

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 20 juillet 2021

Composition : Mme DESSAUX, présidente
Mme Di Ferro Demierre et M. Piguet, juges
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

A.F. _____, aux [...], recourant,
K. _____, à [...], recourante,
tous deux représentés par Me Daniel Brodt, avocat à Neuchâtel,

et

V. _____, à [...], intimée.

**Art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ;
art. 27 Cst.**

E n f a i t :

A. K._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante) et A.F._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) exploitent depuis 2011 l'hôtel-restaurant C._____ aux [...], sous la forme d'une Sàrl. Ils ont été associés-gérants de cette société depuis sa constitution, aux côtés de B.F._____, associé gérant président, C.F._____, associé gérant vice-président, et D.F._____, associée gérante secrétaire, chacun des associés bénéficiant d'un pouvoir de signature collective à deux et détenant quatre parts de 1'000 fr. du capital social. Depuis le 4 septembre 2020, K._____ n'est plus associée-gérante de cette société et a transmis ses quatre parts du capital social à B.F._____.

Le 16 juillet 2020, K._____ et A.F._____ ont demandé des allocations de perte de gain en lien avec le coronavirus (ci-après : APG COVID-19) en utilisant le formulaire « Demande pour le domaine de l'événementiel ».

Par décisions du 21 juillet 2020, V._____ (ci-après : V._____ ou l'intimée) a rejeté leur demande au motif que leur entreprise n'appartenait pas au secteur de l'événementiel selon l'extrait du registre du commerce.

Les assurés se sont opposés à cette décision en date du 14 septembre 2020. Ils ont invoqué que les mesures sanitaires imposées, en particulier la distance minimale entre les tables, avaient engendré une diminution conséquente de la clientèle et une importante perte de revenus, qui les confrontaient à des difficultés financières. Ils ont fait valoir qu'ils avaient le statut d'indépendant et avaient, à ce titre, droit à des APG COVID-19. Parmi les pièces produites se trouvait un formulaire de demande d'APG COVID-19 non daté où ils faisaient valoir une perte de gain indirectement liée aux mesures ordonnées par le Conseil fédéral (cas de rigueur pour les indépendants dont le revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS de l'année 2019 se situe entre 10'000 et 90'000 francs). Ils ont également joint un courriel de la caisse de chômage du 10

juillet 2020 les informant qu'ils n'avaient plus droit à des indemnités pour réduction de l'horaire de travail (RHT) à partir du 1^{er} juin 2020.

Par décisions sur opposition du 12 octobre 2020, V._____ a rejeté les oppositions formées par les intéressés. Elle a constaté qu'ils ne déclaraient plus qu'ils étaient actifs dans le secteur de l'événementiel et estimé qu'ils avaient le statut de travailleurs exerçant une activité dépendante aux yeux des assurances sociales.

B. Par actes du 10 novembre 2020, K._____ et A.F._____ ont recouru contre les décisions précitées auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à leur annulation et à l'octroi d'une allocation pour perte de gain due au coronavirus, subsidiairement au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants, sous suite de frais et dépens. Ils ont fait valoir qu'ils avaient subi d'importantes pertes de revenus en raison des mesures sanitaires (distance minimale entre les tables, fermeture complète), qu'ils remplissaient les conditions d'octroi de l'allocation pour les indépendants subissant une perte de gain indirectement liée aux mesures sanitaires et qu'il y avait lieu en particulier de leur reconnaître le statut d'indépendant dans la mesure où les rapports économiques et de fait étaient déterminants à cet égard. Ils ont soutenu que le refus de leur reconnaître la qualité d'indépendant et de leur allouer des APG COVID-19 consistait en une violation de leur liberté économique, puisqu'ils ne pourraient bénéficier d'aucune aide, étant donné qu'ils s'étaient vu refuser des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail par la Caisse cantonale de chômage en raison de leur position dirigeante au sein de la société. A.F._____ a produit un courriel de cette caisse du 22 octobre 2020, indiquant qu'en sa qualité d'associé gérant de la société C._____ Sàrl, il disposait d'un pouvoir de décision déterminant et ne pouvait dès lors plus bénéficier des indemnités RHT depuis le 1^{er} juin 2020.

Dans ses réponses du 17 décembre 2020, V._____ a conclu au rejet des recours. Elle a précisé qu'à partir du 1^{er} juin 2020, les associés de sociétés à responsabilité limitée n'avaient droit à une allocation que

s'ils étaient actifs dans l'industrie événementielle. Elle a relevé que la jurisprudence citée par les recourants au sujet du statut d'indépendant concernait une prestation spéciale de l'assurance chômage, où la notion d'activité indépendante devait être comprise dans un sens plus large.

Dans leur réplique du 6 janvier 2021, les recourants ont admis qu'ils ne travaillaient pas dans l'événementiel et précisé que c'est l'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) qu'ils sollicitaient.

Dans ses déterminations du 25 janvier 2021, V._____ a mentionné que si toutes les personnes ayant une position assimilable à l'employeur étaient considérées comme des travailleurs indépendants et pouvaient faire une demande fondée sur l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, alors l'art. 2 al. 3ter de cette ordonnance serait complètement inutile et n'aurait plus de sens.

