, la recourante a relevé que la présente procédure portait sur les cotisations dues en lien avec une prétendue dissimulation de travail au noir par des fausses factures établies au nom de la société H_____, ce qui n'avait pas fait l'objet de l'arrêt du 28 octobre 2019, raison pour laquelle il convenait d'instruire cet aspect.

16. Par duplique du 9 juillet 2020, l'intimée a persisté dans ses conclusions.

17. Sur demande de la chambre de céans, l'intimée a précisé, par courrier du 7 septembre 2020, que le 26 septembre 2020 (recte 2019), elle avait adressé à l'ex-époux et à Madame C_____ deux décisions de réparation du dommage pour un montant total de CHF 449'416.-. Aucune opposition n'avait été élevée à l'encontre de ces deux décisions.

18. Par ordonnance du 18 septembre 2020, la chambre de céans a appelé en cause l'ex-époux de la recourante et Madame C_____.

19. L'ex-époux a confirmé les termes du recours par courrier du 12 octobre 2020 et notamment le fait qu'il avait toujours animé seul la société, sans la moindre intervention de l'intéressée, qu'elle n'avait pas accès à la comptabilité et qu'elle ne disposait pas de la signature bancaire. Il ne lui avait pas non plus parlé des difficultés de la société. S'agissant de la société H_____, il avait réglé, en espèces, des factures suite à la sous-traitance de travaux et à la mise à disposition de main d'œuvre. C'était donc à tort que l'intimée avait considéré que ces factures étaient fausses et qu'elle lui avait fait parvenir une décision de réparation du dommage complémentaire. Il n'y avait pas fait opposition car il avait baissé les bras mais il regrettait aujourd'hui de ne pas s'être défendu.

20. Madame C_____ ne s'est pas manifestée.

21. Par courrier du 15 janvier 2021, la chambre de céans a imparti à l'intimée un délai au 30 janvier 2021 pour justifier les montants de CHF 4'500.- retenus à titre de salaire en nature pour les années 2014 et 2015. A défaut de justificatifs fournis dans le délai, les montants précités seraient considérés comme non établis.

22. L'intimée n'ayant jusqu'à ce jour produit aucun justificatif, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. a. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10).

   Sa compétence *ratione materiae* pour juger du cas d'espèce est ainsi établie

   b. Selon l'art. 52 al. 5 LAVS, en dérogation à l'art. 58 al. 1 LPGA, le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter le recours. Cette disposition est également applicable lorsque la caisse recherche un organe de l'employeur en réparation du dommage, et ce quel que soit le domicile dudit organe (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 184/06 du 25 avril 2007 consid. 2.3).

   c. La société ayant été domiciliée dans le canton de Genève du 27 septembre 2013 jusqu'au moment de la faillite, la chambre de céans est également compétente *ratione loci*.

2. À teneur de l'art. 1 al. 1 LAVS, les dispositions de la LPGA s'appliquent aux art. 1 à 97 LAVS, à moins que la loi n'y déroge expressément.

   Toutefois, les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 343 consid. 3).

3. Le 1er janvier 2021 est entrée en vigueur la modification du 21 juin 2019 de la LPGA. Toutefois, dans la mesure où le recours était, au 1er janvier 2021, pendant devant la chambre de céans, il reste soumis à l'ancien droit (cf. art. 83 LPGA).

4. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 81 et 82 du règlement sur

l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS; RS 831.101) ont été abrogés.

Il faut toutefois préciser que le nouveau droit n'a fait que reprendre textuellement, à l'art. 52 al. 1 LAVS, le principe de la responsabilité de l'employeur figurant à l'art. 52 aLAVS, la seule différence portant sur la désignation de la caisse de compensation, désormais appelée assurance. Les principes dégagés par la jurisprudence sur les conditions de droit matériel de la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 aLAVS (dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2002) restent par ailleurs valables sous l'empire des modifications introduites par la LPGA (ATF 129 V 11 consid. 3.5 et 3.6).

