

200.2020.425.AC

JEC/REN

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du juge unique du 28 octobre 2020

Droit des assurances sociales

C. Meyrat Neuhaus, juge
C. Jeanmonod, greffière

A._____

recourant

contre

Office de l'assurance-chômage (OAC)

Service juridique, Lagerhausweg 10, Case postale 730, 3018 Berne

intimé

relatif à une décision sur opposition de ce dernier du 6 mai 2020



En fait:

A.

A. _____, médecin-dentiste, exploite à titre individuel (sans être inscrit au registre du commerce) un cabinet dentaire et emploie huit salariés dont un apprenti.

Par formulaire signé et daté du 23 mars 2020, qui a été transmis à l'OAC par courriel du même jour par une fiduciaire, l'assuré a déposé un préavis de réduction de l'horaire de travail (RHT) pour sept travailleurs pour une durée probable du 16 mars 2020 au 19 avril 2020.

B.

Par décision du 1^{er} avril 2020, l'OAC a partiellement admis le versement d'indemnités en cas de RHT, à savoir du 23 mars 2020 au 22 septembre 2020, sous réserve que les autres conditions soient remplies. Par courrier du 21 avril 2020, l'OAC a informé l'assuré de changements concernant les indemnités en cas de RHT suite à une nouvelle directive du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).

Suite à l'opposition formée le 22 avril 2020 par l'assuré contre la décision précitée, l'OAC a confirmé le prononcé initial par décision sur opposition du 6 mai 2020.

C.

Le 2 juin 2020, l'assuré a interjeté recours contre cette décision sur opposition auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA), en concluant à l'admission de son recours, à l'annulation de la décision sur opposition du 6 mai 2020 et à la modification de la décision du 1^{er} avril 2020 dans le sens que l'indemnité en cas de RHT lui soit octroyée dès le 17 mars 2020. Dans son mémoire de réponse du 30 juin 2020, l'intimé a

conclu au rejet du recours. Le recourant n'a pas fait usage de son droit de répliquer.

En droit:

1.

1.1 La décision sur opposition du 6 mai 2020 représente l'objet de la contestation. Elle ressortit au droit des assurances sociales et rejette l'opposition du recourant dirigée contre le rejet partiel de l'indemnisation en cas de RHT. L'objet du litige porte sur l'annulation de ladite décision dans la mesure où l'octroi du droit aux indemnités en cas de RHT d'une durée de six mois prend effet le 23 mars 2020 et non le 17 mars 2020.

1.2 Interjeté en temps utile et auprès de l'autorité compétente, par une partie disposant de la qualité pour recourir, le recours est recevable (art. 100 al. 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0], en relation avec l'art. 128 al. 2 de l'ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage [OACI, RS 837.02]; art. 56 ss de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1] et art. 74 ss de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 155.21]). Néanmoins, il ne l'est pas dans la mesure où le recourant conclut, à la modification de la décision du 1^{er} avril 2020 de l'OAC. En effet, cette conclusion méconnaît l'effet dévolutif de l'opposition qui veut que la décision sur opposition rendue le 6 mai 2020 a remplacé la décision initiale de l'OAC et que seul ce nouveau prononcé (sur opposition) est sujet à recours (UELI KIESER, *ATSG-Kommentar*, 2020, art. 52 n. 74 et 79 et art. 56 n. 16).

1.3 Selon l'art. 34 al. 1 LACI, l'indemnité s'élève à 80 % de la perte de gain prise en considération. Est déterminant jusqu'à concurrence de la limite supérieure du gain à prendre en considération pour le calcul des

