

200.2020.482.AC

JEC/REN

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

Jugement du juge unique du 23 novembre 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 du 26 mai 2020 de ce dernier



En fait:

A.

A. _____, médecin-dentiste, exploite à titre individuel (sans être inscrit au registre du commerce) un cabinet dentaire dont l'effectif total du personnel s'élève à cinq personnes.

Par formulaire signé, daté du 9 avril 2020 et transmis à l'OAC, l'assuré a déposé un préavis de réduction de l'horaire de travail (RHT) pour quatre travailleurs pour une durée probable du 16 mars 2020 à indéterminée avec un pourcentage prévisible de pertes de travail de 85%.

B.

Par décision du 21 avril 2020, l'OAC a partiellement admis le versement d'indemnité en cas de RHT, à savoir du 9 avril 2020 au 8 octobre 2020, sous réserve que les autres conditions soient remplies. Suite à l'opposition formée le 18 mai 2020 par l'assuré contre la décision précitée, l'OAC a confirmé le prononcé initial par décision sur opposition du 26 mai 2020.

C.

Par acte du 21 juin 2020, accompagné de deux pièces justificatives, l'assuré a interjeté recours contre cette décision sur opposition auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA), en concluant implicitement à l'admission de son recours et à la modification de la décision sur opposition du 26 mai 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 2 juillet 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 26 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 à des indemnités en cas de RHT d'une durée de six mois prend effet le 9 avril 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]).

1.3 En se fondant sur le décompte fait par le recourant pour la période du 16 mars 2020 au 31 mars 2020 indiquant un droit à Fr. [...] comme indemnité en cas de RHT (formulaire "Demande et décompte d'indemnité en cas de RHT" du 27 avril 2020, selon pièces justificatives au recours [p.j./rec.] 2), 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 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.

3.

3.1 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).

3.2 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 0h00. 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).

3.3 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). Par modifications du 25 mars 2020 (RO 2020 1075), l'art. 8b et 8c ont notamment été ajoutés aux allègements déjà décidés. L'al. 1 de l'art. 8b indiquait qu'en dérogation aux art. 36 al. 1 LACI et 58 al. 1 à 4 OACI, l'employeur n'était pas tenu de respecter un délai de préavis lorsqu'il avait l'intention de requérir l'indemnité en cas de RHT en faveur de ses travailleurs. D'après l'al. 2, le préavis de réduction de l'horaire de travail pouvait également être communiqué par téléphone, l'employeur étant tenu de confirmer immédiatement par écrit la communication téléphonique. L'art. 8c prévoyait quant à lui qu'en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI, le préavis devait être renouvelé lorsque la RHT durait plus de six mois. Enfin, par modifications du 8 avril 2020 (RO 2020 1201), il avait été ajouté sous l'article 9 que l'ordonnance en question et toutes ses modifications entraient en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} mars 2020. La modification du 20 mai 2020 (RO 2020 1777) a abrogé l'art. 8b au 31 mai 2020.

3.4 Pour préciser les ordonnances du Conseil fédéral, le SECO a établi diverses directives destinées aux autorités cantonales et caisses de chômage publiques et privées. Dans la directive 2020/06 du SECO du 9 avril 2020 sur l'actualisation et mise en œuvre des règles spéciales dues à la pandémie (directive 2020/06, version en vigueur à la date de la décision sur opposition contestée), le SECO avait indiqué sous le ch. 2 p. 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 "

(dérogation figurant déjà en tout cas dans la directive 2020/04 du 3 avril 2020 p. 7; voir aussi décision sur opposition citant dans ce sens la directive 2020/03, précision 4, du 25 mars 2020).

" Si, en raison d'erreurs ou d'indications mal comprises de la part des organes d'exécution, la date de réception ou la date du timbre postal ne peut plus être déterminée, la période prévue commence à courir comme annoncé par l'employeur, au plus tôt le 17 mars 2020, et fait office de date de réception " (dérogation figurant déjà en tout cas dans la directive 2020/04 du 3 avril 2020 p. 7).

" 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 la nouvelle pratique fixée au troisième paragraphe ci-dessus 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 que sont concernées les demandes déposées jusqu'au (et non plus avant le) 31 mars 2020 (date de réception/cachet de la poste).

4.

4.1 Confrontée à plusieurs recours concernant la pratique décrite ci-dessus, étant donné que l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (RO 2020 1075) prévoyait la suppression du délai de préavis et, en particulier, que cette réglementation était entrée en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} mars 2020 (art. 9 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage [RO 2020 1201]; voir ci-dessus c. 3.3), 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]) s'est posé la question de savoir si véritablement le préavis d'indemnité en cas de RHT en soi pouvait avoir un effet rétroactif (ce qui aurait rendu la procédure de préavis superflue), comme semble implicitement l'admettre le recourant et comme on pouvait éventuellement le déduire des directives du SECO jusqu'au 31 mai 2020 pour ce qui concerne les entreprises ayant dû fermer (voir ci-dessus c. 3.3 et 3.4). Au sujet des directives administratives, il convient en effet de rappeler qu'elles sont destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales et ne créent pas de nouvelles règles de droit liant le juge, qui peut s'en écarter si elles 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, 142 V 425 c. 7.2, 132 V 121 c. 4.4; SVR 2019 IV n° 43 c. 3). Il ressort du jugement de principe VGE 200.20.428.ALV du 7 octobre 2020, mettant en application la décision du 25 août 2020 prise par la conférence élargie des juges, qu'une interprétation grammaticale,

historique, systématique et téléologique de l'art. 8b al. 1 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (RO 2020 1075), en vigueur entre le 1^{er} mars et le 31 mai 2020, aboutit au résultat que c'est bien le délai de préavis qui avait été supprimé et non la procédure de préavis en soi et, partant, qu'un droit à une indemnité en cas de RHT pouvait naître au plus tôt dès le jour d'introduction du préavis, mais pas rétroactivement. De ce constat, toujours selon le jugement, il fallait dès lors aussi tirer la conclusion que les directives du SECO (dont notamment la directive 2020/06) ne pouvaient se fonder sur l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, dans la mesure où elles prévoyaient que, pour toute demande déposée entre le 18 et 30 ou 31 mars 2020 et motivées par des mesures prises par les autorités, le 17 mars 2020 était considéré comme la date de réception (voir ci-dessus c. 3.4). Le jugement de principe en conclut que ce faisant, les directives en question contredisaient le sens et le but du préavis et par conséquent étaient illégales (VGE 200.20.428.ALV c. 5; JTA 200.2020.425.AC c. 6.1).

