

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 24 janvier 2022

---

Composition : Mme DESSAUX, présidente  
Mmes Di Ferro Demierre et Pasche, juges  
Greffière : Mme Chaboudez

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**F.** \_\_\_\_\_, à [...], recourant, représenté par Me Gilles-Antoine Hofstetter,  
avocat à Lausanne,

et

**L.** \_\_\_\_\_, à [...], intimée.

---

**Art. 2 al. 3 ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ; art. 6  
ordonnance 2 COVID-19**

## **E n f a i t :**

**A.** F.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant) travaille comme chirurgien plastique et esthétique, et est affilié en tant que travailleur indépendant auprès de la Caisse de compensation AVS L.\_\_\_\_\_ (ci-après : la Caisse ou l'intimée).

Le 26 mars 2020, l'assuré a déposé une demande d'allocations pour perte de gain en cas de coronavirus auprès de la Caisse. Il a exposé qu'il avait dû fermer ses établissements la [...] à [...] et le [...] à [...] du 17 mars au 31 mai 2020 à la suite des mesures décidées par le Conseil fédéral. Il a joint à sa demande un courriel qu'il avait reçu de l'Office du médecin cantonal le 16 mars 2020 ayant la teneur suivante :

«Docteur,  
Seules les consultations urgentes sont maintenues. Dans le cas de la chirurgie esthétique, il faudra reporter les consultations. Nous vous invitons à adapter votre message sur votre répondeur en ce sens. »

Par courrier du 27 mai 2020, la Caisse a informé l'assuré que des procédures étaient en cours afin d'examiner la légalité et l'interprétation de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, en particulier pour savoir si des prestations pouvaient être obtenues indépendamment du revenu en cas de fermeture indirecte d'une entreprise. Elle a précisé que selon les directives fédérales, une fermeture « factuelle » liée à l'interdiction des interventions non urgentes ne donnait pas droit à des allocations pour perte de gain sous l'angle d'une fermeture directe.

Dans une lettre du 23 juin 2020, l'assuré a précisé qu'il entendait solliciter des allocations pour perte de gain en cas de fermeture directe d'une entreprise par décision des autorités, puisque le médecin cantonal lui avait demandé de fermer son cabinet. Il s'étonnait par ailleurs du fait que les prestations soient plafonnées.

Par décision du 13 août 2020, la Caisse a rejeté la demande d'allocations pour perte de gain déposée par l'assuré. Elle a retenu, sur la

base de l'art. 6 al. 2 et 3 let. m de l'ordonnance 2 COVID-19 (ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus ; RO 2020 773 ; abrogée au 22 juin 2020 [RO 2020 2205]), que si les établissements publics avaient dû fermer, cela ne s'appliquait pas aux établissements de santé tels qu'hôpitaux, cliniques et cabinets médicaux ainsi qu'aux cabinets et établissements gérés par des professionnels de la santé au sens du droit fédéral et cantonal. Ces établissements n'avaient donc pas droit à une indemnisation liée à la fermeture de l'entreprise. Seuls les indépendants ayant un revenu compris entre 10'000 fr. et 90'000 fr. étaient exemptés de cette condition, en application de l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus [COVID-19] ; RS 830.31).

Par courriel du 4 octobre 2020, l'assuré a fait valoir que son activité avait été arrêtée dans le cadre d'une fermeture directe, par courrier personnalisé du médecin cantonal.

La Caisse a répondu en date du 21 octobre 2020 que l'information reçue du médecin cantonal, à savoir que seules les consultations urgentes étaient maintenues, correspondait à l'art. 10a de l'ancienne version de l'ordonnance 2 COVID-19. Dans le cas où une clinique ou un cabinet offrait uniquement des traitements et interventions non urgents, cette disposition légale pouvait conduire à une fermeture factuelle qui, au sens juridique, ne devait pas être confondue avec une fermeture directe. Il a souligné que ces constatations correspondaient à celles de la décision rendue le 13 août 2020, qu'il a annexée à son courriel et qui était restée sans opposition.

Le jour même, l'assuré a fait savoir qu'il n'avait jamais reçu cette décision et qu'il la contestait formellement.

Le 22 octobre 2020, la Caisse lui a indiqué qu'elle allait lui adresser une décision sur opposition susceptible de recours.