cotisations, le salaire contractuel versé pour la dernière période de paie avant le début de la réduction de l'horaire de travail (art. 34 al. 2 LACI). En l'espèce, pour évaluer la valeur litigieuse au vu des données figurant dans le préavis de RHT du 23 mars 2020 (dossier [dos.] intimé 20), on peut partir du principe que la masse salariale en cause, de surcroît à 80%, est en tout cas inférieure à la moyenne des chiffres d'affaires fournis. Or, le chiffre d'affaires moyen pour les quatre jours (ouvrables) donnant droit à l'indemnité du mardi 17 au lundi 23 mars 2020 s'élève à Fr. [...] (moyenne des deux chiffres d'affaires mensuels moyens 2017 et 2018 / 21,7 x 4; voir art. 21 LACI et 40a OACI: 5 indemnités par semaine, gain journalier équivalant au gain mensuel divisé par 21,7). Partant, la valeur litigieuse est manifestement inférieure à Fr. 20'000.- (art. 57 al. 1 de la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM, RSB 161.1] en lien avec l'art. 91 al. 1 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 [CPC, RS 272]). Le jugement de la cause incombe dès lors au juge unique de la Cour des affaires de langue française du TA (art. 54 al. 1 let. c et 57 al. 1 LOJM).

1.4 Le TA examine librement la décision contestée et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 61 let. c et d LPGA; art. 80 let. c ch. 1 et 84 al. 3 LPJA).

2.

2.1 Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsque la perte de travail doit être prise en considération et la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre que celle-ci permettra de maintenir les emplois en question (art. 31 al. 1 let. b et d LACI). Le but de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail consiste, d'une part, à garantir aux personnes assurées une compensation appropriée pour les pertes de salaire dues à des réductions de temps de travail et à éviter le chômage complet, à savoir des licenciements et résiliations de contrats de travail. D'autre part, l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail vise au maintien de places de travail

dans l'intérêt tant des travailleurs que des employeurs, en offrant la possibilité de conserver un appareil de production intact au-delà de la période de réduction de l'horaire de travail (ATF 121 V 371 c. 3a).

2.2 Une perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due, entre autres conditions, à des facteurs économiques et qu'elle est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI). Ces conditions sont cumulatives (ATF 121 V 371 c. 2a). Le recul de la demande des biens ou des services normalement proposés par l'entreprise concernée est caractéristique pour apprécier l'existence d'un facteur économique (DTA 1985 p. 109 c. 3a). Pour les cas de rigueur, le Conseil fédéral règle la prise en considération de pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités (art. 32 al. 3 phr. 1 LACI). Il peut arrêter que la perte de travail ne peut être prise en compte qu'en cas d'interruption complète ou de réduction importante du travail dans l'entreprise (art. 32 al. 3 phr. 2 LACI).

2.3

2.3.1 Selon l'art. 36 al. 1 LACI, lorsqu'un employeur a l'intention de requérir une indemnité en faveur de ses travailleurs, il est tenu d'en aviser l'autorité cantonale par écrit dix jours au moins avant le début de la réduction de l'horaire de travail. Le Conseil fédéral peut prévoir des délais plus courts dans des cas exceptionnels. Le préavis est renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail dure plus de trois mois. Conformément à l'art. 58 al. 4 OACI, lorsque l'employeur n'a pas remis le préavis de réduction de son horaire de travail dans le délai imparti sans excuse valable, la perte de travail n'est prise en considération qu'à partir du moment où le délai imparti pour le préavis s'est écoulé. Enfin, lorsque l'autorité cantonale estime qu'une ou plusieurs conditions dont dépend le droit à l'indemnité ne sont pas remplies, elle s'oppose par décision au versement de l'indemnité. Dans chaque cas, elle en informe l'employeur et la caisse qu'il a désignée (art. 36 al. 4 LACI).

2.3.2 Dans le délai de trois mois à compter de l'expiration de chaque période de décompte, l'employeur fait valoir auprès de la caisse qu'il a désignée l'ensemble des prétentions à indemnité pour les travailleurs de son entreprise (art. 38 al. 1 LACI). Pour chaque période de décompte, un

délai d'attente de trois jours au plus, fixé par le Conseil fédéral, est déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 32 al. 2 LACI). Selon l'art 39 al. 2 LACI, lorsque toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont remplies et que l'autorité cantonale n'a soulevé aucune objection, la caisse rembourse à l'employeur l'indemnité dûment versée, après déduction du montant prévu au titre du délai d'attente (art. 37 let. b). En outre, elle accorde à l'employeur une bonification correspondant au montant de la part patronale des cotisations AVS, AI, APG, AC qu'il doit verser pour les heures perdues à prendre en compte.

3.