4.2 Dans le cas d'espèce tranché par le jugement de principe précité (cabinet dentaire, préavis introduit avant le 30 mars 2020; voir aussi pour un cas semblable: JTA 200.2020.425.AC c. 6.1), la cour compétente du TA a cependant considéré qu'en raison de l'art. 10a al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19, introduit le 16 mars 2020 (voir ci-dessus c. 3.2), les obligeant à se restreindre au traitement des cas urgents, les établissements de santé se trouvaient pratiquement dans la même situation que les entreprises ayant reçu un ordre de fermeture. La cour a par ailleurs estimé que la pratique du SECO (certes à qualifier d'illégale; voir ci-dessus c. 4.1), qui avait été communiquée aux autorités cantonales de l'assurance-chômage par directives, avait été, avec une vraisemblance prépondérante (degré de preuve usité en droit des assurances sociales; ATF 144 V 427 c. 3.2 par ex.), systématiquement appliquée pendant la période en cause en faveur des entreprises ayant dû fermer. Ainsi la cour est arrivée à la conclusion qu'elle se trouvait dans une situation (exceptionnelle) où les conditions strictes autorisant l'application du principe de l'égalité de traitement dans l'illégalité étaient réunies (à ce sujet voir ATF 131 V 9 c. 3.7, 126 V 390 c. 6a). Au final, le jugement en question, en admission du recours, octroie donc le droit à une indemnité en cas de RHT, 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.

5.

5.1 En l'espèce, il ressort du dossier que le formulaire "Préavis de réduction de l'horaire de travail" (dossier [dos.] intimé 14 s) a été signé le 9 avril 2020. Sur ce dernier, il y figure toutefois le 15 avril 2020 comme date de réception. Etant donné que la date de remise à la poste ou de dépôt auprès de l'autorité est déterminante (voir GUY LONGCHAMP, in: DUPONT/MOSER-SZELESS [éd.], *Commentaire romand de la LPGA*, ad art. 29 n. 40), que le 10 avril 2020 était Vendredi Saint et le 13 avril 2020 lundi de Pâques, et qu'enfin les parties ne le contestent pas, il peut être retenu au degré de la vraisemblance prépondérante que le préavis a été introduit le 9 avril 2020. Il découle de ce qui précède que, quand bien même sa situation pourrait-elle être assimilée à celle d'une entreprise ayant dû fermer en raison des mesures prises par les autorités, le recourant, qui n'a déposé son préavis que le 9 avril 2020, et non avant le (ou même jusqu'au) 31 mars 2020 comme le prévoyaient les directives, ne peut pas bénéficier de la pratique (illégale) instaurée par ces dernières.

5.2 Le recourant prétend, cependant, que les directives du SECO ont été appliquées de manière plus large par les autres cantons; ces derniers, dont notamment le canton de Vaud, ne retiennent, selon lui, pas la date de dépôt du préavis pour un tel cas. Les directives du SECO étant des directives relatives à l'exécution décentralisée du droit fédéral édictées par l'autorité de surveillance fédérale (voir à ce sujet BORIS RUBIN, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, 2014, art. 110 n. 1 et 5 ss), seule une pratique dans d'autres cantons conforme aux directives, bien que celles-ci au cas particulier ne soient pas conformes à la loi, pourrait selon les circonstances être invoquée à bon droit (voir PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Vol. I, Les fondements généraux, 3^{ème} éd. 2012, p. 629), ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En effet, les directives du SECO limitent clairement les cas où le 17 mars 2020 peut être considéré comme date de dépôt du préavis. Toute pratique cantonale qui étendrait la

fiction de la date du dépôt du préavis – comme ce serait le cas en l'espèce –, n'est ainsi pas conforme aux directives du SECO. Le recourant ne peut ainsi se prévaloir d'une éventuelle pratique plus large des autres cantons.

5.3 Autre est la question s'il est démontré que l'intimé a étendu ladite pratique du SECO à des préavis déposés après le 31 mars 2020. Aucun indice dans le dossier ne permet cependant de penser que tel est le cas et le recourant ne l'allègue pas non plus. Au contraire, en prétendant que les autres cantons ont appliqué les directives du SECO de manière plus large que le canton de Berne, le recourant laisse sous-entendre une application stricte des directives faite par l'intimé.

5.4 Il s'ensuit que l'application du principe d'égalité dans l'illégalité, si elle pourrait être envisagée en ce qui concerne la situation de quasi-fermeture d'entreprise (voir ci-dessus c. 4.2 et c. 5.1), est en revanche exclue quant à la date limite du 31 mars 2020 fixée par les directives (quand bien même celles-ci doivent être qualifiées d'illégales; voir ci-dessus c. 4.1). Le préavis daté du 9 avril 2020 par le recourant ne peut donc être considéré comme ayant été introduit le 17 mars 2020.

6.

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, ni d'allouer de dépens au recourant qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. a et g LPGA; art. 104 et 108 LPJA).

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté.
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).