5. a. Les dispositions de la novelle du 17 mars 2011 modifiant la LAVS sont entrées en vigueur le 1er janvier 2012. Elles n'ont pas amené de changements en matière de responsabilité subsidiaire des organes fondée sur l'art. 52 LAVS. En effet, outre quelques retouches de forme, le nouvel art. 52 al. 2 LAVS concrétise les principes établis par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (cf. Message relatif à la modification de la LAVS du 3 décembre 2010, FF 2011 519, p. 536 à 538). Sur le plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1; ATF 127 V 467 consid. 1 et les références).

   En l'espèce, les montants litigieux concernent la période allant du mois d'octobre 2013 au mois de décembre 2015, de sorte que l'art. 52 al. 1 LAVS est applicable dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2012 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_80/2017 du 31 mai 2017 consid. 3.2).

   b. Le 1er janvier 2020 est entrée en vigueur la révision du droit de la prescription de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220), entraînant la modification de l'art. 52 al. 3 LAVS. Eu égard au principe de droit intertemporel selon lequel les dispositions légales applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 445 consid. 1), c'est la teneur de cette disposition en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019 qui est applicable au cas d'espèce.

6. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA; art. 62 al. 1 de la de loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Interjeté dans les formes et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 38 et 56 à 61 LPGA).

7. Le litige porte sur la responsabilité de la recourante dans le préjudice causé à l'intimée, par le défaut de paiement des cotisations sociales (AVS-AI-APG et AC ainsi qu'AF) relatives au salaire prétendument dissimulé entre octobre 2013 et décembre 2015.

8. a. Selon l'art. 52 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2012, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation (al. 1). Si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes

les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage (al. 2). Le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription. Si le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est applicable (al. 3). La caisse de compensation fait valoir sa créance en réparation du dommage par voie de décision (al. 4).

L'art. 52 LAVS vise des situations dans lesquelles l'employeur (et, à titre subsidiaire, les organes qui ont agi en son nom) crée un dommage à la caisse de compensation en ne s'acquittant pas des cotisations sociales fédérales (dues en vertu de la LAVS et, par renvoi, de la loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture [LFA; RS 836.1], de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité [LAPG; RS 834.1], de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité [LAI; RS 831.20], de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [LACI; RS 837.0] et de la Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales [LAFam; RS 836.2]).

b. L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss RAVS, prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation (voir également l'art. 51 al. 1 LAVS). L'employeur doit remettre périodiquement à la caisse les pièces comptables concernant les salaires versés à ses employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. Par sa nature, l'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de remettre les décomptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. Organe d'exécution de la loi à raison de cette tâche, l'employeur supporte une responsabilité de droit public. Celui qui néglige d'accomplir cette tâche enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 132 III 523 consid. 4.4; 129 V 11 consid. 3.1; 118 V 193 consid. 2a; 114 V 219 consid. 3b et les références; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 128/01 du 19 avril 2005 consid. 6.4, in SVR 2005 AHV n° 22 p. 77).

c. Selon l'art. 12 al. 1 LAVS, est considéré comme employeur quiconque verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'art. 5 al. 2.

Sont obligatoirement assurées à l'AVS et à l'AI les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative (art. 1a al. 1 let. b LAVS).

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. 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.

La nature de l'activité exercée importe peu : le gain soumis à cotisations peut aussi bien provenir d'une activité licite que d'une activité illicite, en particulier d'un « travail au noir » (arrêt du Tribunal fédéral 9C_675/20214 du 11 août 2015 consid. 3.1).

d/aa. Ni le droit suisse ni la jurisprudence ne donnent de définition précise de la sous-traitance. Selon la définition communément admise par la doctrine, le contrat de sous-traitance est le contrat d'entreprise par lequel une partie (le sous-traitant) s'engage à l'égard d'une autre (l'entrepreneur principal) à effectuer tout ou partie de la prestation de l'ouvrage que celui-ci s'est engagé à réaliser pour un maître (le maître principal; Peter GAUCH, Der Werkvertrag, 5ème éd. 2011, n. 137 p. 53; Pierre TERCIER/ Pascal G. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4ème éd. 2009, p. 644, n. 4290 ; voir également François CHAIX, Le contrat de sous-traitance en droit suisse, 1995, p. 85 ss. ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_782/2014 du 25 août 2015 consid. 6.1.1).

Entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, la relation est régie par un contrat d'entreprise au sens de l'art. 363 du code des obligations (CO - RS 220), la seule particularité tenant au fait que c'est un entrepreneur (à l'égard du maître) qui tient le rôle du sous-traitant. Ce contrat étant totalement indépendant du contrat principal passé entre le maître et l'entrepreneur principal, en vertu du principe de la relativité des conventions (ATF 124 III 64, JdT 1998 I 612), c'est donc l'entrepreneur principal qui répond à l'égard du maître principal de l'exécution des travaux effectués par les sous-traitants ; ceux-ci sont en effet des auxiliaires de l'exécution (art. 101 CO ; ATF 116 II 305, JdT 1991 I 173). Pour sa part, en l'absence de convention contraire (par ex. sous forme d'une clause indépendante de garantie du sous-traitant envers le maître principal), le sous-traitant répond uniquement à l'égard de l'entrepreneur principal des éventuels défauts de l'ouvrage (art. 367 ss CO ; Pierre TERCIER/ Pascal G. FAVRE, op. cit. n. 4294 ss).

d/bb. Se référant à la doctrine, le Tribunal fédéral des assurances a considéré, dans son arrêt H 169/04 du 21 avril 2005, que les sous-traitants et les tâcherons sont généralement réputés exercer une activité dépendante. Ils sont seulement considérés comme personnes exerçant une activité indépendante s'il est prouvé que les caractéristiques de la libre entreprise dominent manifestement et si l'on peut admettre, d'après les circonstances, qu'ils traitent sur un pied d'égalité avec l'entrepreneur qui leur a confié le travail (consid. 4.4). Cette jurisprudence a été confirmée, à plusieurs reprises par la suite (arrêts du Tribunal fédéral 8C_484/2010 du 12 mai 2011 consid. 3.3 ; 9C_1062/2010 du 5 juillet 2011 consid. 7.5, 8C_367/2011 du 12 avril 2012 consid. 2.4 ; 8C_597/2011 du 10 mai8 2012 consid. 2.3 ; 9C_624/2011 du 25 septembre 2012 consid. 2.2).

A chaque fois, le Tribunal fédéral s'est demandé si l'intéressé, qui se prétendait indépendant et intervenait en qualité de sous-traitant, traitait sur un pied d'égalité avec les entreprises principales. Lorsque l'intéressé intervenait majoritairement pour des particuliers, son statut était celui d'indépendant. Lorsqu'il œuvrait principalement, voire exclusivement, en qualité de sous-traitant, il était considéré comme salarié.

Sur le plan cantonal, la chambre de céans a adopté le même raisonnement (cf. ATAS/1208/2010 du 25 novembre 2010 et ATAS/1076/2020 du 29 octobre 2020 notamment).

9. a. Pour l'établissement des faits pertinents, il y a lieu d'appliquer les principes ordinaires régissant la procédure en matière d'assurances sociales, à savoir, en particulier, la maxime inquisitoire, ainsi que les règles sur l'appréciation des preuves et le degré de la preuve.

b. La maxime inquisitoire signifie que l'assureur social et, en cas de litige, le juge, établissent d'office les faits déterminants, avec la collaboration des parties, sans être lié par les faits allégués et les preuves offertes par les parties, en s'attachant à le faire de manière correcte, complète et objective afin de découvrir la réalité matérielle (art. 43 LPGA ; art. 19 s., 22 ss, 76 et 89A LPA ; Ghislaine FRÉSARD FELLAY / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, 2015, p. 499 s.). Les parties ont l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués ; à défaut, elles s'exposent à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (art. 28 LPGA ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; 122 V 157 consid. 1a ; 117 V 261 consid. 3b et les références citées).

