

Prestations perçues à tort,
remise de l'obligation de
restituer, personne morale,
notion de situation difficile

**Art. 25 LPGA ; O APG
COVID-19 ; LCaS-COVID-
19 ; OCaS-COVID-19**

Le litige oppose la Caisse de compensation GastroSocial et la société A. Sàrl, au sujet de l'obligation faite à celle-ci de rembourser l'allocation pour perte de gain liée aux mesures de lutte contre le coronavirus, versée à ses deux employés occupant une position similaire à celle d'un employeur.

Les dispositions de la LPGA sont applicables aux allocations prévues par l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, sauf si les dispositions de l'ordonnance prévoient expressément une dérogation à la LPGA (art. 1 O APG COVID-19) (c. 4.1). Selon l'art. 25 al. 1 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées (1^{re} phr.). La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (2^e phr.) (c. 4.2). Il manque une réglementation sur la manière d'évaluer la grande difficulté pour les personnes morales (c. 4.3).

La juridiction cantonale a considéré que lorsque la caisse de compensation exige, pour les personnes morales, un surendettement survenu ou imminent pour admettre l'existence d'une situation très difficile en appliquant par analogie l'art. 40 RAVS, elle ne tient pas compte du fait que cette norme se réfère à la remise de la créance de cotisations arriérées et qu'il s'agit ici de prestations indûment perçues. L'allocation de perte de gain COVID-19 serait une prestation calquée sur l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, notamment pour les personnes assimilées à des employeurs, qui ne peuvent en principe pas prétendre aux prestations de l'assurance-chômage. Pour cette raison, il serait justifié de ne pas poser d'exigences plus strictes pour la remise du remboursement de cette prestation que pour les indemnités de chômage partiel (c. 5.1).

Selon le Tribunal fédéral, contrairement à la juridiction cantonale, on ne peut pas déduire du fait que l'allocation pour perte de gain COVID-19 peut être attribuée, entre autres, aux personnes assimilées à des employeurs qui n'ont pas droit aux prestations de l'assurance-chômage, en considérant que les dispositions de l'assurance-chômage s'appliquent par analogie à la question de la remise du remboursement. **Les dispositions du régime des APG s'appliquent par analogie à l'allocation pour perte de gain COVID-19 pour différentes questions et donc en principe également au cas d'espèce** (c. 5.2.1).

Le Tribunal fédéral expose que dans l'arrêt I 553/01 du 28 juin 2002, le TFA a estimé qu'il y avait lieu d'appliquer un critère plus strict à l'appréciation de la situation économique d'une société anonyme en ce qui concerne la remise des *cotisations* qu'en ce qui concerne la remise du remboursement des *prestations*. Ainsi, la remise du paiement rétroactif ne doit être accordée que de manière restrictive, car elle constitue une exception au principe de base du régime de cotisations, qui repose sur le prélèvement de pourcentages de salaire, sans tenir compte de la capacité financière. En revanche, il se justifie de tenir davantage compte des circonstances particulières du cas d'espèce lors de la remise du remboursement des prestations et d'admettre exceptionnellement qu'il s'agit d'une situation très difficile, même s'il n'y a pas encore de surendettement ou si celui-ci est imminent, mais que le remboursement mettrait la société dans de graves difficultés financières. Dans les faits à juger à l'époque, des circonstances particulières, justifiant une mesure moins sévère, ont été reconnues dans le fait que l'employeuse ne s'était pas enrichie en percevant les prestations qui lui avaient été versées à tort, mais qu'elle avait fait des avances correspondantes à l'assuré. Il a en outre été tenu compte du fait qu'il n'y avait plus de fonds provenant des paiements indus qui auraient pu être utilisés pour le remboursement (c. 5.3.2)

Le Tribunal fédéral indique que contrairement à l'arrêt I 553/01 du 28 juin 2002, où l'employeur tenu au remboursement avait fait des avances à son employé sans en tirer le moindre avantage, **il s'agit ici de paiements que la société A. Sàrl a reçus pour ses propriétaires ou ses employés ayant une position similaire à celle d'un employeur** (B. et C.), ce qui rend évident l'avantage qui en

résulte pour elle. Les faits à juger ici ne présentent donc pas de parallèles avec ceux jugés le 28 juin 2002. On ne voit pas non plus de circonstances particulières qui pourraient exceptionnellement plaider en faveur d'une considération plus clémente. Ainsi, l'appréciation de la grande difficulté est soumise au critère strict (applicable en principe). **En d'autres termes, la condition de remise ne peut être remplie que si un surendettement s'est produit ou est imminent.** Selon l'art. 725 en relation avec l'art. 820 CO (dans la version applicable ici, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2022), il y a surendettement lorsqu'en raison de pertes de capital, l'ensemble des fonds propres et même une partie des fonds étrangers ne sont plus couverts, que ce soit à la valeur de continuation ou à la valeur de liquidation (c. 5.3.4).