Dans une décision sur opposition du 28 octobre 2020, la Caisse a précisé qu'elle avait rejeté la demande de l'assuré par décision du 13 août 2020, respectivement par e-mail du 21 octobre 2020 et qu'elle traitait le courriel de l'assuré du 21 octobre 2020 comme une opposition, qui devait être rejetée. Elle a retenu que l'assuré n'était pas obligé de fermer son cabinet à cause d'une décision des autorités, mais qu'il s'agissait d'une « fermeture factuelle » car les traitements et interventions médicaux non urgents n'étaient plus permis et qu'une telle fermeture ne correspondait pas juridiquement à une fermeture directe. En cas de fermeture factuelle, le droit aux allocations pour perte de gain n'existait que si le revenu n'était pas supérieur à 90'000 fr., selon l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19.

**B.** Par acte de son mandataire du 30 novembre 2020, F. \_\_\_\_\_ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant principalement à sa réforme en ce sens qu'il a droit à une allocation pour perte de gain de 196 fr. par jour pour la période du 17 mars au 31 mai 2020, soit un total de 14'896 fr., étant explicitement réservé le droit à des indemnités journalières plus élevées ou postérieurement au 31 mai 2020 en cas de modification rétroactive du droit aux allocations perte de gain, subsidiairement au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle instruction et/ou décision dans le sens des considérants. Il a fait valoir que l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19 était formulé de manière non exhaustive dans toutes ses versions, puisqu'il comprenait l'adverbe « notamment » et que parmi les établissements concernés figuraient les prestataires offrant des services impliquant un contact physique, tels que salons de coiffure, de massage, de tatouage ou de beauté, alors que les établissements de santé et les établissements gérés par des professionnels de la santé n'étaient pas visés. Dans la mesure où son activité concerne exclusivement des prestations de chirurgie esthétique, il a jugé discriminatoire et arbitraire, en lien avec la liberté économique, d'être traité différemment des autres établissements visés par l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19, puisqu'il lui a été interdit de recevoir et traiter l'entier de sa clientèle, ce qui devait être assimilé à une fermeture directe

de son cabinet médical. Il s'est également prévalu d'une application par analogie de l'art. 15 de la loi COVID-19 (loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 ; RS 818.102). Il a par ailleurs soutenu qu'il avait dû fermer son établissement par décision légale, que l'Office du médecin cantonal avait ordonné la fermeture de sa consultation et qu'au regard du principe de la bonne foi, il pouvait raisonnablement se fier au courrier électronique reçu et s'attendre à bénéficier des prestations accordées dans ce cas.

Dans sa réponse du 5 janvier 2021, la Caisse a conclu à ce qu'il ne soit pas entré en matière sur le recours, respectivement à ce qu'il soit rejeté. Elle a fait remarquer que le recourant avait produit une copie signée de la décision du 13 août 2020, ce qui démontrait qu'il l'avait effectivement reçue puisque la copie qui lui avait été envoyée par courriel du 21 octobre 2020 n'était pas signée, si bien que sa réaction par courriel du 4 octobre 2020 était tardive. Elle a contesté que le message du médecin cantonal soit un ordre de fermeture et a précisé que les consultations et les traitements du cabinet médical esthétique n'avaient pas été annulés, mais seulement reportés. Elle a reconnu que le recourant avait subi une nette réduction de son chiffre d'affaires, mais a précisé que jusqu'au 16 septembre 2020, en cas de fermeture factuelle, le montant du revenu soumis aux cotisations était le seul critère pour le droit aux prestations. Elle a relevé que la constitutionnalité de la disposition applicable faisait l'objet de deux recours auprès du Tribunal fédéral. Finalement, la Caisse a estimé qu'il serait complètement impraticable, sur les 5000 demandes d'allocations reçues, de devoir différencier entre les différentes disciplines et les types de cabinet avec toutes les formes mixtes et qu'une communication de l'Office du médecin cantonal ne pouvait pas lier les caisses AVS.

A la requête de la juge instructrice, la Caisse a produit, en date du 20 janvier 2021, la décision d'acomptes de cotisations du recourant pour l'année 2019, la décision définitive de cotisations pour l'année 2015

rendue le 10 septembre 2018 et a indiqué que la décision fiscale pour l'année 2019 ne lui était pas encore parvenue.