3.1 Dans la décision sur opposition contestée, l'intimé soutient qu'en raison de l'absence de mesures prises par les autorités visant la fermeture du cabinet dentaire, l'octroi de la RHT ne peut être accordé avec effet rétroactif au 17 mars 2020. Il ajoute que, comme la directive 2020/3 du SECO du 12 mars 2020 sur les règles spéciales en cas de limitation de l'activité des organes d'exécution pour cause de pandémie (directive 2020/03) – Précision 4 du 25 mars 2020 – énonce que l'employeur ne doit subir aucun délai de préavis en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI ainsi que 58 al. 1 à 4 OACI, l'octroi de la RHT peut être accordé au plus tôt à la date du dépôt du préavis, soit en l'espèce le 23 mars 2020. Il précise qu'il n'importe que le recourant a effectivement réduit l'horaire de travail entre le 17 mars 2020 et 23 mars 2020. Dans son mémoire de réponse, l'intimé est d'avis qu'il n'y pas de base légale permettant l'octroi de l'indemnité en cas de RHT avant la date de l'envoi de la demande, la directive 2020/04 du SECO du 3 avril 2020 sur l'actualisation et mise en œuvre des règles spéciales en cas de limitation de l'activité des organes d'exécution pour cause de pandémie (directive 2020/04) précisant uniquement que l'indemnité en cas de RHT est accordée à partir de la date de l'envoi de la demande. Par ailleurs, il souligne que le point dans la directive 2020/06 du SECO du 9 avril 2020 sur l'actualisation des règles spéciales dues à la pandémie (directive 2020/06), indiquant en substance que pour les demandes déposées en retard, mais avant le 31 mars 2020, par les entreprises ayant dû fermer en raison des mesures prises par les autorités,

la date de réception est le 17 mars 2020, ne s'applique pas au cabinet dentaire, ce dernier n'ayant pas dû fermer.

3.2 Le recourant est en revanche d'avis que les indemnités doivent être octroyées dès la date de la réduction effective de l'horaire de travail résultant des mesures prises par le Conseil fédéral dans l'ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020, soit en l'espèce le 17 mars 2020. Selon lui, l'activité du cabinet dentaire a été directement touchée par l'ordonnance précitée, les hygiénistes dentaires ne pouvant plus exercer et les médecins dentistes se trouvant restreints à devoir traiter uniquement des urgences, lesquelles ne représentent qu'un infime pourcentage. Par ailleurs, il invoque le fait que le Conseil fédéral a indiqué dans son communiqué du 20 mars 2020 ce qui suit: "Le délai de carence (délai d'attente) pour pouvoir bénéficier du chômage partiel, qui avait déjà été raccourci, est supprimé. L'employeur ne devra ainsi assumer aucune perte de travail". Enfin, il fait valoir que le courrier du 21 avril 2020 de l'intimé indique que les entreprises concernées par la directive 2020/6 pouvaient demander à la caisse de chômage des indemnités en cas de RHT dès le 17 mars 2020, ceci indépendamment de la date d'autorisation retenue dans la décision.

4.

4.1 Après la flambée du SARS-CoV-2-Virus (ci-après le [nouveau] coronavirus ou la COVID-19 [raccourci pour le virus de la COVID-19]), l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) a estimé le 11 mars 2020 que la situation était telle que la propagation mondiale de la COVID-19 pouvait être qualifiée de pandémie (voir la rubrique thème de santé/Les situations d'urgence sanitaire/Flambée de maladie à coronavirus (COVID-19)/Le virus, sur le site internet: www.euro.who.int).

4.1.1 Dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus, le Conseil fédéral a édicté le 13 mars 2020, sur la base de l'art. 6 al. 2 let. b de la loi du 28 septembre 2012 sur les épidémies (LEp, RS 818.101), l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 2 COVID-19, RO 2020 773), qui est entrée en force le même jour à 15h30. Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral, en