Le Tribunal fédéral explique que c'est le moment où la décision sur la restitution est entrée en force qui est déterminant pour juger de l'existence d'une situation difficile (art. 4 al. 2 OPGA) (c. 5.4).

Le Tribunal fédéral rappelle que selon l'art. 24 al. 1 LCaS-COVID-19, dans la version applicable en l'espèce et en vigueur jusqu'au 31 décembre 2022, les crédits cautionnés sur la base de l'art. 3 OCaS-COVID-19 (crédits jusqu'à 500'000 francs) ne sont pas considérés comme des fonds étrangers pour le calcul de la couverture du capital et des réserves selon l'art. 725 al. 1 CO et pour le calcul d'un surendettement selon l'art. 725 al. 2 CO (c. 5.4.2)

Selon le Tribunal fédéral, même si la disposition de l'art. 24, al. 1 LCaS-COVID-19 est formulée de manière très générale, elle vise uniquement à libérer les entreprises de l'obligation d'avis prévue à l'art. 725 CO en cas de perte de capital ou de surendettement. L'intention du législateur n'était pas de dénier de manière générale aux crédits COVID-19 le caractère de fonds étrangers. Si l'on qualifiait également les crédits COVID-19 de fonds propres dans d'autres situations où la situation financière d'une société doit être évaluée, c'est-à-dire en dehors du champ d'application de l'art. 24 LCaS-COVID-19, le bienfait voulu par cette norme serait vidé de son sens. C'est pourquoi, dans le cadre de la remise du remboursement de l'allocation pour perte de gain COVID-19 dont il est question ici, les crédits COVID-19 - comme tous les autres crédits, nonobstant la disposition de l'art. 24 LCaS-COVID-19 - doivent être considérés comme des fonds étrangers lors de l'examen de la question de savoir s'il existe un surendettement ou s'il existe un risque imminent de surendettement (c. 5.4.3).

Partant, le recours de la Caisse de compensation GastroSocial a été rejeté.

Auteur : David Métille, avocat à Lausanne

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 6. Februar 2023 (200 22 731 EO).

Sachverhalt:

A.

Mit in Rechtskraft erwachsenen Verfügungen vom 3. und 12. November 2021 forderte die GastroSocial Ausgleichskasse von der A. GmbH in der Zeit vom 17. September 2020 bis 31. August 2021 zu viel ausgerichtete Erwerbsausfallentschädigung im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (nachfolgend: Corona-Erwerbsersatz) im Betrag von Fr. 21'981.70 zurück, welche für die beiden Arbeitnehmenden in arbeitgeberähnlicher Stellung, B. und C., bezogen worden war. Ein von der A. GmbH gestelltes Gesuch um Erlass der Rückerstattung wies die Ausgleichskasse ab (Verfügung vom 4. August 2022, bestätigt mit Einspracheentscheid vom 28. Oktober 2022).

B.

Beschwerdeweise liess die A. GmbH die Aufhebung des Einspracheentscheides und den Erlass der Rückforderung beantragen. Das angerufene Verwaltungsgericht des Kantons Bern hiess die

Beschwerde gut, hob den Einspracheentscheid vom 28. Oktober 2022 auf und wies die Sache an die Ausgleichskasse zurück, damit sie - nach Vornahme der Abklärungen im Sinne der Erwägungen - neu verfüge. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab (Urteil vom 6. Februar 2023).

C.

Die GastroSocial Ausgleichskasse führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Rechtsbegehren, das kantonale Urteil vom 6. Februar 2023 sei aufzuheben und die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 28. Oktober 2022 vollumfänglich abzuweisen.