Par réplique du 2 février 2021, le recourant a rappelé que la Caisse était entrée en matière sur son opposition et avait rendu la décision sur opposition qu'il avait contestée dans le délai légal. Il a estimé que la distinction entre les traitements « annulés » et « reportés » n'était pas un critère déterminant, précisant par ailleurs que les services de tatouage, qui offraient des services de nature esthétique pouvant éventuellement être reportés, avaient été indemnisés. Il a rajouté que la perte de chiffre d'affaires demeurait réelle et ne pouvait pas être compensée *a posteriori*, et que certaines des prestations qu'il offrait (épilation, tatouage laser, etc.) étaient périodiques et ne pouvaient être reportées. Il a relevé que les fermetures n'avaient pas été ordonnées par les caisses AVS mais par des services distincts des administrations cantonales et que les autres cabinets n'avaient pas reçu, comme lui, un ordre de fermeture de la part du médecin cantonal.

### **E n d r o i t :**

**1. a)** La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable au régime des allocations pour perte de gain (art. 1 LAPG [loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité ; RS 834.1], art. 1 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19). En vertu de ces dispositions, les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 et 58 LPGA), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

**b)** En l'occurrence, le recours a été déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respecte les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b

LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable. Dans sa réponse, la Caisse conclut à la non-entrée en matière sur le recours. Il faut toutefois constater que c'est la recevabilité de l'opposition formée par l'assuré, en lien avec la notification de la décision du 13 août 2020, qu'elle remet en cause et non les conditions de recevabilité du présent recours, qui doivent s'examiner uniquement par rapport à la décision sur opposition du 28 octobre 2020.

**2.** Le litige porte sur le droit du recourant à des allocations pour perte de gain liée au COVID-19 durant la période du 17 mars au 31 mai 2020.

**3. a)** Il convient d'examiner premièrement l'argument de la Caisse selon lequel l'opposition formée par le recourant serait tardive. Dans sa réponse, elle considère que ce dernier a reçu la décision du 13 août 2020 dans le courant du mois d'août puisqu'il en produit une copie signée avec son recours, précisant que l'exemplaire qu'elle lui a renvoyé en octobre n'était pas signé. Il en résulte que sa réaction par courriel du 4 octobre 2020 était tardive et elle estime que le recours doit être écarté pour ce motif.

**b)** L'art. 52 al. 1 LPGA prévoit que les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure.

Aux termes de l'art. 49 al. 1 et 3 LPGA, l'assureur doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord. Les décisions indiquent les voies de droit. Elles doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties. La notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour l'intéressé.

Selon la jurisprudence, on peut attendre de la personne qui n'admet pas une certaine solution, et qui entend voir statuer sur ses droits dans un acte administratif susceptible de recours, qu'elle fasse connaître son point de vue dans un délai d'examen et de réflexion convenable (ATF 126 V 23 consid. 4b). Dans le même sens, le Tribunal fédéral a précisé que celui qui entend contester le refus (total ou partiel) de prestations communiqué à tort par l'assureur selon une procédure simplifiée, sans décision formelle, doit en principe le déclarer dans un délai d'une année (ATF 134 V 145 consid. 5.3.2)

**c)** En l'occurrence, les pièces au dossier ne permettent pas d'établir à quelle date le recourant a eu connaissance de la décision du 13 août 2020, celle-ci n'ayant pas été envoyée par courrier recommandé. En outre, cette décision, tant celle produite par le recourant que celle contenue dans le dossier de l'intimée, ne comporte pas l'indication des voies de droit, si bien que le recourant n'avait été informé ni de la possibilité d'y faire opposition, ni du délai dans lequel cette opposition devait intervenir. Dans ces circonstances, sa réaction par courriel du 4 octobre 2020 paraît être intervenue dans un délai raisonnable. Quoi qu'il en soit, cette question n'a pas besoin d'être examinée plus avant puisque le recours doit en tous les cas être rejeté pour d'autres motifs, comme cela va être exposé ci-après.

**4. a)** Compte tenu de la situation sanitaire liée au virus SARS-CoV-2 (COVID-19), le Conseil fédéral a pris une série de mesures, comme l'y habilite le législateur en cas de « situation particulière », à l'art. 6 LEp (loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme ; RS 818.101), ainsi qu'en se fondant sur les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101). Le Conseil fédéral a en particulier édicté le 13 mars 2020 l'ordonnance 2 COVID-19 et, le 20 mars 2020, l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, lesquelles ont été complétées et modifiées à plusieurs reprises. Le 16 mars 2020, il a déclaré que la Suisse se trouvait en « situation extraordinaire » au sens de l'art. 7 LEp. Le 27 mai 2020, le Conseil fédéral a pris une décision de principe sur

le retour de la Suisse de l'état de situation extraordinaire au sens de l'art. 7 LEP à celui de situation particulière au sens de l'art. 6 LEP. Dans ce contexte, il a abrogé l'ordonnance 2 COVID-19 au 22 juin 2020 (cf. Message du 12 août 2020 concernant la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 [loi COVID-19] in FF 2020 6363, spéc. pp. 6368-6369).