qualifiant la situation d'extraordinaire au sens de l'art. 7 LEp, a modifié l'ordonnance précitée (RO 2020 783), les modifications entrant en force le 17 mars 2020 à 0 h 00. Selon le nouvel art. 6 de ladite ordonnance, toutes manifestations étaient interdites et divers établissements publics fermés (mesure dite "Lockdown"). Selon l'al. 3 let. m dudit article, les établissements de santé tels qu'hôpitaux, cliniques et cabinets médicaux ainsi que cabinets et établissements gérés par des professionnels de la santé au sens du droit fédéral et cantonal, ne devaient pas fermer. Selon le nouvel art. 10a al. 2, les établissements de santé tels que les hôpitaux, les cliniques et les cabinets médicaux et dentaires devaient cependant renoncer à tous les traitements et interventions médicaux non urgents. Ces restrictions propres aux soins de santé ont été nettement allégées avec la modification (Étape transitoire 1; assouplissements dans les soins de santé) du 22 avril 2020 de l'ordonnance 2 COVID-19 (RO 2020 1333).

4.1.2 Le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance COVID-19 assurance-chômage, RS 837.033) et a introduit des allègements concernant les indemnités en cas de RHT (RO 2020 877). D'une part, aucun délai d'attente n'est déduit de la perte de travail à prendre en considération en dérogation aux art. 32 al. 2 et 37 let. b LACI (art. 3 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage). D'autre part, en dérogation à l'art. 31 al. 3 let. c LACI, ont le droit à l'indemnité en cas de RHT, les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise et les conjoints ou les partenaires enregistrés de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (art. 2 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage). Par modifications du 25 mars 2020 (RO 2020 1075), l'art. 8b et 8c ont notamment été ajoutés. Le premier alinéa de l'art. 8b indique qu'en dérogation aux art. 36 al. 1 LACI et 58 al. 1 à 4 OACI, l'employeur n'est pas tenu de respecter un délai de préavis lorsqu'il a l'intention de requérir l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur de ses travailleurs. D'après son second alinéa, le préavis de réduction de l'horaire de travail peut également être communiqué par téléphone. L'employeur est

tenu de confirmer immédiatement par écrit la communication téléphonique. L'art. 8c prévoit quant à lui qu'en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI, le préavis doit être renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail dure plus de six mois. Enfin, par modifications du 8 avril 2020 (RO 2020 1201), il a été ajouté sous l'article 9 que la présente ordonnance et toutes ses modifications entrent en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} mars 2020.

4.1.3 Pour préciser les ordonnances du Conseil fédéral, le SECO a établi diverses directives. Dans la directive 2020/06 (version en vigueur à la date de la décision sur opposition contestée), le SECO a indiqué sous le chiffre 2 à la page 8 ce qui suit:

"En dérogation à l'art. 36, al. 1, LACI et à l'art. 58, al. 1 à 4, OACI, l'employeur n'est pas tenu de respecter de délai de préavis lorsqu'il a l'intention de requérir l'indemnité en cas de RHT en faveur de ses travailleurs. Cette règle s'applique aussi aux entreprises qui ont déjà reçu des autorisations avec un délai de préavis de trois jours pour le mois de mars.

[...]

Pour les demandes déposées en retard, le 17 mars 2020 est considéré comme la date de réception si l'entreprise a dû fermer en raison des mesures prises par les autorités et qu'elle a déposé sa demande avant le 31 mars 2020 (date de réception/cachet de la poste)".

Le SECO a confirmé et précisé cette pratique – nouvelle pour ce qui en de la teneur de son second paragraphe – dans sa directive 2020/08 du 1^{er} juin 2020 sur l'actualisation des règles spéciales dues à la pandémie (directive 2020/08) et dans sa directive 2020/10 du 22 juillet 2020 sur l'actualisation des règles spéciales dues à la pandémie (directive 2020/10) au point 2.13, laquelle prévoit toutefois le 31 mars 2020 comme possible date de réception/cachet de poste. Dans la directive 2020/12 du SECO du 27 août 2020 sur l'actualisation des règles spéciales dues à la pandémie (directive 2020/12) et actuellement en vigueur, il n'est fait plus que mention du premier paragraphe de cette pratique.