In ihrer Vernehmlassung schliesst die A. GmbH auf Nichteintreten, eventualiter auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Weiter ersucht sie um unentgeltliche Rechtspflege. Im Nachgang zu ihrer Vernehmlassung reichte sie Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen ein. Das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichtet auf eine Stellungnahme.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit freier Kognition (BGE 149 II 66 E. 1.3 mit Hinweis).

1.1. Die Beschwerde ans Bundesgericht hat unter anderem die Begehren und deren Begründung zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). Dabei ist in der Begründung in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG).

1.1.1. Entgegen der von der Beschwerdegegnerin vertretenen Auffassung (und dem von ihr gestellten Nichteintretensantrag) erfüllt die Beschwerde die Begründungsanforderungen: Die Ausgleichskasse zeigt darin in Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Urteil auf, weshalb sie die vorinstanzliche Herleitung der anwendbaren Bestimmungen für bundesrechtswidrig hält bzw. in der vorinstanzlichen Bejahung der grossen Härte einen Verstoss gegen Art. 25 ATSG in Verbindung mit Art. 5 ATSV sowie gegen weitere Rechtsgrundsätze (Gleichbehandlungsgebot, Untersuchungsgrundsatz und Willkürverbot) erblickt. Sie nimmt dabei in rechtsgenügender Weise Bezug auf die für das Ergebnis des angefochtenen Urteils massgebenden Erwägungen und legt dar, welche Rechte bzw. Rechtsnormen die Vorinstanz damit verletzt haben soll.

1.1.2. Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdegegnerin auch, soweit sie auf teilweises Nichteintreten schliesst mit der Begründung, das Rechtsbegehren der Ausgleichskasse laute auf Abweisung der gegen den Einspracheentscheid erhobenen Beschwerde. Es trifft zwar zu, dass im bundesgerichtlichen Verfahren nicht der Einsprache-, sondern der vorinstanzliche Entscheid das Anfechtungsobjekt bildet. Das von der Kasse gestellte Beschwerdebegehren ist aber ohne weiteres dahingehend auszulegen, dass es auf die Bestätigung des Einspracheentscheides abzielt. Ohnehin wurde gleichzeitig die Aufhebung des kantonalen Urteils beantragt, was für sich allein bereits genügen würde, denn bei einer Gutheissung dieses Antrages fiel die vorinstanzliche Aufhebung des Einspracheentscheides dahin. Die Eintretensvoraussetzungen sind damit auch in dieser Hinsicht erfüllt.

1.2. Beim angefochtenen Rückweisungsentscheid handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG (BGE 140 V 321 E. 3.1; 133 V 477 E. 4.2). Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist somit nur zulässig, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden

Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG), oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Nach der Rechtsprechung hat die beschwerdeführende Partei darzutun, dass die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt sind, es sei denn, deren Vorliegen springe geradezu in die Augen (BGE 142 V 26 E. 1.2 mit Hinweisen).

1.2.1. Die Vorinstanz hob den Einspracheentscheid vom 28. Oktober 2022 auf und wies die Sache zu weiteren Abklärungen im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdeführerin zurück. Sie stellte sich auf den Standpunkt, für die Prüfung der Erlassvoraussetzung der grossen Härte fänden andere Rechtsgrundlagen als die von der Kasse beigezogene Anwendung (vgl. dazu im Einzelnen nachstehende E. 5.1). Gestützt darauf sei die grosse Härte entgegen dem Einspracheentscheid zu bejahen und die Kasse zu verpflichten, über den guten Glauben als kumulativ erforderliche Erlassvoraussetzung zu befinden.

1.2.2. Die Beschwerdeführerin äussert sich nicht zu den hier einschlägigen, bei einem Zwischenentscheid geltenden Eintretensvoraussetzungen. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ist indessen evident: Die Beschwerdeführerin würde durch das vorinstanzliche Urteil, sollte sie den guten Glauben bejahen, gezwungen, eine ihres Erachtens rechtswidrige Verfügung zu erlassen, und wäre nicht legitimiert, diese anzufechten. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits hätte keinen Grund, die neu erlassene Verfügung anzufechten, wenn sie zu ihrem Vorteil ist, so dass es im Ergebnis beim allenfalls rechtswidrigen Entscheid bliebe und das aus Sicht der Beschwerdeführerin falsche Ergebnis nicht mehr korrigiert werden könnte (vgl. BGE 133 V 477 E. 5.2.4). Auf die Beschwerde ist damit auch unter diesem Gesichtspunkt einzutreten.