c. Comme l'administration, le juge apprécie librement les preuves administrées, sans être lié par des règles formelles (art. 61 let. c LPGA). Il lui faut examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les pièces du dossier et autres preuves recueillies permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Il lui est loisible, sur la base d'une appréciation anticipée des preuves déjà disponibles, de refuser l'administration d'une preuve supplémentaire au motif qu'il la tient pour impropre à modifier sa conviction (ATF 131 III 222 consid. 4.3 ; ATF 129 III 18 consid. 2.6 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_5/2011 du 24 mars 2011 consid. 3.1).

d. Une preuve absolue n'est pas requise en matière d'assurances sociales. L'administration et le juge fondent leur décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; ATF 126 V 353 consid. 5b ; ATF

125 V 193 consid. 2 et les références citées). Il n'existe pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a ; Ghislaine FRÉSARD-FELLAY / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, op. cit., p. 517 s.). Reste réservé le degré de preuve requis pour la notification de décisions, l'exercice d'un moyen de droit, le contenu d'une communication dont la notification est établie (ATF 124 V 400 ; 121 V 5 consid. 3b ; 119 V 7 consid. 3c/bb ; ATAS/286/2018 du 3 avril 2018 consid. 3 ; ATAS/763/2016 du 27 septembre 2016 consid. 4 et 5c).

10. a. En l'espèce, l'intimée a considéré que les versements en espèce effectués à H_____, d'un montant total de CHF 1'768'200.-, constituaient des salaires non déclarés, sur lesquels la société aurait dû payer des cotisations. La caisse est arrivée à cette conclusion, étant donné que la société H_____ n'employait plus de personnel depuis le 1er janvier 2013. S'y ajoutait le fait que cette société n'avait pas de locaux et que l'unique administrateur, Monsieur J_____, homme de paille, était déjà en litige avec la caisse dans une autre affaire.

    Interrogé à ce propos, l'ex-époux de la recourante a expliqué que H_____ avait à son tour sous-traité le travail, ce que la caisse conteste, étant d'avis qu'une sous-traitance pour un montant aussi important ne pouvait se faire sans personnel ni locaux.

    b. Dès lors que l'art. 52 LAVS concerne la responsabilité de l'employeur, il faut tout d'abord que la société, dont la recourante était organe formel, revête cette qualité. En d'autres termes, le dossier doit faire apparaître, au degré de la vraisemblance prépondérante, que les versements en espèces litigieux étaient destinés à rémunérer une personne exerçant une activité dépendante pour le compte de la société.

    Force est toutefois de constater que rien dans le dossier ne permet d'arriver à cette conclusion.

    En effet, tout d'abord, les versements ont été effectués en faveur d'une société anonyme et non d'une personne physique. Or, conformément aux art. 1a al. 1 let b 5, 9 et 12 LAVS, seule une personne physique peut être salariée de la société et, par conséquent, assurée auprès de l'assurance-vieillesse et des autres assurances qui y sont liées.

    Ensuite, les informations sur lesquelles se fonde l'intimée pour retenir que H_____ ne disposait ni de personnel ni de locaux ressortent principalement d'un rapport de contrôle d'employeur du 20 février 2018, consignant notamment les déclaration d'un certain Monsieur I_____. Toutefois, il s'agit là d'un document purement interne, résumant les déclarations de ce dernier telles qu'elles ont été comprises, interprétées et résumées par les employés de l'assureur-accidents et de l'intimée (voir ATAS/827/2014 du 30 juin 2014 consid. 10). Or, un tel document ne saurait être pris en considération pour apprécier la nature des versements et ce pour les motifs suivants : le document n'a pas été contresigné par Monsieur I_____,

dont on ne connait au demeurant rien ; la teneur est contestée par la recourante et son ex-époux, ces derniers évoquant notamment une sous-traitance en chaîne, ce qui est au demeurant admis dans la pratique (Eric RAMEL / Marc-Etienne FAVRE, La sous-traitance, Questions choisies, *in* Journées du droit de la construction 2015, p. 129). ; le document en question comporte des incohérences, notamment en ce qui concerne Monsieur J_____. Si celui a certes été administrateur unique de H_____, c'était postérieurement à la période litigieuse.