4.2 La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Si le texte n'est pas absolument clair et que plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en tenant compte de tous les éléments d'interprétation (grammatical, historique, actuel, systématique et téléologique [cf. SVR 2005 ALV n° 6 c. 3.3]). Ce faisant, il y a lieu de se baser notamment sur la genèse de la norme et sur son but, sur les appréciations à la base du texte en question ainsi que sur l'importance de la norme par rapport à d'autres dans un contexte donné. A cet égard, les matériaux législatifs ne sont certes pas absolument déterminants, mais constituent une aide utile afin de discerner le sens de la norme. S'agissant de l'interprétation des normes juridiques, le Tribunal fédéral s'est toujours inspiré d'un pluralisme de méthodes et ne s'est exclusivement référé à la méthode grammaticale d'interprétation que si une solution adéquate indubitable en résultait (ATF 145 V 2 c. 4.1).

Il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair – à savoir sans ambiguïté et non équivoque – par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens "véritable" de la disposition en cause. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la disposition (interprétation téléologique) ou de son rapport avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique), en particulier si l'interprétation grammaticale mène à un résultat que le législateur ne peut avoir voulu (ATF 145 V 57 c. 9.1).

4.3 Les directives administratives ne créent pas de nouvelles règles de droit mais sont destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, en visant à unifier, voire à codifier la pratique des organes d'exécution. Elles ont notamment pour but d'établir des critères généraux d'après lesquels sera tranché chaque cas d'espèce et cela aussi bien dans l'intérêt de la praticabilité que pour assurer une égalité de traitement des ayants droit. Selon la jurisprudence, ces directives n'ont d'effet qu'à l'égard de l'administration, dont elles donnent le point de vue sur l'application d'une règle de droit et non pas une interprétation contraignante de celle-ci. Cela ne signifie toutefois pas que le juge n'en tienne pas compte. Au contraire, il doit les prendre en considération lors de sa décision lorsqu'elles offrent une

interprétation satisfaisante des dispositions légales applicables et adaptée au cas d'espèce. Il ne s'en écarte que dans la mesure où les directives administratives établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables (ATF 145 V 84 c. 6.1.1, 144 V 195 c. 4.2, 132 V 121 c. 4.4; SVR 2019 IV n° 43 c. 3). Les directives de l'administration ne doivent pas servir à introduire des restrictions à une prétention de droit matériel allant au-delà du cadre de la loi ou d'une ordonnance (ATF 142 V 425 c. 7.2; SVR 2019 IV n° 43 c. 3).

4.4 Selon la jurisprudence, le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut sur celui de l'égalité de traitement. Par conséquent, le justiciable ne peut généralement pas invoquer une inégalité devant la loi, lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas. Cela suppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en cause. En revanche, si l'autorité s'écarte de la loi non seulement dans un ou quelques cas, mais de manière constante et si elle laisse entendre qu'elle continuera à l'avenir à prendre des décisions non conformes à la loi, le citoyen peut exiger d'être traité de la même façon, c'est-à-dire d'être lui aussi favorisé dans l'illégalité, dans la mesure où d'autres intérêts légitimes ne s'en trouvent pas lésés. L'application de l'égalité de traitement dans l'illégalité suppose toutefois que les faits à apprécier soient identiques ou au moins semblables (ATF 131 V 9 c. 3.7, 126 V 390 c. 6a).

5.

Il ressort du dossier et il est incontesté entre parties que le formulaire "Préavis de réduction de l'horaire de travail" a été envoyé à l'intimé le 23 mars 2020 par courriel (dos. intimé 19 ss) et que les conditions d'ouverture de principe du droit à l'indemnité en cas de RHT sont remplies. Est litigieux uniquement le début du droit à l'indemnité en cas de RHT. Le recourant prétend avoir droit à une indemnité dès le 17 mars 2020, (recours p. 3), alors que l'intimé est d'avis que ce premier a un droit

uniquement à partir du 23 mars 2020, date de la remise du préavis (décision sur opposition contestée p. 2).

5.1 Etant donné que l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (RO 2020 1075) prévoit la suppression du délai de préavis (voir ci-dessus c. 4.1.2) et, en particulier, que cette réglementation est entrée en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} mars 2020 (art. 9 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage [RO 2020 1201]), il se pose la question de savoir si également le préavis d'indemnité en cas de RHT en soi peut avoir un effet rétroactif, comme semble implicitement l'admettre le recourant (et comme on peut implicitement le déduire des directives du SECO pour une certaine période en faveur des entreprises ayant dû fermer [voir ci-dessus c. 4.1.3]).