2.

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren gerügten Rechtsmängel (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG; BGE 147 I 73 E. 2.1; 145 V 57 E. 4.2; je mit Hinweis). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG).

3.

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie den das Erlassgesuch abweisenden Einspracheentscheid vom 28. Oktober 2022 aufhob, die grosse Härte als erste Erlassvoraussetzung bejahte und die Sache an die Beschwerdeführerin zurückwies, damit sie den guten Glauben als zweite Erlassvoraussetzung prüfe.

4.

4.1. Die Bestimmungen des ATSG sind auf die Entschädigungen gemäss der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall anwendbar, soweit die Bestimmungen der Verordnung nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsehen (Art. 1 der vorliegend anwendbaren, vom 17. März 2020 bis 31. Dezember 2022 gültig gewesenen Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im

Zusammenhang mit dem Coronavirus [Covid-19; Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall; AS 2020 871] in Verbindung mit Art. 15 Abs. 5 des Bundesgesetzes vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Gesetz; SR 818.102], hier anwendbare, am 17. September 2020 in Kraft getretene [Art. 21 Abs. 3 Covid-19-Gesetz] und inzwischen aufgehobene Bestimmung).

4.2. Gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten (Satz 1). Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Satz 2). Rechtsprechungsgemäss steht die Erlassmöglichkeit nicht nur natürlichen, sondern auch juristischen Personen offen (BGE 122 V 270 E. 4; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts [EVG] I 553/01 vom 28. Juni 2002 E. 2b, publ. in: AHI 2003 S. 159).

4.3. Massgebend für die Beurteilung, ob eine grosse Härte vorliegt, ist der Zeitpunkt, in welchem über die Rückforderung rechtskräftig entschieden ist (Art. 4 Abs. 2 ATSV). Eine grosse Härte im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ATSG liegt vor, wenn die vom Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) anerkannten Ausgaben und die zusätzlichen Ausgaben nach Abs. 4 die nach ELG anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 5 Abs. 1 ATSV). Es fehlt eine Regelung, wie die grosse Härte bei juristischen Personen zu beurteilen ist (was bereits unter der vor Inkrafttreten der ATSV geltenden Rechtslage der Fall war [Art. 79 Abs. 1bis AHVV in Kraft bis Ende 2002]; vgl. auch AHI 2003 S. 159, I 553/01 E. 4a).

5.

5.1. Die Vorinstanz erwog, wenn die Ausgleichskasse bei juristischen Personen für die Bejahung der grossen Härte in analoger Anwendung von Art. 40 AHVV eine eingetretene oder unmittelbar drohende Überschuldung verlange (wobei sie den Covid-19-Kredit als Eigen- und nicht als Fremdkapital berücksichtige), trage sie dem Umstand nicht Rechnung, dass sich diese Norm auf den Erlass der Nachforderung von Beiträgen beziehe und es hier um unrechtmässig bezogene Leistungen gehe. Der Corona-Erwerbssersatz sei eine der Kurzarbeitsentschädigung nachgebildete Leistung insbesondere für arbeitgeberähnliche Personen, welche grundsätzlich keine arbeitslosenversicherungsrechtlichen Leistungen beanspruchen könnten. Aus diesem Grund rechtfertige es sich, an den Erlass der Rückerstattung von Corona-Erwerbssersatz keine strengeren Anforderungen zu stellen als bei Kurzarbeitsentschädigungen. In diesem Bereich sei gemäss den Weisungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (seco) auf die durchschnittlichen Reingewinne (Positiv-Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung/Betriebsrechnung) der letzten drei Jahre abzustellen. Dabei werde das Vorliegen einer grossen Härte bereits dann bejaht, wenn die Rückforderungssumme 20 % des durchschnittlichen Reingewinns von drei Jahren übersteige (AVIG-Praxis RVEI [Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso] Rz. C7). Aufgrund der in den Erfolgsrechnungen der A. GmbH in den letzten vier Jahren ausgewiesenen Verluste (31. Dezember 2019: -Fr. 3'530.42; 31. Dezember 2020: -Fr. 33'214.59; 31. Dezember 2022: -Fr. 15'346.90) und des kaum nennenswerten Gewinns (31. Dezember 2021: Fr. 1'545.05) würde eine Rückerstattung der unrechtmässig bezogenen Entschädigung im Betrag von Fr. 21'981.70 die A. GmbH offensichtlich in grosse finanzielle Schwierigkeiten bringen. Entgegen der Ausgleichskasse sei die für den Erlass erforderliche Voraussetzung der grossen Härte damit erfüllt.