**b)** Selon l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020, les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA ont droit à l'allocation perte de gain si elles sont assurées obligatoirement au sens de la LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10) et si elles subissent une perte de gain en raison d'une mesure prévue à l'art. 6 al. 1 et 2 de l'ordonnance 2 COVID-19.

L'art. 6 de l'ordonnance 2 COVID-19, dans sa teneur en vigueur à partir du 17 mars 2020 (RO 2020 783), prévoyait notamment qu'il était interdit d'organiser des manifestations publiques ou privées (al. 1) et que les établissements publics étaient fermés (al. 2). Selon l'art. 6 al. 3 let. m de l'ordonnance 2 COVID-19, l'al. 2 ne s'applique pas aux 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.

Selon l'art. 10a al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19, entré en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783), les établissements de santé tels que les hôpitaux, les cliniques et les cabinets médicaux et dentaires doivent renoncer à tous les traitements et interventions médicaux non urgents. Cette disposition a été modifiée le 21 mars 2020 (RO 2020 863) et prévoyait qu'il était interdit aux établissements de santé au sens de l'art. 6 al. 3 let. m, notamment aux hôpitaux, aux cliniques, aux cabinets médicaux et aux cabinets dentaires, de réaliser des examens, des traitements et des thérapies (interventions) non urgents.

L'art. 10a al. 3 de l'ordonnance 2 COVID-19, introduit le 21 mars 2020 (RO 2020 863), précisait que sont notamment considérées comme non urgentes les interventions qui peuvent être réalisées à une date ultérieure sans que la personne concernée ne risque de subir d'autres inconvénients que des atteintes ou des troubles physiques et psychiques mineurs (let. a), ou qui sont réalisées, principalement ou entièrement, à des fins esthétiques ou pour améliorer les performances ou le bien-être (let. b).

**c)** Selon l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020 (RO 2020 2223), les personnes considérées comme indépendantes au sens de l'art. 12 LPGA qui ne sont pas concernées par l'al. 3 ont droit à l'allocation pour autant qu'elles soient assurées obligatoirement au sens de la LAVS, qu'elles subissent une perte de gain en raison des mesures prises par le Conseil fédéral afin de lutter contre le coronavirus et que leur revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS de l'année 2019 se situe entre 10'000 et 90'000 francs.

**d)** Les tribunaux – Tribunal fédéral ou tribunaux cantonaux – peuvent examiner à titre préjudiciel la légalité et la constitutionnalité d'ordonnances du Conseil fédéral. Ils examinent en principe librement la légalité et la constitutionnalité des ordonnances, dites dépendantes, de cette autorité qui reposent sur une délégation législative. Ils analysent, dans un premier temps, si l'ordonnance reste dans les limites des pouvoirs conférés par la loi au Conseil fédéral, mais ils ne peuvent pas contrôler si la délégation elle-même est admissible. Si l'ordonnance est conforme à la loi, ils examinent, dans un second temps, sa conformité à la Constitution, à moins que la loi permette d'y déroger. Lorsque la délégation législative est relativement imprécise et que, par la force des choses, elle donne au Conseil fédéral un large pouvoir d'appréciation, cette clause s'impose au Tribunal fédéral et aux autres autorités en vertu de l'art. 190 Cst. Dans un tel cas, les tribunaux doivent se borner à examiner si les dispositions incriminées sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence donnée par le législateur à l'autorité exécutive ou si, pour

d'autres motifs, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution ; ils ne sont pas habilités à substituer leur propre appréciation à celle du Conseil fédéral. Ils se limitent à vérifier si la disposition litigieuse est propre à réaliser objectivement le but visé par la loi, sans se soucier, en particulier, de savoir si elle constitue le moyen le plus approprié pour atteindre ce but. Il ne revient pas aux tribunaux d'examiner l'opportunité de l'ordonnance ou de prendre position au sujet de l'adéquation politique, économique ou autre d'une disposition d'une ordonnance (ATF 146 II 56 consid. 6.2.2 et les références).