5.2 Le libellé de l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (RO 2020 1075), lequel énonce que l'employeur n'est pas tenu de respecter un délai de préavis lorsqu'il a l'intention de requérir l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur de ses travailleurs (al. 1) et que le préavis peut également être communiqué par téléphone à condition que l'employeur confirme immédiatement par écrit la communication téléphonique (al. 2), implique notamment par l'utilisation concordante dans les trois langues officielles de la notion de "préavis" – en allemand "Voranmeldung" et en italien "preannunciato" –, qu'un droit peut uniquement naître pour le futur, et non rétroactivement. Ceci d'autant plus que l'al. 1 parle explicitement et uniquement de "délai de préavis" et non du préavis en soi. Le résultat de l'interprétation littérale indique par conséquent qu'il ne devrait pas être possible que le préavis ait un effet rétroactif.

5.3 La norme en question a été édictée par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 185 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst., RS 101) et l'art. 7 LÉp. En raison du fait que l'ordonnance en question a été émise en urgence, sa genèse n'est que peu documentée. Dans un contexte de situation extraordinaire et de "Lockdown", le Conseil fédéral voulait par la modification du 25 mars 2020 dans le domaine de l'assurance-chômage (RO 2020 1075) avec l'instrument de la RHT pallier à une baisse temporaire de l'activité et préserver des emplois, en étendant le droit à l'indemnité en cas de RHT et en facilitant le dépôt des demandes

(cf. Communiqué du Conseil fédéral du 20 mars 2020: "Coronavirus: Un train de mesures pour atténuer les conséquences économiques" et Communiqué du Conseil fédéral du 25 mars 2020 "Coronavirus: mesures supplémentaires en vue de soutenir l'économie", pouvant être consultés sur le site de la Confédération suisse: www.admin.ch). Il n'en ressort toutefois aucune mention concernant un droit rétroactif à une indemnité en cas de RHT. Du reste, il n'a apparemment jamais été question lors de conférences de presse du Conseil fédéral d'un possible effet rétroactif du préavis.

5.4 En regard avec l'art. 8c de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (RO 2020 1075), selon lequel le préavis doit être renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail dure plus de six mois, il faut également partir du principe d'un point de vue systématique que le Conseil fédéral a uniquement renoncé au délai de préavis et non à la procédure de préavis en soi en réduisant, en quelque sorte, le délai de préavis à zéro jour.

5.5

5.5.1 Dans des cas exceptionnels, on peut prévoir déjà avant le début effectif du droit, qu'un droit à une prestation va naître. Dans de tels cas, le droit des assurances sociales connaît les délais de préavis tels ceux dans le domaine des indemnités en cas de RHT (voir JAB 2006 p. 375 c. 3.2). Le délai de préavis dans le cadre de RHT sert en première ligne à assurer une possibilité de contrôle de l'autorité cantonale (ACT) chargée de l'exécution du droit de l'assurance-chômage (ATF 114 V 123 c. 3b). Dans un but d'obtenir une pratique uniforme cantonale, c'est en effet à cette dernière qu'il revient de statuer sur l'ouverture du droit et non aux différentes caisses de chômage (voir BORIS RUBIN, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, 2014, art. 36 n° 2). Pour éviter des abus, l'administration dans ce domaine doit pouvoir se reposer en grande partie sur un contrôle immédiat, car les clarifications rétrospectives, notamment en raison de changements non prévisibles de nature économique, ne peuvent souvent pas fournir de conclusions fiables (ATF 114 V 123 c. 3b; voir THOMAS NUSSBAUMER, *Arbeitslosenversicherung*, in: Ulrich Meyer [édit.], *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]*, tome XIV, Soziale Sicherheit, 3e éd.,

2016, p. 2418 n° 507; Bulletin LACI Indemnité en cas de RHT édité par le SECO dans sa teneur de juillet 2020, G6-G8). Par conséquent, le délai de préavis ne vise pas, contrairement par exemple au délai de carence (art. 32 al. 2 LACI; art. 50 OACI), une participation de l'employeur à la perte de travail, mais un contrôle en vue d'éviter des abus. Compte tenu de cette divergence des buts, on ne peut extrapoler des termes utilisés par le Conseil fédéral dans son communiqué "Coronavirus: Un train de mesures pour atténuer les conséquences économiques" du 20 mars 2020 relatif à la suppression du délai de carence, que la procédure de préavis a également été abolie, comme le sous-entend le recourant (voir ci-dessus c. 3.2).