5.2. Die Ausgleichskasse wendet ein, die Vorinstanz habe die anwendbaren Rechtsgrundsätze unzutreffend hergeleitet, denn der Corona-Erwerbssersatz sei nicht der Kurzarbeitsentschädigung, sondern den allgemeinen EO-Leistungen nachgebildet.

5.2.1. Aus dem Umstand, dass der Corona-Erwerbsersatz unter anderem den arbeitgeberähnlichen Personen zukommen kann, welche keinen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung haben, lässt sich entgegen der Vorinstanz nicht ableiten, dass für die Frage des Erlasses der Rückerstattung die Bestimmungen der Arbeitslosenversicherung analoge Anwendung finden. Näher als diesem Gebiet ist der Corona-Erwerbsersatz dem Bereich der Erwerbsersatzordnung. So wurde in der bundesrätlichen Botschaft vom 12. August 2020 zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) festgehalten, dass sich die Leistungen im Zusammenhang mit dem Erwerbsausfall in Bezug auf die Umsetzung und das Verfahren an das System beim Erwerbsersatz gemäss dem Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende, bei Mutterschaft und bei Vaterschaft vom 25. September 1952 (Erwerbsersatzgesetz, EOG; SR 834.1) anlehnen (BBl 2020 6563 ff., S. 6612). Aus diesem Grund finden die Bestimmungen aus dem EO-Bereich auf den Corona-Erwerbsersatz in verschiedenen Fragen und so grundsätzlich auch hier (vgl. E. 5.2.2) analoge Anwendung.

5.2.2. Gemäss Rz. 1077 des Kreisschreibens über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus - Corona-Erwerbsersatz (KS CE; gültig ab 17. September 2020) gelten in Bezug auf Abtretung, Verpfändbarkeit, Rückerstattung, Erlass und Abschreibung die Rz. 7001-7017 der Wegleitung zur Erwerbsersatzordnung (WEO) sinngemäss. Die sich mit dem Erlass befassende Rz. 7016 WEO verweist auf Rz. 10701-10722 der Wegleitung über die Renten (RWL) in der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung. Der grossen Härte widmen sich Rz. 10712 ff. RWL. Allerdings geben auch diese Verwaltungsweisungen (zu deren Bedeutung allgemein: BGE 148 V 385 E. 5.2; 145 V 84 E. 6.1.1; 142 V 442 E. 5.2) auf die sich vorliegend stellende Frage keine Antwort.

5.3. Wie bereits in ihrem Einspracheentscheid vertritt die Kasse die Auffassung, für die Beurteilung der grossen Härte sei die zu Art. 40 AHVV ergangene Rechtsprechung analogieweise beizuziehen. Gemäss BGE 113 V 248 setze die grosse Härte bei juristischen Personen eine bestehende oder unmittelbar drohende Überschuldung voraus, wobei eine solche vorliege, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger durch die Aktiven nicht mehr gedeckt seien. Dabei sei ein strenger Massstab anzulegen und der Erlass nur restriktiv zu gewähren (BGE a.a.O. E. 3b).

5.3.1. Die Vorinstanz folgte der sich an BGE 113 V 248 orientierenden Betrachtungsweise der Ausgleichskasse nicht, dies unter Hinweis darauf, dass es hier nicht um den Erlass der Nachzahlung von Beiträgen, sondern um den Erlass der Rückerstattung von Leistungen gehe, in welchem Bereich sich gemäss dem Urteil I 553/01 vom 28. Juni 2002 (publ. in: AHI 2001 S. 159) ein milderer Massstab rechtfertige.