Quant aux ordonnances dites indépendantes, le Tribunal fédéral, ainsi que les autres autorités, peuvent en revoir la constitutionnalité à titre préjudiciel et refuser de les appliquer si elles violent les droits fondamentaux (ATF 147 I 333 consid. 1.5 et les références citées).

**e)** L'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 est fondée sur l'art. 185 al. 3 Cst., sur lequel le Conseil fédéral peut s'appuyer directement pour édicter des ordonnances et prendre des décisions, en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. Elle doit être qualifiée d'ordonnance indépendante et sa constitutionnalité peut être revue.

**f)** Les dispositions de l'ordonnance 2 COVID-19 dont il est question ici sont basées sur l'art. 7 LEp, qui prévoit que lorsqu'une situation extraordinaire l'exige, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays (cf. également à ce sujet FF 2020 6368s.). La Cour de céans doit se borner à examiner si les dispositions en question sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence donnée par le législateur à l'autorité exécutive ou si, pour d'autres motifs, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution.

**5.** Le requérant estime qu'il est en droit de recevoir des allocations pour perte de gain en cas de coronavirus en application de

l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, au motif qu'il a dû fermer ses établissements.

**a)** Il fait valoir que l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19 était formulé de manière non exhaustive dans toutes ses versions, puisqu'il comprenait l'adverbe « notamment » et que parmi les établissements concernés figuraient les prestataires offrant des services impliquant un contact physique, tels que salons de coiffure, de massage, de tatouage ou de beauté. Si la liste de l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19 n'était effectivement pas exhaustive, le Conseil fédéral a toutefois explicitement cité, à l'alinéa 3, des établissements qui n'étaient pas concernés par une fermeture, parmi lesquels figurent 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. Or il est manifeste que le recourant, en tant que spécialiste en chirurgie plastique, reconstructive et esthétique, est un professionnel de la santé et que les établissements qu'il gère tombent sous la définition de l'art. 6 al. 3 let. m de l'ordonnance 2 COVID-19. Le recourant n'était ainsi pas concerné par une fermeture au sens de l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19.

En vertu de l'art. 10a al. 2 et 3 de l'ordonnance 2 COVID-19, il lui était cependant interdit de réaliser des examens, des traitements, des thérapies et interventions non urgents. Cela visait notamment les interventions réalisées, principalement ou entièrement, à des fins esthétiques ou pour améliorer les performances ou le bien-être, ainsi que celles qui pouvaient être réalisées à une date ultérieure sans que la personne concernée ne risque de subir d'autres inconvénients que des atteintes ou des troubles physiques et psychiques mineurs. Le recourant allègue que cela concernait la totalité des prestations effectuées par lui ou sous son contrôle médical. Cela étant, cette situation ne saurait être assimilée à une fermeture d'établissement au sens de l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19.

**b)** Dans la mesure où son activité concerne exclusivement des prestations de chirurgie esthétique, le recourant juge discriminatoire et arbitraire, au regard de la liberté économique, d'être traité différemment des autres établissements visés par l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19, puisqu'il lui a été interdit de recevoir et traiter l'entier de sa clientèle.

**aa)** Une loi est arbitraire lorsqu'elle ne repose sur aucun motif sérieux et objectif ou qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité (ATF 143 I 1 consid. 3.3 et les références citées). Une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité ; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable ; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 144 I 170 consid. 7.3 et les références citées).

En l'occurrence, le recourant invoque une violation de l'arbitraire mais sans toutefois préciser s'il estime que ce sont les dispositions des ordonnances applicables qui sont arbitraires ou si c'est la décision de refus de l'intimée qui l'est, voire les deux. Cela étant, on comprend de ses griefs que c'est avant tout une violation de l'égalité de traitement qu'il entend faire valoir, au regard de la liberté économique.

**bb)** Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 141 I 153 consid. 5.1 ; 140 I 77

consid. 5.1 ; 137 V 334 consid. 6.2.1 ; 134 I 23 consid. 9.1). La question de savoir s'il existe un motif raisonnable pour une distinction peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes. Le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de ces principes (ATF 137 I 167 consid. 3.5 ; 136 I 1 consid. 4.1).