Dans leur prise de position du 11 février 2021, les recourants ont rappelé que leur demande s'inscrivait sous l'angle du cas de rigueur pour les indépendants. Selon eux, le fait qu'ils ne puissent bénéficier ni des indemnités RHT en raison de leur fonction dirigeante, ni de l'APG COVID-19 au motif qu'ils ne seraient pas indépendants, violait gravement leur liberté économique.

Il sera pour le surplus fait état des arguments développés par les parties à l'appui de leurs conclusions dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

E n d r o i t :

1. L'art. 24 al. 1 LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36) prévoit que l'autorité

peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation de faits identique ou à une cause juridique commune. Dans la mesure où les recours du 10 novembre 2020 se rapportent à une situation de faits identique et à une cause juridique commune, il convient de joindre les causes APG 33/20 et APG 34/20 et de se prononcer sur les deux recours dans un seul et unique arrêt.

2. 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, déposés en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), les recours sont recevables.

3. Le litige porte sur le droit des recourants à des allocations pour perte de gain COVID-19 à compter du 1^{er} juin 2020.

4. a) Selon l'art. 2 al. 3, en relation avec l'art. 2 al. 1bis, let. c, de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur du 17 mars 2020 (RO 2020 1257) au 16 septembre 2020 (RO 2020 3705), 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 (ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures

destinées à lutter contre le coronavirus ; RS 818.101.24 ; abrogée au 22 juin 2020 [RO 2020 2205]).

b) Visant les « cas de rigueur », l'art. 2 al. 3bis, introduit le 19 juin 2020 avec effet rétroactif au 17 mars 2020 (RO 2020 2223), en relation avec l'art. 2 al. 1bis, let. c, de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, prévoit que les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA, mais qui ne sont pas concernées par l'art. 2 al. 3 précité, ont droit à l'allocation perte de gain si elles sont assurées obligatoirement au sens de la LAVS, si elles subissent une perte de gain en raison des mesures prises par le Conseil fédéral afin de lutter contre le coronavirus et si leur revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS de l'année 2019 se situe entre 10'000 fr. et 90'000 francs.

c) Selon les ch. 1024 et 1025 de la CCPG (Circulaire de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS] sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus ; état au 3 juillet 2020), sont considérées comme exerçant une activité indépendante les personnes qui perçoivent des revenus non obtenus dans le cadre d'une activité salariée. L'élément déterminant est que la caisse de compensation ait reconnu à ces personnes le statut d'indépendant. Le fait qu'elles soient affiliées à la caisse de compensation en qualité d'indépendant suffit en principe pour que ce statut leur soit reconnu.

d) Les directives émises par l'OFAS 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, 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 ne doive pas en tenir 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 établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables (ATF 145 V 84 consid. 6.1.1 et les références).

e) Selon la jurisprudence, le gérant ou le dirigeant d'une entreprise employé par cette dernière est, même s'il a dans les faits une position d'actionnaire unique ou majoritaire et a une influence déterminante sur la marche des affaires, formellement un travailleur salarié de la société. Cependant, ce ne sont pas les rapports de droit civil qui sont déterminants pour déterminer le statut d'une personne du point de vue des assurances sociales, mais bien la position économique. La question de savoir si une personne a une influence déterminante sur la politique de l'entreprise et le développement de celle-ci – et doit ainsi être considérée comme tirant ses revenus d'une activité indépendante – doit être examinée sur la base de critères tels que le cercle des actionnaires, la participation au capital social, la composition du conseil d'administration, le taux d'activité des actionnaires et leur fonction dans la société (TF 8C_202/2019 du 9 mars 2020 consid. 3.3 et les références citées).

5. a) Les recourants ne contestent plus le fait qu'ils ne sont pas actifs dans le domaine de l'événementiel et dès lors qu'ils ne peuvent prétendre des indemnités pour perte de gain sous cet angle-là. Ils estiment en revanche qu'ils remplissent les conditions pour percevoir des APG COVID-19 en application de l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, qui vise les « cas de rigueur ».

b) Les recourants sont certes tous deux à la tête de leur hôtel-restaurant, mais ne peuvent être qualifiés d'indépendant au sens de l'art. 12 LPGA. Il faut en effet constater qu'ils ont le statut de salariés auprès de la caisse de compensation. Ils ont d'ailleurs indiqué dans leur demande d'APG qu'ils exerçaient une activité salariée (point 2.1) et non une activité indépendante (point 2.2). Il ne s'agit à l'évidence pas d'une erreur comme ils le prétendent, au vu des bulletins de salaire qu'ils ont produits, dont il

ressort clairement qu'ils paient les cotisations sociales incombant à des salariés. La qualification de leur activité comme salariée et la perception des cotisations y relatives par la caisse de compensation paraît en outre conforme au droit, compte tenu de l'organisation de la société. En effet, il faut constater, d'une part, qu'ils n'étaient pas les seuls associés-gérants, puisque la société regroupait cinq associés-gérants ayant une participation identique au capital social (jusqu'au départ de K. _____), et d'autre part qu'ils n'occupaient pas les positions de président et vice-président.