5.3.2. Dem Urteil I 553/01 vom 28. Juni 2002, auf welches sich die Vorinstanz beruft, lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Arbeitgeberin hatte ihrem Arbeitnehmer trotz verminderter Arbeitsfähigkeit den vollen Lohn (nach ihren Angaben Fr. 45'000.-) ausgerichtet. Im Gegenzug liess sie sich von der Ausgleichskasse die dem Arbeitnehmer später von der IV-Stelle rückwirkend zugesprochene Invalidenrente (im Betrag von Fr. 27'976.-) auszahlen. Als sich im Nachhinein herausstellte, dass die Drittauszahlung zu Unrecht erfolgt war, forderte die IV-Stelle die Arbeitgeberin zur Rückerstattung der Rentenbetreffnisse auf, wozu sich diese - aus der zu Unrecht erfolgten Zahlung lagen keine Mittel mehr vor - nicht in der Lage sah. Das Eidg. Versicherungsgericht erwog, es beständen durchaus Gründe, für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage einer Aktiengesellschaft betreffend den Beitragserlass einen strengeren Massstab anzuwenden als betreffend den Erlass der Rückerstattung von Leistungen. So sei der Erlass der Nachzahlung nur restriktiv zu gewähren, weil er eine Ausnahme vom Grundprinzip der Beitragsordnung darstelle, welche, ohne Rücksicht auf die

finanzielle Leistungsfähigkeit, auf der Erhebung von Lohnprozenten beruhe. Demgegenüber rechtfertige es sich, beim Erlass der Rückerstattung von Leistungen vermehrt den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen und eine grosse Härte ausnahmsweise auch dann zu bejahen, wenn noch keine Überschuldung bestehe oder unmittelbar drohe, die Rückerstattung die Gesellschaft aber in ernste finanzielle Schwierigkeiten bringen würde (E. 4a). Besondere, einen milderen Massstab rechtfertigende Umstände wurden im damals zu beurteilenden Sachverhalt darin erblickt, dass sich die Arbeitgeberin durch den Bezug der zu Unrecht an sie ausbezahlten Leistungen nicht bereichert, sondern dem Versicherten entsprechende Vorschussleistungen erbracht hatte. Weiter wurde berücksichtigt, dass aus den zu Unrecht erfolgten Zahlungen auch keine Mittel mehr vorlagen, aus welchen die Rückerstattung hätte erfolgen können. Unter diesen besonderen Gegebenheiten liess das Gericht für die Erlassvoraussetzung der grossen Härte genügen, dass die Rückerstattung die Gesellschaft in ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten gebracht hätte, denn die Rückforderungssumme betrug rund 41 % des durchschnittlichen Gewinns der vergangenen drei Jahre bzw. 72 % des durchschnittlichen Gewinns der vergangenen fünf Jahre (E. 4b).

5.3.3. Soweit die Vorinstanz den milderen Massstab nun allerdings bereits deshalb für anwendbar hält, weil es um die Rückerstattung von Leistungen geht, hält sie sich nicht an das im Urteil I 553/01 vom 28. Juni 2002 Entschiedene. Wie sich aus den diesbezüglichen, in E. 5.3.2 hiavor wiedergegebenen Urteilsabwägungen (insbesondere E. 4a) ergibt, setzt der mildere Massstab voraus, dass im konkret zu beurteilenden Fall besondere Umstände vorliegen, welche weniger strenge Anforderungen als gerechtfertigt erscheinen lassen. Die mithin entscheidende Frage, ob auch der hier vorliegende Sachverhalt in diesem Sinne speziell gelagert ist, wurde im angefochtenen Urteil nicht geprüft. Während die Beschwerdegegnerin behauptet, es lägen analoge Verhältnisse vor, stellt die Beschwerdeführerin entsprechende Besonderheiten in Abrede.

5.3.4. Im Unterschied zum Urteil I 553/01 vom 28. Juni 2002, wo die zur Rückerstattung verpflichtete Arbeitgeberin ihrem Arbeitnehmer kulanterweise Vorschussleistungen erbracht hatte, aus welchen ihr keinerlei Vorteile erwachsen, stehen hier Zahlungen zur Diskussion, welche die A. GmbH für ihre Inhaber bzw. ihre Arbeitnehmenden in arbeitgeberähnlicher Stellung (B. und C.) erhalten hatte, womit der für sie daraus resultierende Vorteil offensichtlich ist. Der hier zu beurteilende Sachverhalt weist insofern keine Parallelen zu dem am 28. Juni 2002 beurteilten auf. Auch anderweitig sind keine speziellen Umstände ersichtlich, welche ausnahmsweise für eine mildere Betrachtung sprechen könnten. Damit gilt für die Beurteilung der grossen Härte der (grundsätzlich anwendbare) strenge Massstab. Mit anderen Worten kann die entsprechende Erlassvoraussetzung nur bejaht werden, wenn eine Überschuldung eingetreten ist oder unmittelbar droht. Eine solche liegt bei einer GmbH gemäss Art. 725 in Verbindung mit Art. 820 OR (je in der hier anwendbaren, bis 31. Dezember 2022 in Kraft gewesenen Fassung) vor, wenn durch Kapitalverluste das gesamte Eigenkapital und sogar ein Teil des Fremdkapitals nicht mehr gedeckt sind, weder zu Fortführungs- noch zu Liquidationswerten.