5.5.2 Le sens et le but de l'introduction de l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (RO 2020 1075) était de modifier les articles 36 al. 1 LACI et 58 al. 1 à 4 OACI, (voir ci-dessus c. 4.1.2), parce que la RHT a dû être introduite en mars en raison de circonstances subites et imprévisibles survenues en lien avec le "lockdown" décidé par le Conseil fédéral le 16 mars 2020 rendant par ce fait un préavis déposé dans les délais impossible (voir à ce sujet FAQ Indemnité en cas de RHT, rubrique: "La charge administrative liée aux préavis de RHT a-t-elle été réduite vu la situation actuelle (coronavirus)?", sous le site internet: www.arbeit.swiss). Les employeurs, qui en raison de la pandémie du coronavirus étaient en difficulté, devaient également être soutenus rapidement et simplement (voir à ce sujet FAQ Indemnité en cas de RHT, rubrique: "Quels changements ont été mis en place dans la RHT en raison du COVID-19?", sous le site internet: www.arbeit.swiss), afin qu'ils soient indemnisés pendant l'entière durée de l'interruption de travail. C'est pourquoi un employeur avait droit à une indemnité en cas de RHT pour ses employés dès le préavis, lequel, au vu de l'introduction de la possibilité de pouvoir faire la communication par téléphone (art. 8b al. 2 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (RO 2020 1075), devait être formulé immédiatement. Les préavis pouvaient ainsi être remis à l'ACt juste avant le début ou la poursuite de la RHT (voir à ce sujet FAQ Indemnité en cas de RHT, rubrique: "À quoi faut-il prêter attention en ce qui concerne le délai de préavis?", sous le site internet: www.arbeit.swiss).

5.5.3 Le Conseil fédéral tenait ainsi explicitement à la procédure de préavis, par laquelle un droit rétroactif est, de par le système légal, exclu. En d'autres termes, son intention n'était pas d'introduire une possibilité de s'annoncer ultérieurement pour une RHT ayant déjà eu lieu. Si tel avait été le cas, le préavis aurait été vidé de son sens et l'employeur aurait pu annoncer sa RHT en même temps qu'il faisait valoir son droit au sens de l'art. 38 al. 1 LACI. Il en va en revanche différemment, par exemple pour le droit à l'allocation de perte de gain pour les indépendants. Cette dernière a été réglée de manière à ce que le droit prenne effet le jour où toutes les conditions requises sont remplies (art. 3 en lien avec l'art. 11 al. 1 de l'ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus [Ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, RS 830.31]). Le Conseil fédéral aurait été libre d'établir une réglementation semblable dans le domaine des indemnités en cas de RHT, mais il ne l'a pas fait. Cette interprétation n'est matériellement pas insoutenable, car la réglementation choisie tient compte du droit de l'assurance-chômage. En supprimant temporairement le délai de préavis dans le cadre d'un octroi rapide de l'aide étatique, la possibilité d'un droit aux prestations immédiat a été créée. Dans ce contexte, on ne peut pas partir d'une lacune de l'ordonnance.

5.6 Il ressort de l'interprétation grammaticale, historique, systématique et téléologique que, sur la base de l'art. 8b al. 1 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (RO 2020 1075), il n'y avait plus de délai de préavis entre le 1^{er} mars et le 31 mai 2020 et un droit à une indemnité en cas de RHT naissait dès le jour du préavis, mais pas rétroactivement.

6.

6.1 Au vu de ce qui précède, les directives du SECO, dont notamment la directive 2020/06, dans la mesure où elles prévoient que pour toute demande déposée entre le 18 et 30 mars 2020, le 17 mars 2020 est considéré comme la date de réception (voir ci-dessus c. 4.1.3), ne peuvent se fonder sur l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (voir ci-dessus c. 5.). Ce faisant, elles contredisent le sens et le but du préavis (voir ci-

dessus c. 5.5) et par conséquent sont illégales (décision du 25 août 2020 de la conférence élargie des juges traitant de droit des assurances sociales au TA [art. 22 du règlement d'organisation du TA du 25 octobre 2012 {ROrTA, RSB 162.621}]; voir VGE 200.20.428.AC du 7 octobre 2020).