Les arrêts cités par les recourants dans leurs recours concernent des aspects du droit aux prestations de l'assurance-chômage, comme le relève à juste titre l'intimée, et ne sont pas pertinents pour examiner la question du statut indépendant ou dépendant (ce que le Tribunal fédéral a également eu l'occasion de constater, cf. TF 8C_202/2019 précité consid. 4.4).

Dans la mesure où les recourants ne sont pas des indépendants au sens de l'art. 12 LPGA, c'est à juste titre que V. _____ leur a dénié le droit à des APG COVID-19 en application de l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19.

c) On peut également relever que c'est en raison de leur statut de salarié que les recourants ont pu, dans un premier temps, bénéficier d'indemnités pour réduction de l'horaire de travail, lesquelles ont été exceptionnellement versées aux personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur jusqu'au 31 mai 2020. Le refus de la Caisse cantonale de chômage de leur verser des indemnités RHT au-delà de cette date, signifié en date des 10 juillet et 22 octobre 2020, échappe à l'objet du présent litige. La caisse de chômage a d'ailleurs rendu A.F. _____ attentif à la possibilité d'obtenir une décision formelle à ce sujet, ouvrant les voies de droit.

d) Les recourants soutiennent que le refus de leur verser des APG COVID-19 constitue une violation de leur liberté économique,

puisqu'ils ne peuvent pas non plus bénéficier d'indemnités RHT à partir du 1^{er} juin 2020.

aa) L'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020 applicable en l'espèce, constitue un acte normatif que le Conseil fédéral a adopté en début de pandémie de coronavirus en se fondant sur l'art. 185 al. 3 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101). Le Tribunal fédéral, ainsi que les autres autorités, peuvent en revoir la constitutionnalité à titre préjudiciel (ATF 132 I 229 consid. 9-11 ; 125 II 326 consid. 3) et refuser de l'appliquer si elle viole les droits fondamentaux (ATF 141 I 20 consid. 4 et 132 I 229 consid. 10.1 et 11.2 ; TF 2D_32/2020 du 24 mars 2021 consid. 1.5, prévu pour publication).

bb) 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.).

La liberté économique garantit notamment le droit de décider librement quand, pour combien de temps et où l'on veut exercer une activité lucrative, le choix des moyens utilisés, de la manière dont on veut mener ses relations d'affaires (liberté contractuelle), organiser son travail ou son entreprise, faire de la publicité, etc. (Pascal Mahon, Droit constitutionnel, Droits fondamentaux, volume II, 3^e éd., Bâle/Neuchâtel 2015, p. 194).

cc) 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 ; voir Mahon, op. cit., pp. 198-199).

dd) Force est de constater en l'occurrence qu'on ne saurait voir dans l'art. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 une quelconque atteinte à la liberté économique des recourants. Cette disposition fixe uniquement les conditions auxquelles il est possible de percevoir des allocations pour perte de gain en lien avec la situation induite par le coronavirus. Or 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). Les recourants ne peuvent dès lors se prévaloir de leur liberté économique pour revendiquer, à partir du 1^{er} juin 2020, le versement d'APG COVID-19 au motif qu'ils n'ont plus droit de percevoir des indemnités RHT à compter de cette date.

Il n'en demeure pas moins que certaines des dispositions prises par le Conseil fédéral en vue de lutter contre la propagation du coronavirus ont restreint la liberté économique des recourants, notamment pendant la période litigieuse, courant à partir du 1^{er} juin 2020. Le présent litige ne concerne toutefois pas directement cette question et les recourants n'invoquent d'ailleurs pas leur liberté économique en lien avec les mesures sanitaires imposées, mais uniquement en rapport avec l'absence d'aide financière à partir du 1^{er} juin 2020. D'ailleurs, même dans l'hypothèse où les mesures ordonnées par le Conseil fédéral à partir de cette date auraient restreint de manière inadmissible leur liberté économique – ce qui, au demeurant, n'apparaît pas être le cas, celles-ci ayant été prises sur la base de l'art. 7 LEp (loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme ; RS 818.101), étant justifiées par un intérêt de santé publique et apparaissant proportionnées au but visé – cela ne conduirait pas pour autant à l'admission de leur demande d'allocation pour perte de gain. Il n'y a par conséquent pas lieu d'examiner cette question plus avant ici.

6. a) Pour les raisons qui précèdent, les recours doivent être rejetés.

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, dès lors que les recourants n'obtiennent pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I.** Les causes APG 33/20 et APG 34/20 sont jointes.

- II.** Les recours déposés respectivement par A.F._____ et K._____ sont rejetés.

- III.** Les décisions sur opposition rendues le 12 octobre 2020 par V._____ à l'encontre de A.F._____ et K._____ sont confirmées.

- IV.** 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, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Daniel Brodt (pour A.F._____ et K._____),
- V._____,
- Office fédéral des assurances sociales.

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 :