5.4. Entsprechend dem Grundsatz, dass für die Beurteilung, ob eine grosse Härte vorliegt, der Zeitpunkt massgebend ist, in welchem über die Rückforderung rechtskräftig entschieden wurde (Art. 4 Abs. 2 ATSV), sind hier die finanziellen Verhältnisse im März 2022 relevant, denn die gegen die Rückforderungsverfügungen erhobene Einsprache wurde am 7. März 2022 zurückgezogen. Es steht fest und ist unter den Parteien unbestritten, dass sich die wirtschaftliche Lage der A. GmbH am 31. März 2022 wie folgt präsentierte: Stammkapital von Fr. 20'000.-, Verlustvortrag von -Fr. 21'585.28 und Jahresverlust von -Fr. 11'307.57. Weiterungen zu diesen Faktoren erübrigen sich.

5.4.1. Die Parteien sind sich demgegenüber uneinig, ob der Covid-Kredit von Fr. 52'000.- als Eigen- oder als Fremdkapital zu berücksichtigen ist (welche Frage die Vorinstanz bei dem von ihr eingeschlagenen Lösungsweg offen lassen konnte). Während die Beschwerdegegnerin den Kredit, allgemeinen Regeln folgend, als Fremdkapital betrachtet, macht die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 24 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 2020 über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus (Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz, Covid-19-SBüG, SR 951.26) Eigenkapital geltend.

5.4.2. Nach Art. 24 Abs. 1 Covid-19-SBüG in der hier anwendbaren, bis 31. Dezember 2022 in Kraft gewesenen Fassung werden für die Berechnung der Deckung von Kapital und Reserven nach Art. 725 Abs. 1 OR und für die Berechnung einer Überschuldung nach Art. 725 Abs. 2 OR (je ebenfalls in der bis 31. Dezember 2022 in Kraft gewesenen Fassung) Kredite, die gestützt auf Art. 3 Covid-19-SBüV (AS 2020 1077; Kredite bis Fr. 500'000.-) verbürgt werden, nicht als Fremdkapital berücksichtigt. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung gilt dies sinngemäss für alle Rechtsformen, die einer entsprechenden Anzeigepflicht unterstehen, mithin auch für die GmbH (Art. 820 OR in der bis 31. Dezember 2022 gültig gewesenen Fassung).