6.2 Il est vrai que cette pratique illégale ne vise pas directement le recourant. Ce dernier exploitant un cabinet dentaire, il n'a pas reçu l'ordre à proprement dit de fermer son établissement (voir art. 6 al. 3 lit. m de l'ordonnance 2 COVID-19; et ci-dessus c. 4.1.1). Cependant, les restrictions imposées par l'art. 10a de l'ordonnance 2 COVID-19 sont telles, qu'il faut les assimiler dans les faits à une fermeture du cabinet. En effet, tous les traitements qui n'étaient pas indispensables et tous les traitements électifs devaient être reportés (voir fiche d'information "Coronavirus: Situation extraordinaire et répercussions sur les établissements dentaires" de la Société suisse des médecins-dentistes (SSO) du 16 mars 2020 publiée sur le site internet de la SSO: <https://www.sso.ch/fr> sous la rubrique accueil/coronavirus-actualisation). D'après le recourant, les hygiénistes dentaires ont subi ainsi une perte de travail complète et les médecins dentistes presque complète (recours p. 2). On se trouve donc dans une situation semblable aux assurés ayant reçu l'ordre explicite de fermer leur établissement. Etant donné que pour ces derniers la pratique illégale (concernant il est vrai une période limitée) s'est appliquée de manière constante (voir courrier du 21 avril 2020 de l'intimé dos. intimé 14) et n'a jamais été remise en question – cette dernière étendant les droits des bénéficiaires, elle n'avait pas lieu d'être contestée –, il se justifie de traiter le recourant de la même manière que les assurés ayant dû fermer leur entreprise (voir VGE 200.20.428.AC du 7 octobre 2020 c. 5.6). Partant, au nom du principe de l'égalité dans l'illégalité, il y a lieu de retenir fictivement que le préavis a été envoyé le 17 mars 2020 et d'ouvrir ainsi dès le 17 mars 2020, le principe du droit à une indemnité en cas de RHT.

6.3 En vertu de l'art. 8c de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (RO 2020 1075), le préavis, en dérogation de l'art. 36 al. 1 LACI, devait être renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail durait plus de six mois (la prolongation du délai de trois à six mois a été abrogée par la modification du 12 août 2020 de l'ordonnance COVID-19 assurance-

chômage [RO 2020 3569]). En admettant le recours dans le sens que le principe à une indemnité en cas de RHT est ouvert dès le 17 mars 2020, il résulte de par la loi alors applicable que la période couverte par le préavis durait jusqu'au 16 septembre 2020. La mention de cette durée maximale de six mois figurait, du reste, déjà dans la décision du 1^{er} avril 2020 (dos. intimé p. 9).

7.

7.1 Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision sur opposition rendue le 6 mai 2020 modifiée dans le sens que la RHT doit être accordée, pour une durée de six mois, à partir du 17 mars 2020.

7.2 Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure (art. 61 let. a LPGA en lien avec art. 1 al. 1 LACI).

7.3 Bien qu'obtenant gain de cause, le recourant n'a pas droit à l'octroi de dépens, même pas sous la forme d'une indemnité de partie; il n'est pas représenté en justice et les efforts déployés dans le cadre de la présente procédure ne dépassent pas la mesure de ce que tout un chacun consacre à la gestion courante de ses affaires personnelles (ATF 127 V 205 c. 4b; SVR 2019 KV n° 7 c. 9.2.1).

Par ces motifs:

1. Le recours est admis et la décision sur opposition attaquée est modifiée dans le sens que le recourant a droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, pour une durée de six mois, à partir du 17 mars 2020, sous réserve de l'examen par la caisse-chômage des conditions de l'art. 39 LACI.
2. Il n'est pas perçu de frais de procédure, ni alloué de dépens.
3. Le présent jugement est notifié (R):
 - au recourant,
 - à l'intimé,
 - au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).

La juge:

La greffière:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès la notification de ses considérants, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).