**cc)** Invocable tant par les personnes physiques que morales, la liberté économique (art. 27 Cst.) protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 143 I 403 consid. 5.6.1 et les références citées). Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). En vertu de l'art. 94 al. 1 Cst., la Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique. De manière générale, l'Etat reconnaît que l'économie relève principalement de la société civile et qu'il doit lui-même respecter les éléments essentiels du mécanisme de la concurrence. Il est donc en principe interdit à l'Etat de prendre une quelconque mesure susceptible d'empêcher la libre concurrence dans le but d'assurer ou de favoriser certaines branches économiques ou certaines formes d'activité économique, voire de diriger la vie économique selon un plan déterminé. L'art. 94 al. 4 Cst. prévoit que les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons. Contrairement aux mesures d'ordre économique, qui sont susceptibles d'entraver, voire même de déroger à la libre concurrence, les mesures étatiques poursuivant des motifs d'ordre public, de politique sociale ou des mesures ne servant pas, en premier lieu, des intérêts économiques (par exemple, aménagement du territoire, politique environnementale) sortent d'emblée du champ de protection de l'art. 94 Cst. (ATF 143 I 403 consid. 5.2 et les références citées). Les restrictions au libre choix et au libre exercice de l'activité lucrative privée qui respectent le principe de la concurrence et du libéralisme économique sont admissibles si elles répondent aux exigences de l'art. 36 Cst., à savoir qu'elles soient fondées sur une base légale (al. 1) et un intérêt public (al. 2), qu'elles respectent le principe de

proportionnalité (al. 3) et le « noyau dur » des droits fondamentaux (al. 4 ; Pascal Mahon, Droit constitutionnel, Droits fondamentaux, volume II, 3<sup>e</sup> éd., Bâle/Neuchâtel 2015, pp. 198-199).

La liberté économique comprend également le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique et offre même une protection plus étendue que l'art. 8 Cst. Selon ce principe, déduit des art. 27 et 94 Cst., sont prohibées les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique. On entend par concurrents directs les membres de la même branche économique qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins (ATF 143 II 598 consid. 5.1 ; 143 I 37 consid. 8.2). L'égalité de traitement entre concurrents directs n'est pas absolue et autorise des différences, à condition que celles-ci reposent sur une base légale, qu'elles répondent à des critères objectifs, soient proportionnées et résultent du système lui-même ; il est seulement exigé que les inégalités ainsi instaurées soient réduites au minimum nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi (ATF 143 II 598 consid. 5.1 ; 140 I 218 consid. 6.3).

La liberté économique protège seulement contre des restrictions à la liberté de la part de l'Etat, mais ne permet en aucune façon d'exiger une prestation positive de celui-ci (ATF 141 V 557 consid. 7.1 ; 130 I 26 consid. 4.1 ; 125 I 161 consid. 3e).

**dd)** En l'occurrence, l'obligation de fermeture imposée aux prestataires de service impliquant un contact physique est comparable à l'interdiction faite aux professionnels de la santé de réaliser des examens, des traitements et des thérapies non urgentes. Ces interdictions visent en effet l'une et l'autre à freiner la propagation du virus en limitant les sources de contacts non indispensables. Ces restrictions de la liberté économique visaient par conséquent à protéger la santé (TF 9C\_132/2021 du 15 septembre 2021 consid. 5.4.2).

La seule différence réside dans la faculté pour les professionnels de la santé de continuer à assumer les prestations de soins urgentes, soit garantir l'accès aux soins de base ne souffrant pas d'attendre une prise en charge, voire vitaux. Le rapport explicatif de l'ordonnance 2 COVID-19 (version du 3 avril 2020) considère comme autorisées, entre autres, les interventions qui, si elles ne sont pas effectuées, entraînent une réduction de l'espérance de vie, une lésion irréversible, un risque considérable d'aggravation de l'état de santé ou une hospitalisation d'urgence, ou qui dégradent la qualité de vie de façon extraordinaire. Un tel critère de distinction s'impose dans une situation de pandémie telle que celle liée au coronavirus. Les dispositions en question respectent par ailleurs le principe d'égalité de traitement entre concurrents directs puisque chaque profession est traitée de manière similaire.

Le recourant fait valoir sa spécialisation à l'appui du grief de violation du principe de l'égalité de traitement en tirant un parallèle avec les prestations de service offertes en cabinet d'esthétique ou dans une officine de tatoueur, interdites par l'art. 6 al. 2 let. e de l'ordonnance 2 COVID-19. Il observe qu'il « s'est explicitement vu interdire de recevoir et traiter l'entier de sa clientèle, de sorte que cet ordre doit être assimilé à une fermeture directe de son cabinet médical ». Si le Conseil fédéral a expressément qualifié de non urgentes les interventions qui sont réalisées, principalement ou entièrement, à des fins esthétiques ou pour améliorer les performances ou le bien-être (art. 10a al. 3 let. b de l'ordonnance 2 COVID-19), il ne saurait en être déduit une quelconque obligation de fermeture du cabinet du recourant, lequel pouvait continuer à pratiquer des opérations ou traitements urgents, telles que par exemple des infections post-opératoires, les premières interventions de reconstruction indispensables après un accident, ou proposer des consultations dites de télé-médecine en matière préopératoire ou post-opératoire, au contraire d'une esthéticienne ou d'un tatoueur dont la nature des prestations impliquent nécessairement et majoritairement un contact physique avec la clientèle. Ainsi, les prestations relevant de la chirurgie esthétique ne sauraient être considérées comme similaires à celles pratiquées en