5.4.3. In der Botschaft des Bundesrats vom 18. September 2020 zum Bundesgesetz über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus (BBl 2020 8477 ff.) wird ausgeführt, dass für die Berechnung der Deckung von Kapital und Reserven bzw. einer Überschuldung (Art. 725 Abs. 1 und 2 OR) die gestützt auf Art. 3 Covid-19-SBüV vergebenen, zu 100 Prozent verbürgten Covid-19-Kredite bis Fr. 500'000.- nicht als Fremdkapital berücksichtigt würden. Gemäss Rechnungslegung blieben sie aber Fremdkapital und auch im Fall eines Konkurses seien sie als solches zu berücksichtigen (S. 8525). Der Bundesrat stellte damit klar, dass auch für diese Covid-Kredite in anderen Bereichen als dem hier spezialgesetzlich geregelten Sachverhalt der allgemeine Grundsatz gilt, wonach Kredite (handelsrechtlich) Fremdkapital darstellen. Mit der in Art. 24 Covid-19-SBüG formulierten Ausnahme wurde bezweckt, zu verhindern, dass bei Kreditnehmern gerade wegen des ihnen gewährten Covid-Kredites eine der in Art. 725 OR beschriebenen Situationen (Kapitalverlust, Überschuldung) eintritt, in welcher sie gesetzlich verpflichtet sind, Massnahmen zu treffen, so insbesondere das Gericht zu benachrichtigen (vgl. dazu auch Botschaft, a.a.O., S. 8525). Ohne diese Spezialregelung hätte die Gefahr bestanden, dass die mit den Covid-Krediten beabsichtigte Entlastung der Unternehmen in einem pandemiebedingt schwierigen wirtschaftlichen Umfeld ins Gegenteil verkehrt worden wäre. In den parlamentarischen Beratungen wurde denn auch betont, dass die Covid-Kredite zum Ziel hätten, die Liquidität der Unternehmen zu sichern, und mit deren Qualifikation als Eigenkapital vermieden werden könne, dass die Unternehmen durch die Covid-Kredite in eine Situation der Überschuldung oder des Konkurses geraten würden (vgl. Voten Schmid, AB 2020 S 1173 f., und Levrat, AB 2020 S 1174 f.; vgl. auch Voten Zanetti, AB 2020 S 252 f., und Widmer, AB 2020 N 505 f., zur Motion [20.3156] "Solidarbürgschaftskredite für die gesamte Dauer der Solidarbürgschaft nicht als Fremdkapital berücksichtigen"). Auch wenn die Bestimmung des Art. 24 Abs. 1 Covid-19-SBüG sehr allgemein formuliert ist, zielt sie mithin allein darauf ab, die Unternehmen im Fall von Kapitalverlust oder Überschuldung von der Anzeigepflicht nach Art. 725 OR zu befreien. Mit anderen Worten war es nicht die Absicht des Gesetzgebers, Covid-Krediten generell den Charakter von Fremdkapital abzuspochen. Dass die Covid-Kredite bei der Fragestellung, ob nach Art. 725 OR vorzugehen ist, als Eigenkapital gelten, ändert nämlich nichts daran, dass sie als Fremdkapital die Gesellschaft belasten und gemäss Art. 3 Abs. 2 Covid-19-SBüG innerhalb von acht Jahren vollständig amortisiert werden müssen (wobei diese Frist gemäss Art. 3 Abs. 3 Covid-19-SBüG verlängert werden kann, wenn die fristgerechte Amortisation eine erhebliche Härte bedeuten würde). In diesem Sinne macht es für die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Gesellschaft keinen wesentlichen Unterschied, ob sie einen Covid- oder einen anderen Kredit aufgenommen hat. Würde man die Covid-Kredite auch in anderen

Situationen, in denen die finanzielle Lage einer Gesellschaft zu beurteilen ist, d.h. ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 24 Covid-19-SBüG, als Eigenkapital qualifizieren, würde die mit dieser Norm beabsichtigte Wohltat ihres Sinnes entleert. Aus diesem Grund sind auch im Rahmen des hier zur Diskussion stehenden Erlasses der Rückerstattung von Corona-Erwerbssersatz bei der Prüfung der Frage, ob eine Überschuldung besteht oder unmittelbar droht, Covid-19-Kredite - wie alle anderen Kredite, ungeachtet der Bestimmung von Art. 24 Covid-19-SBüG - als Fremdkapital zu berücksichtigen.

5.4.4. Die Berechnung der Beschwerdeführerin, in welcher der Covid-19-Kredit von Fr. 52'000.- als Eigenkapital figuriert (ermitteltes Eigenkapital von total Fr. 39'107.15), erweist sich nach dem in E. 5.4.3 Gesagten als bundesrechtswidrig. Bei entsprechender Korrektur, d.h. unter Berücksichtigung des Covid-19-Kredites als Fremdkapital, belief sich das Eigenkapital der Beschwerdegegnerin am 31. März 2022 auf -Fr. 12'892.85 (Fr. 20'000.- - Fr. 21'585.28 - Fr. 11'307.57), womit eine Überschuldung vorlag. Bei dieser Sachlage ist die grosse Härte (als erste Voraussetzung für den Erlass der Rückerstattungsschuld) zu bejahen.

5.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass das vorinstanzliche Urteil, in welchem die Erlassvoraussetzung der grossen Härte bejaht und die Sache zur Prüfung des guten Glaubens an die Beschwerdeführerin zurückgewiesen wurde, im Ergebnis kein Bundesrecht verletzt.

6.

Entsprechend dem Prozessausgang hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Damit wird deren Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Prozessführung, Verbeiständung) gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'800.- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.