Quant aux courriels de la caisse AVS 66.1 du 25 octobre 2016 et de la SUVA du 24 février 2017, joints au rapport de contrôle précité, ils ne comportent aucune annexe étayant leur contenu, au demeurant peu clair.

En tout état, les versements en espèce litigieux correspondent à des factures établies par H_____, comportant un numéro de facturation, une brève description des chantiers et des activités qui y ont été menées. Les paiements apparaissent dans le grand livre de la société, chaque mois, sans qu'une régularité ne puisse être constatée. A l'exception des suppositions des gestionnaires, lesquelles ne sont pas étayées, le dossier ne comporte en réalité aucun élément suffisamment probant permettant de considérer que lesdits versements en espèces avaient en réalité pour but de rémunérer une personne physique ayant travaillé au noir en tant qu'employé de la société.

Même si on peut s'étonner que des montants aussi importants aient été effectués en espèces, aucun élément du dossier ne permet de qualifier la société - et à titre subsidiaire la recourante - d'employeur, ce d'autant moins qu'on ne connaît pas l'identité du ou des travailleurs qu'elle aurait prétendument occupé(s). Partant, leur responsabilité ne saurait être engagée au sens de l'art. 52 LAVS en ce qui concerne les versements en espèces pour un montant total de CHF 1'768'200.-.

c. En revanche, il est vrai que la part du leasing d'un véhicule privé, prise en charge par l'employeur, pourrait être considérée comme un salaire en nature. Toutefois, dans le cas d'espèce, aucun élément du dossier ne permet de considérer que l'intimée aurait omis d'intégrer CHF 4'500.- dans le salaire de 2014 et CHF 4'500.- dans celui de 2015. En effet, le grand-livre mentionne des leasings de CHF 21'412,76 en 2014 et CHF 28'291.18 et rien ne permet de considérer que la première décision de réparation n'intégrait pas les montants précités dans le calcul des cotisations. Constatant cela, la chambre de céans a imparti à l'intimée un délai au 30 janvier 2021 pour que celle-ci justifie les montants précités, tout en attirant son attention qu'en l'absence de réponse dans le délai, le montant total de CHF 9'000.- ne serait pas considéré comme établi. Aucune réponse n'ayant été donnée dans le délai précité, l'intimée subit les conséquences de l'absence de preuve (cf. consid. 8b *supra*) et la chambre de céans ne saurait retenir le montant total de CHF 9'000.- à titre de salaire non pris en considération dans le cadre de la procédure A/733/2019.

d. Partant, il ressort des considérations qui précèdent que l'intimée n'a établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, ni le fait que les versements à H_____ constituaient en réalité des rémunérations soumises à cotisations ni celui qu'un montant total de CHF 9'000.- n'aurait pas été intégré dans les salaires soumis à cotisations en 2014 et 2015 ayant fait l'objet de la première décision en réparation du dommage. Dans la mesure où rien ne permet de considérer que la société aurait omis de percevoir des cotisations, la responsabilité subsidiaire de la recourante ne saurait être engagée.

11. Le recours du 12 mars 2020 doit donc être admis et la décision sur opposition du 10 février 2020 doit être annulée.

    La recourante obtenant gain de cause, une indemnité de CHF 3'500.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]).

    Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet et annule la décision sur opposition du 10 février 2020.
3. Condamne l'intimée à verser CHF 3'500.- à la recourante à titre de dépens.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110). Selon l'art. 85 LTF, s'agissant de contestations pécuniaires, le recours est irrecevable si la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs (al. 1 let. a). Même lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas le montant déterminant, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (al. 2). Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Julia BARRY	Valérie MONTANI

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