cabinet d'esthétique ou de tatouage au point d'imposer un traitement identique sous la forme d'une fermeture de l'établissement. La distinction opérée par le Conseil fédéral entre, d'une part, les prestataires de service désignés à l'art. 6 al. 2 let. e de l'ordonnance 2 COVID-19 et, d'autres part, les professionnels de la santé, en l'espèce les médecins spécialistes en chirurgie plastique, reconstructive et esthétique, est admissible.

Il faut par ailleurs préciser que la distinction entre traitement annulés ou reportés dont se prévaut l'intimée n'est pas déterminante dans la mesure où celle-ci n'est pas prévue par les dispositions des ordonnances applicables.

**ee)** L'interdiction de toute discrimination ne s'oppose à la réglementation de l'accès ou de l'exercice de certaines professions que dans la mesure où de telles règles imposent des conditions injustifiées ayant pour but ou pour effet d'exclure une certaine catégorie de personnes, du fait de leurs qualités personnelles qui n'ont aucun lien avec les exigences objectives de la profession (ATF 137 I 167 consid. 8.4.2). Tel n'est manifestement pas le cas en l'occurrence, les distinctions opérées ne reposant nullement sur des motifs inhérents aux qualités personnelles des médecins exerçant la chirurgie esthétique, et ne comportant par ailleurs aucun élément de dépréciation ou d'avilissement.

**ff)** En ce qui concerne les distinctions opérées par le Conseil fédéral dans les conditions du droit aux allocations pour perte de gain entre les indépendants concernés par une fermeture de leur établissement et ceux qui n'ont été qu'indirectement touchés, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de relever qu'une réglementation différente pouvait être objectivement justifiée du fait que les circonstances n'étaient pas les mêmes chez ces deux catégories (TF 9C\_132/2021 précité consid. 5.3.3).

Il a par ailleurs jugé qu'il n'y a pas d'inégalité de droit, et encore moins d'arbitraire, lorsque le Conseil fédéral, dans la situation de crise aiguë qui s'est produite à l'époque, a prévu des indemnités pour les indépendants, mais ne les a accordées d'abord qu'à ceux qui sont

directement ou immédiatement touchés par les mesures étatiques. Cette inégalité de traitement, en soi défendable, est en outre considérablement relativisée par le fait que le Conseil fédéral a ensuite rapidement pris en compte, par le biais d'une clause pour les cas de rigueur – conçue de manière égale devant la loi et sans arbitraire – les indépendants qui ne sont « qu'indirectement » touchés mais qui, dans les faits, peuvent aussi être gravement impactés (TF 9C\_132/2021 précité consid. 5.3.6). Le fait de prévoir des limites de revenus pour l'octroi d'allocations pouvait être justifié dans ce contexte, qui exigeait des mesures pratiques et rapidement efficaces. Le Tribunal fédéral a estimé à cet égard que le plafond de revenus fixé à 90'000 fr. était propre à éviter les cas de rigueur (TF 9C\_132/2021 précité consid. 5.3.4 et 5.4.3).

Les mesures prises en matière d'aide financière ne constituent pas une atteinte à la liberté économique dans la mesure où elles n'avaient pas pour but de favoriser ou désavantager certains concurrents, mais servaient, en premier lieu, à éviter les cas de rigueur chez les indépendants pendant la pandémie, c'est-à-dire à atteindre un objectif de politique sociale (TF 9C\_132/2021 précité consid. 5.4.2). Il convient par ailleurs de rappeler que la liberté économique ne permet en aucune façon d'exiger une prestation positive de la part de l'Etat (cf. consid. 5b/cc *supra* ainsi que TF 9C\_132/2021 précité consid. 5.4.4).

**gg)** Il s'ensuit que les dispositions de l'ordonnance 2 COVID-19 et de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 applicables en l'espèce ne violent pas les droits fondamentaux, respectivement que les restrictions prévues respectent les exigences de l'art. 36 Cst.

**c)** Dans un autre grief, le recourant soutient qu'il a dû fermer son établissement par décision légale puisque l'Office du médecin cantonal aurait ordonné la fermeture de sa consultation et qu'au regard du principe de la bonne foi, il pouvait raisonnablement se fier au courrier électronique reçu et s'attendre à bénéficier des prestations accordées dans ce cas.

**aa)** Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration. Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que (a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, (b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour (d) prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et (e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; 131 II 627 consid. 6.1 et les références citées).

**bb)** En l'occurrence, les services du Médecin cantonal ont écrit au recourant en date du 16 mars 2020 que seules les consultations urgentes sont maintenues et que dans le cas de la chirurgie esthétique, il faudra reporter les consultations.

Comme le relève la Caisse, ce courrier n'enjoint pas le recourant à fermer son cabinet, mais l'informe que seules les consultations urgentes sont autorisées, comme le prévoyait l'ordonnance 2 COVID-19. Le texte envoyé est clair et ne saurait être interprété comme un ordre de fermeture, ainsi que le soutient le recourant. Le fait d'avoir reçu ce courriel ne saurait ainsi le placer dans une situation différente des autres spécialistes de la santé s'étant retrouvés dans l'impossibilité de pouvoir assumer des consultations autres qu'urgentes.

En outre, le recourant ne saurait se prévaloir du principe de la bonne foi à l'égard de la Caisse en lien avec la perception d'allocations pour perte de gain puisque le courriel en question ne dit rien quant à de

telles indemnités et qu'il émane des services du Médecin cantonal, qui ne sont à l'évidence pas compétents pour se prononcer sur le droit à des allocations pour perte de gain.

**d)** Le recourant se prévaut d'une application par analogie de l'art. 15 de la loi COVID-19. Selon cette disposition, le Conseil fédéral peut prévoir le versement d'allocations pour perte de gain aux personnes qui doivent interrompre ou limiter de manière significative leur activité lucrative à cause de mesures prises pour surmonter l'épidémie de COVID-19 ; seules les personnes frappées par une perte de gain ou de salaire et qui, dans leur entreprise, ont subi une perte de chiffre d'affaires d'au moins 30 % (auparavant 55 % et 40 %, cf. RO 2020 3835 et RO 2020 5821) par rapport au chiffre d'affaires moyen des années 2015 à 2019 sont considérées comme ayant dû limiter de manière significative leur activité lucrative (al. 1). Ont également droit à l'allocation notamment les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA et les personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur (al. 2). Les dispositions de l'ordonnance sur pertes de gain COVID-19 ont été adaptées en conséquence à partir du 17 septembre 2020.

Une application de cette réglementation dans le cas d'espèce est toutefois exclue, le législateur ayant limité expressément la rétroactivité de l'art. 15 de la loi COVID-19 au 17 septembre 2020 (art. 21 al. 3 loi COVID-19). Le Tribunal fédéral a par ailleurs précisé que l'existence de cette nouvelle réglementation en matière d'allocations pour perte de gain liée au COVID-19 reste sans influence sur les dispositions relatives au cas de rigueur en vigueur auparavant (TF 9C\_132/2021 précité consid. 5.3.4 *in fine*).

**e)** Il n'est pas contesté que le recourant a subi une nette réduction de son chiffre d'affaires, mais jusqu'au 16 septembre 2020, pour les personnes indirectement touchées par les mesures prises, le droit à des allocations pour perte de gain était limité, en application de l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, aux indépendants

dont le revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS de l'année 2019 se situait entre 10'000 et 90'000 francs. Or, il ressort des décisions d'acomptes de cotisations pour l'année 2019 produites par la Caisse que les revenus du recourant dépassent largement le plafond de 90'000 fr. précité.

**6. a)** Le recours doit par conséquent être rejeté.

**b)** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, applicable conformément à l'art. 82a LPGA), ni d'allouer de dépens à la partie recourante, qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

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

**I.** Le recours est rejeté.

**II.** La décision sur opposition rendue le 28 octobre 2020 par la L.\_\_\_\_\_ est confirmée.

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

La présidente :

La greffière :

**Du**

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

- Me Gilles-Antoine Hofstetter (pour F. \_\_\_\_\_),
- L. \_\_\_\_\_,
- Office fédéral des assurances sociales,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :