

Document	<b>RDAF 2022 I p. 381</b>
Auteur(s)	<b>Sabrina Magoga-Sabatier</b>
Titre	<b>22. ATF 147 V 423-440 (15.9.2021/a; 9C_132/2021)</b>
Commentaire d'arrêt	<b>9C_132/2021</b>
Pages	<b>381-391</b>
Publication	<b>Revue de droit administratif et de droit fiscal - Droit administratif</b>
Editeur	<b>Association Henri Zwahlen pour le développement du droit administratif et du droit fiscal</b>
Maison d'édition	<b>Association Henri Zwahlen</b>

RDAF 2022 I p. 381

## La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2021<sup>1</sup>

### 2. DROITS FONDAMENTAUX

#### 2.5. Liberté économique

#### **22. [ATF 147 V 423-440 \(15.9.2021/a; 9C\\_132/2021\)](#)**

**[Art. 9, 27, 36, 94 al. 1 et 4 Cst.](#); loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19, RS 818.102), art. 1 ordonnance COVID-19 sur les pertes de gain (RS 830.31); art. 2 al. 3 et 3<sup>bis</sup> ordonnance COVID-19 sur les pertes de gain dans sa version en vigueur du 17 mars au 16 septembre 2020 (RO 2020 871, 1257, 3705), ordonnance 2 COVID-19 (RS 818.101.24). Droit aux allocations pour perte de gain pour les indépendants indirectement touchés. Cas de rigueur. Liberté économique. Intérêt public supérieur. Absence de violation de l'interdiction de l'arbitraire et du principe de l'égalité.**

A. exploite un cabinet médical de médecine tropicale, de voyage et médecine générale à U. en tant qu'indépendante. Le 16 avril 2020, elle s'est inscrite auprès de la caisse de compensation Medisuisse pour bénéficier d'une allocation pour perte de gain dans le cadre des mesures de lutte contre le coronavirus. Elle fait valoir qu'en raison des mesures ordonnées par le Conseil fédéral pour lutter contre le coronavirus, son chiffre d'affaires dans le secteur «médecine des voyages» a chuté de 100% et de 20% dans la «médecine familiale». La caisse de compensation a refusé les prestations «perte de gain coronavirus», car les conditions d'obtention n'étaient pas remplies. Par un jugement du 14 janvier 2021, le Tribunal administratif du canton de Berne a rejeté le recours déposé contre la décision. A. saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière de droit public et demande l'annulation du jugement cantonal et l'approbation de sa demande.

<sup>1</sup> Résumés et notes par: Maïté Andrade (M.A.); Magali Baer (M.Br); Eléa Baudevin (E.B.); Hilina Belay (H.B.); Séverine Beuret (S.B.); Mélanie Braillard (M.B.); Nicolas Conti (N.C.); Valérie Défago (V.D.); Clémence Demay (C.D.); Florian Fasel (F.F.); Anne-Christine Favre (A.-C.F.); Alexandre Flückiger (A.F.); Julie Frei (J.F.); Anne-Laurence Graf (A.-L.G.); Stéphane Grodecki (S.G.); Jérôme Gurtner (J.G.); Dominique Hänni (D.H.); Bathsheba Huruy (B.H.); Vincent Jobin (V.J.); Thierry Largey (Th.L.); Alexandre Laurent (A.L.); Sabrina Magoga-Sabatier (S.M.S.); Pascal Mahon (P.Ma.); Pauline Monod (P.Md); Pierre Moor (P.M.); Natalia Pérez (N.P.); Nathan Petermann (N.Pn); Alfio Russo (A.R.); Christina Strelchouk (Chr.S.); Margaux Terradas (M.T.); Dominique Tran (D.T.); Alma Veuthey (A.V.); Louise Villars (L.V.).



(c. 4/4.1) Il n'est pas contesté que la recourante a pu continuer sa pratique médicale à partir du 17 mars 2020 (avec des restrictions), qu'elle a perçu un revenu d'environ 165 000 francs en 2019 et qu'elle ne satisfaisait donc ni aux exigences de l'article 2 al. 3, ni à celles de l'al. 3<sup>bis</sup> de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19. La recourante est néanmoins d'avis qu'elle a droit à une indemnisation perte de gain coronavirus. Elle fait tout d'abord valoir que les dispositions de l'ordonnance sont lacunaires, puisque sa situation d'interdiction partielle (restriction d'activité aux seules interventions urgentes) n'est pas réglementée. Il y aurait en l'espèce une lacune improprement dite, car la règle conduirait à un résultat insatisfaisant.

(c. 4.2) On est en présence d'une lacune improprement dite lorsque la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite,

#### **RDAF 2022 I p. 381, 382**

c'est-à-dire lorsqu'une disposition s'avère incomplète parce qu'elle reste muette sur la réponse à une question juridique, appelle l'intervention du juge. Dans les autres cas, il n'y a pas de place à un comblement par le juge. Il n'en va différemment que si la réponse apportée par la loi doit être considérée comme matériellement insoutenable, repose sur une erreur manifeste du législateur, une incohérence législative ou une omission involontaire (cf. [ATF 146 V 121 c. 2.5](#) et les références citées).

(c. 4.3/4.3.1) L'article 2 al. 3 et 3<sup>bis</sup> de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, renvoie à l'[article 12 LPGA](#), qui définit la notion de personne exerçant une activité indépendante en référence à celle de salarié. Selon l'article 2 al. 3 de ladite ordonnance, les indépendants qui subissent une perte de gain à la suite d'une mesure visée à l'article 6 al. 1 et 2 de l'ordonnance 2 COVID-19, c'est-à-dire qui doivent interrompre leur activité professionnelle en raison de fermetures ordonnées ou de manifestations interdites (directement touchés) ont droit à une allocation pour perte de gain. En revanche, les indépendants qui ne relèvent pas de cette disposition (art. 2 al. 3<sup>bis</sup>) n'ont droit à l'indemnité que s'ils subissent une perte de revenu (indéterminée) et ont eu en 2019 un revenu assujéti à cotisations AVS compris entre 10 000 et 90 000 francs. L'ordonnance distingue ainsi entre indépendants directement et indirectement touchés, sans préciser le secteur professionnel. L'interprétation grammaticale plaide donc en faveur d'une réglementation exhaustive, même si toutes les personnes indirectement concernées n'ont pas droit à une indemnisation.

(c. 4.3.2/4.3.2.1) L'allocation pour perte de gain coronavirus est l'une des mesures prises par le Conseil fédéral pour atténuer les conséquences économiques de la propagation du coronavirus afin de préserver l'emploi, de garantir les salaires, de dédommager les indépendants et de prévenir les insolvabilités dues à des problèmes de trésorerie. Le Conseil fédéral n'a tout d'abord prévu d'indemniser que les indépendants directement touchés. Par la suite, il a ajouté l'al. 3<sup>bis</sup> pour les indépendants confrontés à une perte de revenus en raison de l'arrêt généralisé de l'économie, mais dont l'activité n'était pas interdite. Il était conscient que les indépendants indirectement touchés pouvaient également être gravement affectés économiquement par la pandémie de coronavirus. Il a ainsi opté pour une réglementation des cas de rigueur et a fait dépendre le droit à l'allocation de l'existence d'un revenu compris entre 10 000 et 90 000 francs. Ce faisant, le Conseil fédéral a rejeté une couverture inconditionnelle de toutes les demandes d'indemnités au moyen de contributions à fonds perdu, afin de garantir la pérennité financière du budget de l'État. La distinction entre indépendants directement et indirectement touchés et la limitation de

#### **RDAF 2022 I p. 381, 383**

ces derniers à l'indemnisation dans les cas de rigueur apparaît ainsi comme un choix délibéré du législateur, qui ne laisse aucune place à un comblement de lacune. Les personnes ayant des revenus professionnels élevés sont exclues des ayants droit indirectement touchés, car on peut raisonnablement attendre d'elles qu'elles absorbent une chute temporaire de leurs revenus. Contrairement à l'avis de la recourante, il ne ressort pas des lignes directrices de l'OFAS une distinction selon le secteur d'activité lorsqu'il liste à titre d'exemple les physiothérapeutes - comme les médecins - au titre des personnes auxquelles l'article 6 al. 3, lit. m et l'article 10a al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19 s'appliquent (cf. circulaire de l'OFAS sur l'ordonnance 2 COVID-19, version du 16 mars 2020, p. 6 et 9).

(c. 4.3.2.2/4.3.2.3) L'interprétation historique des dispositions de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ne montre donc pas qu'une troisième catégorie de travailleurs indépendants ait été oubliée, mais bien que le législateur a délibérément distingué uniquement entre deux catégories d'indépendants, à savoir ceux qui sont directement touchés, qui ont dû interrompre totalement leur activité, et ceux qui sont indirectement touchés ou qui ne le sont que de manière limitée.

(c. 4.3.3) La recourante estime que l'absence de droit à une allocation perte de gain coronavirus pour les professions médicales indépendantes faisant l'objet d'une interdiction partielle de travailler met en péril l'existence des établissements de santé. Cette prétendue lacune irait à l'encontre de l'esprit et de la finalité des mesures du Conseil fédéral qui sont de maintenir l'emploi, sécuriser les salaires, compenser les

indépendants et éviter les insolvabilités dues à un manque de trésorerie. Il convient d'opposer à cela qu'une perte de gain temporaire (même importante) - il est ici question d'environ six semaines - ne remet généralement pas en cause l'existence économique d'un indépendant qui disposait auparavant d'un revenu élevé: on peut supposer que les indépendants à haut revenu ont constitué certaines réserves en prévision des fluctuations économiques habituelles et qu'ils ne sont donc pas immédiatement dépendants des aides de l'État. Si tel n'était pas le cas, ils pourraient obtenir un crédit transitoire (cf. ordonnance du 25 mars 2020 relative à l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus [RO 2020 1077]). Grâce à ce dispositif, les indépendants indirectement touchés, ayant perçu un important revenu en 2019, peuvent obtenir un capital suffisant pour assurer leur survie à court terme. Leur existence ne semble par ailleurs pas menacée à long terme, puisque le remboursement de l'aide d'urgence de l'État après la pandémie est économiquement raisonnable du fait que leur niveau de revenu antérieur indique une capacité financière suffisamment

#### RDAF 2022 I p. 381, 384

élevée à l'avenir. La réglementation de l'allocation pour perte de gain coronavirus pour les indépendants indirectement touchés ne contredit donc pas la finalité de politique sociale du Conseil fédéral et n'aboutit pas à un résultat matériellement insoutenable.

(c. 4.3.4) En résumé, il faut retenir, comme le Tribunal cantonal, que le Conseil fédéral a réglé de manière exhaustive le droit à l'allocation pour perte de gain coronavirus pour les indépendants et qu'il n'y a (en principe) pas de lacune improprement dite pouvant être comblée par le juge.

(c. 5) Il convient à ce stade d'examiner si la réglementation de l'allocation coronavirus pour les indépendants conformément à l'article 2 al. 3 et 3<sup>bis</sup> de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 viole la Constitution, en particulier le principe de l'égalité, l'interdiction de l'arbitraire et la liberté économique, en ce qui concerne le cas d'espèce d'un médecin indépendant.

(c. 5.1/5.1.1) Les restrictions aux droits fondamentaux sont autorisées si elles reposent sur une base légale, sont justifiées par un intérêt public, proportionnées au but visé et ne touchent pas le noyau dur du droit fondamental ([art. 36 Cst.](#)).

(c. 5.1.2) Un acte législatif est arbitraire au sens de l'[article 9 Cst.](#) lorsqu'il n'est pas fondé sur des motifs objectifs sérieux ou qu'il est dépourvu de sens et de but. Il viole le principe de l'égalité ([art. 8 al. 1 Cst.](#)), s'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable, ou 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. La question de savoir s'il existe un motif raisonnable pour une distinction s'apprécie au moment où la loi a été votée et peut recevoir des réponses différentes selon les époques. Le législateur dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation.

(c. 5.1.3) La liberté économique garantie par l'[article 27 al. 1 Cst.](#), ne donne en principe aucun droit à des prestations de l'État. Elle comprend notamment le libre exercice d'une activité lucrative ([art. 27 al. 2 Cst.](#)). Selon l'[article 94 al. 1 Cst.](#), la Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique. Des dérogations à ce principe, en particulier des mesures dirigées contre la concurrence, ne sont autorisées que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou justifiées par les droits régaliens des cantons ([art. 94 al. 4 Cst.](#)). Alors que l'[article 27 Cst.](#) protège le droit individuel à la liberté économique, l'[article 94 Cst.](#) protège la dimension institutionnelle ou systémique de la liberté économique à titre de maxime fondamentale d'un ordre économique fondé sur l'économie de marché. Ces deux aspects sont

#### RDAF 2022 I p. 381, 385

étroitement liés et ne sauraient être abordés séparément. Le principe d'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique, et de la neutralité des mesures étatiques, a alors une fonction charnière. Ce principe va plus loin que l'[article 8 al. 1 Cst.](#) Ainsi les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence sont prohibées. Toutefois, il n'est pas absolu et n'exclut pas certaines différenciations, par l'établissement de mesures restrictives poursuivant des motifs d'ordre public ou de politique sociale. Une inégalité de traitement justifiée doit être proportionnée et éviter des distorsions de concurrence notables. Une pesée des intérêts est donc requise.

(c. 5.2) Une violation de l'essence des droits fondamentaux n'est pas invoquée. En outre, la recourante ne remet pas en cause le fait que l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, fondée sur l'[article 185 al. 3 Cst.](#) pour la période concernée, repose sur une base légale suffisante.

(c. 5.3/5.3.1) La recourante fait valoir, en ce qui concerne le principe de l'égalité et l'interdiction de l'arbitraire, qu'une fermeture d'entreprise et une fermeture partielle (dans son cas) d'un volume de 90% doivent être qualifiées de faits similaires. Une inégalité de traitement entre ces deux constellations devrait donc a priori être exclue. En outre, la limite de 90 000 francs introduite avec l'article 2 al. 3<sup>bis</sup> de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 serait un critère inapte à définir une «mise en danger des conditions d'existence»

et serait donc arbitraire, c'est pourquoi le Conseil fédéral ne l'aurait pas maintenu au cours de la pandémie. Enfin, l'ordonnance créerait une inégalité de traitement entre les différents cabinets médicaux en fonction de leur forme juridique, dans la mesure où les médecins employés par une société anonyme ou une Sàrl ont droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail.

(c. 5.3.2) Lors de l'examen de constitutionnalité, il ne faut pas perdre de vue que les dispositions de l'article 2 al. 3 et 3<sup>bis</sup> de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ont été prises en raison de l'urgence matérielle et temporelle de la situation de crise due au coronavirus, afin de soutenir l'économie par des mesures immédiatement efficaces.

(c. 5.3.3) Le libre exercice d'une activité a été directement touché et très gravement (maximum) restreint par l'interdiction de manifestations ou les mesures de fermeture. En revanche, les autres mesures du Conseil fédéral n'interdisent pas de manière générale l'activité lucrative. Par rapport aux indépendants directement touchés, le risque de survenance d'un cas de rigueur peut être considéré comme globalement plus faible pour les indépendants indirectement touchés. Ils peuvent améliorer leur situation par une adaptation de leur activité. De plus, des facteurs autres

#### **RDAF 2022 I p. 381, 386**

que les mesures étatiques impactent souvent négativement et dans une mesure non négligeable le chiffre d'affaires (comme un changement de «comportement des consommateurs» pendant la pandémie). Ainsi, contrairement aux allégations de la recourante, les bénéficiaires au titre de l'article 2 al. 3, et ceux au titre de l'article 2 al. 3<sup>bis</sup> de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 sont dans des situations différentes et une réglementation différente peut être justifiée objectivement.

(c. 5.3.4) Comme l'a estimé à juste titre le Tribunal cantonal, l'établissement de seuils comme ceux prévus par l'article 2 al. 3<sup>bis</sup> de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, ne sont pas inhabituels en droit des assurances sociales. Ils conduisent nécessairement à un certain schématisme qui peut affecter l'équité dans des cas individuels. Cependant, ils impliquent clarté, praticabilité et sécurité juridique. La fixation de seuils peut ainsi se justifier dans ce contexte, en particulier pour une réglementation qui sert à éviter un trouble grave survenu ou imminent (cf. [art. 185 al. 3 Cst.](#)), pour laquelle la praticabilité et l'efficacité rapide sont d'une importance capitale. En ce qui concerne le plafond fixé à 90 000 francs, le Tribunal cantonal a estimé qu'il était supérieur au salaire médian brut en Suisse, aux environs de 80 000 francs et était fixé de manière plutôt favorable à la prévention des cas de rigueur. Il repose donc sur des considérations objectivement justifiables et adéquates pour atteindre le but de politique sociale poursuivi par la disposition. Contrairement à ce qu'affirme la recourante, le plafond des revenus n'est donc pas inadapté dans le contexte global pour définir un cas de rigueur. Le fait que le problème eût pu être réglé différemment, et qu'il l'a d'ailleurs été par l'article 15 de la loi COVID-19, n'y change rien.

(c. 5.3.5) Les médecins salariés occupant une position analogue à celle d'un employeur (au sens de l'[art. 31 al. 3, lit. c LACI](#) [RS 837.0]) ont eu droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 17 mars au 31 mai 2020 sur la base d'un gain déterminant forfaitaire de 3320 francs pour un poste à plein temps (art. 2 en lien avec l'art. 5 lit. b de l'ordonnance COVID-19 sur l'assurance-chômage [RO 2020 877, 1777]). Toutefois, la recourante ne peut pas en tirer un droit en sa faveur. Contrairement à un médecin salarié, en tant qu'indépendante elle n'est pas assurée à l'assurance-chômage et est donc exclue d'emblée de la couverture d'assurance. La situation est donc différente de ce point de vue ce qui justifie une différence de traitement.

(c. 5.3.6) Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas atteinte au principe de l'égalité, encore moins à l'interdiction de l'arbitraire, lorsque le Conseil fédéral, dans la situation de crise aiguë qui se présentait à l'époque, outre les aspects de prévention et d'endiguement épidémiologique, prévoit des indemnités pour les indépendants, mais

#### **RDAF 2022 I p. 381, 387**

dans un premier temps uniquement pour ceux qui sont directement touchés par les mesures gouvernementales. Il s'agit d'une inégalité de traitement justifiable, qui d'ailleurs a été considérablement relativisée par le fait que le Conseil fédéral a rapidement pris en compte, dans un deuxième temps, avec une clause de rigueur, les indépendants qui étaient touchés «seulement» indirectement (mais qui en fait ont pu être aussi gravement affectés). Les griefs de la recourante ne permettent donc pas de démontrer une violation du principe de l'égalité et de l'interdiction de l'arbitraire.

(c. 5.4/5.4.1) La recourante estime enfin que la liberté économique a été violée du fait de l'ingérence de l'État, inadmissible en l'absence de motifs justificatifs, dans la concurrence au sein du corps médical. Le plafond de revenu de 90 000 francs serait inadapté, car il ne permettrait pas d'obtenir un soutien en fonction des besoins et mettrait en péril l'existence de nombreux établissements de santé, ce qui est contraire à l'intérêt public, d'autant que les intérêts fiscaux de la Confédération ne peuvent servir d'intérêt suffisant et

légitime pour justifier une atteinte aux droits fondamentaux que de manière limitée. Faute de pertinence et en raison des intérêts prépondérants de la recourante, l'ingérence serait disproportionnée.

(c. 5.4.2) La liberté économique des personnes actives dans le système de santé a été restreinte en ce sens que du 17 mars au 26 avril 2020, elles n'ont été autorisées qu'à effectuer des interventions urgentes (c. 3.2). L'objectif était notamment de maintenir les capacités et les ressources potentiellement nécessaires au traitement des personnes atteintes d'une infection de COVID-19. La restriction de la liberté économique visait donc à protéger la santé. Parallèlement, le Conseil fédéral a pris des mesures pour atténuer les conséquences économiques de la propagation du coronavirus, notamment pour les indépendants (c. 3.3). Ces mesures n'étaient pas motivées par le droit de la concurrence, car elles n'avaient pas pour but de favoriser ou de désavantager certains concurrents. Il s'agissait plutôt de garantir la stabilité du pays pendant la pandémie et d'amortir les conséquences économiques de la propagation du coronavirus. Bien que les mesures prises visaient également à stabiliser l'économie en général, elles servaient avant tout à atteindre un but de politique sociale grâce à des aides d'urgence.

(c. 5.4.3) Comme déjà expliqué, le plafond de revenus de 90 000 francs comme condition d'accès au droit est propre à garantir le but d'intérêt public d'une aide d'urgence rapide et limitée aux cas de rigueur pour les personnes indépendantes indirectement touchées (c. 4.3.2.1, 4.3.3 et 5.3.4).

#### RDAF 2022 I p. 381, 388

(c. 5.4.4) En ce qui concerne l'ampleur et l'octroi des prestations de soutien, le Conseil fédéral s'est opposé à une prise en charge complète à fonds perdu de toutes les demandes d'allocations. Cela n'est pas critiquable, d'autant que la liberté économique ne confère en principe aucun droit à des prestations de l'État. L'argumentation de la recourante selon laquelle une indemnisation des professions médicales ne serait qu'une «goutte d'eau dans l'océan» ne tient pas compte du fait que l'octroi d'une allocation perte de gain coronavirus aux indépendants à hauts revenus et indirectement touchés entraînerait, selon l'administration, des coûts supplémentaires considérables et difficilement quantifiables. Il n'est donc pas fondamentalement critiquable que le Conseil fédéral (eu égard à l'ensemble des conséquences financières de la pandémie coronavirus), dans l'intérêt public de la pérennité financière du budget de l'État, ait limité les aides d'urgence aux cas de rigueur, en particulier pour les indépendants indirectement touchés.

(c. 5.4.5) L'instance précédente est partie du principe que l'assurée, disposant d'un revenu élevé, ne subissait qu'un désavantage concurrentiel guère perceptible par rapport à ses concurrents à faible revenu. Ceci s'expliquerait compte tenu de la limitation temporelle de l'atteinte à la liberté économique et du montant plafonné de l'indemnité de perte de gain coronavirus (41 jours × 196.- fr., art. 5 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, soit moins de 10 000 fr.). Ceci serait d'autant plus vrai que le revenu moyen des professions médicales s'élèverait à plus de 200 000 francs par an. La plupart des professions médicales indépendantes, comme la recourante, n'auraient donc pas eu droit à une indemnité coronavirus. Cette question peut toutefois rester ouverte, d'autant qu'il ne s'agissait que d'une réglementation temporaire. En effet, l'intérêt public à trouver une solution globale, rapide et financièrement viable - un intérêt public fondamental - l'emporte ici sur l'égalité de traitement des concurrents. Il faut donc retenir, avec la juridiction inférieure, qu'il n'y a pas eu atteinte à la liberté économique.

(S.M.S.)

**Note.** Cet arrêt est intéressant à plus d'un titre. Tout d'abord, il permet de revenir, avec un peu de recul, sur la sécurité juridique de la législation d'urgence nécessitée par la pandémie de COVID-19. Il pose ainsi la question de l'application d'un critère objectif justifiant l'octroi de l'allocation pour perte de gain et son impact sur l'égalité de traitement. Il met également en perspective la notion de liberté économique en temps de crise sanitaire et l'ingérence, tolérable ou non, de l'État dans la concurrence au travers de mesures de politique sociale destinées à compenser les effets d'autres mesures restreignant le libre exercice de certaines activités économiques. Plus généralement, il nous

#### RDAF 2022 I p. 381, 389

permet de revenir sur la garantie de l'État de droit. Nous nous attarderons donc sur ces différents aspects.

Pendant sa première année de validité, l'*ordonnance* du 17 mars 2020 sur les pertes de gain COVID-19 (RS 830.31) compte douze modifications au Recueil officiel. Le cercle de ses ayants droit s'est tour à tour élargi puis resserré. L'*ordonnance* du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (*ordonnance 2 COVID-19*; RS 818.101.24) a été modifiée pas moins de vingt-trois fois, jusqu'à son abrogation le 19 juin 2020 - pour ne citer que les deux ordonnances auxquelles l'arrêt se réfère. Ces modifications annoncées parfois d'un jour à l'autre, parfois avec effet rétroactif, parfois valables pour quelques semaines uniquement, comme en l'espèce, ont été justifiées par une adaptation la plus efficace possible des mesures aux évolutions de la situation sanitaire et aux besoins d'organisation des milieux médicaux. Pour atteindre ce but, la sécurité juridique, la prévisibilité de la loi, et avec elles les principes

constitutionnels fondamentaux ont été mis à rude épreuve. Les difficultés ont été réelles, non seulement pour les assurés qui devaient faire valoir des droits, mais aussi pour les autorités d'application en manque de directives et mises sous pression par les autorités fédérales.

En l'espèce, les mesures critiquées concernaient la fixation des critères objectifs ouvrant droit à une indemnisation. Le 16 avril 2020, le Conseil fédéral a créé la base légale d'une allocation pour perte de gain pour les indépendants qui n'étaient ni touchés par une mesure de fermeture d'entreprise, ni par une interdiction de manifestations et qui n'avaient auparavant aucun droit. Toutefois, il ne s'agissait pas d'un droit inconditionnel, mais d'une disposition visant les «cas de rigueur»: les indépendants indirectement touchés étaient traités différemment selon les revenus qu'ils gagnaient avant la pandémie. Seuls ceux qui avaient un revenu compris entre 10 000 et 90 000 francs pouvaient obtenir une allocation pour perte de gain: limite inférieure et supérieure de revenu (c. 5.3.4). En revanche, peu importait l'ampleur de la baisse de revenu conséquente aux mesures. Le 10 septembre 2020, cette mesure a été abrogée avec effet au 17 septembre, puis le 4 novembre elle a été remplacée par une nouvelle mesure avec effet rétroactif au 17 septembre. Selon la nouvelle réglementation, la limite inférieure de revenu de 10 000 francs a été maintenue et complétée par une disposition pour les personnes ayant moins d'une année d'activité. Tandis que la limite supérieure a été supprimée et remplacée par le critère de la baisse de plus de 55% du chiffre d'affaires (art. 2 al. 3<sup>ter</sup>). Ce critère fut ensuite abaissé à 40, puis 30%, les 19 décembre et 1<sup>er</sup> avril 2021. La loi COVID-19 du 25 septembre 2020 (RS 818.102) a quant à elle fixé plus précisément les exigences minimales concernant les mesures pour les cas de rigueur des entreprises en se basant entre autres sur la diminution du chiffre d'affaires. Son art. 12 al. 2<sup>bis</sup> prévoit que le soutien de la Confédération n'est accordé que si les entreprises ont été rentables ou viables avant l'apparition du COVID-19.

La notion de seuils pour l'octroi de prestations n'est pas inhabituelle dans le contexte des assurances sociales. Ces seuils permettent d'une part d'identifier les situations critiques. Le Tribunal nous rappelle à ce sujet qu'ils ont pour avantage

#### **RDAF 2022 I p. 381, 390**

leur clarté, leur praticabilité et l'apport d'une sécurité juridique (c. 5.3.4). Ils sont donc conçus pour éviter au maximum les inégalités de traitement. D'autre part, ils permettent de délimiter la contribution restant à la charge de l'assuré et la part de soutien étatique. Ils assurent ainsi que chacun participe au maximum de ses possibilités à l'effort collectif selon le principe de responsabilité individuelle et celui de subsidiarité de l'intervention de l'État prévus aux articles 5a et 6 de la Constitution. Pourtant les seuils quantitatifs ne sont pas toujours équitables, et ils contiennent nécessairement une part d'arbitraire pour ceux qui en approchent la limite. C'est ce qu'admet le Tribunal fédéral en reconnaissant que les indépendants indirectement touchés pouvaient également être gravement affectés économiquement par la pandémie de coronavirus (c. 4.3.2.1). L'article 2 al. 3 et 3<sup>bis</sup> de l'ordonnance COVID-19 sur les pertes de gain visé par la requérante a ainsi donné lieu à un abondant contentieux devant les tribunaux cantonaux, qu'il s'agisse de la non-atteinte de la limite inférieure ou du dépassement de la limite supérieure, quelles qu'en soient les raisons. De fait, la succession des modifications des critères, analysée *a posteriori*, permet à elle seule d'en remettre en question l'opportunité. Ainsi la limite supérieure de revenu n'a pas plus été reprise, alors que la baisse de revenu est apparue beaucoup plus pertinente pour juger de la pertinence de l'aide. La preuve du résultat insatisfaisant de la règle, alléguée par la requérante, est ainsi apportée d'une certaine manière par l'expérience. Le Tribunal fédéral n'est pourtant pas de cet avis. Si l'établissement de tout critère entraîne nécessairement une part d'injustice, il n'en reste pas moins un moyen objectif et proportionné d'arbitrer entre des intérêts différents. À ce titre il préserve l'égalité de traitement. C'est donc bien la méthode, c'est-à-dire la politique du gouvernement, qui est validée par ce jugement et non l'atteinte de l'objectif poursuivi. Le fait qu'une solution différente a été apportée par la suite n'y change rien (c. 5.3.4).

Un autre aspect intéressant concerne l'analyse de l'atteinte portée (ou non) à la liberté économique par la politique fédérale, non seulement dans la distribution des aides, mais aussi dans les mesures prises en vue de limiter la propagation de la pandémie. Les sociétés disposaient en cas de difficultés économiques passagères de l'outil de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (cf. [art. 31 ss LACI](#); RS 837.0). En revanche, les personnes indépendantes organisent librement leur prévoyance professionnelle, couvrent leur risque économique et assument leur perte d'activité. C'est la conséquence de la liberté économique, revendiquée dans la Constitution fédérale ([art. 27 Cst.](#)). La limite de la liberté économique des personnes exerçant une activité indépendante a pourtant été atteinte dès lors que l'État a lui-même, par ses mesures en matière de santé, entravé son fonctionnement. C'est tout d'abord la dimension institutionnelle de la liberté économique, fondée sur l'économie de marché, qui a été sacrifiée à l'intérêt de santé publique. Ensuite, la question de l'indemnisation est rapidement apparue incontournable pour le Conseil fédéral, du fait des lacunes de protection, remettant en question la dimension personnelle de la liberté. Les aides constituaient-elles pour autant de mesures d'ordre économique ou plutôt une compensation par le gouvernement de ses

#### **RDAF 2022 I p. 381, 391**



propres entraves? C'est bien à ce second point que nous pensons lorsque le Tribunal indique que le libre exercice d'une activité a été directement touché et restreint à son maximum par l'interdiction de manifestations ou les mesures de fermeture (c. 5.4.3). Aussi précise-t-il que les aides qui ont suivi n'étaient pas motivées par le droit de la concurrence, car elles n'avaient pas pour but de favoriser ou de désavantager certains concurrents, mais visaient plutôt à garantir la stabilité et la prospérité économique du pays pendant la pandémie (c. 5.4.2). C'est donc parce que la liberté économique n'offre pas un droit à des prestations positives de l'État et non parce que dans d'autres conditions elles n'auraient pas été justifiées que l'État est légitime à refuser des prestations. La restriction à la liberté économique est enfin mise en balance avec l'intérêt public supérieur de la pérennité financière du budget de l'État eu égard à l'ensemble des conséquences financières de la pandémie coronavirus (c. 5.4.4) pour justifier qu'une limite soit posée à l'intervention étatique. C'est cet intérêt fondamental, qui est aussi celui de notre responsabilité envers les générations futures (Préambule [Cst.](#)), qui motive finalement le rejet d'une couverture inconditionnelle des demandes au moyen de contributions à fonds perdu et le principe de la fixation de seuils, même s'ils peuvent avoir des répercussions sur la libre concurrence entre concurrents directs. Aussi nous suivons plus difficilement le raisonnement du Tribunal fédéral lorsqu'il justifie de restreindre l'intervention de l'État par le fait que des facteurs autres que les mesures étatiques ont impacté négativement le chiffre d'affaires (comme un changement de «comportement des consommateurs» pendant la pandémie) (c. 5.3.3). Car c'est bien en conséquence des mesures étatiques que les consommateurs n'ont pas voyagé et que le secteur de la médecine de voyage de la requérante a baissé radicalement. De même, on imagine mal quelles adaptations de leur activité en vue d'améliorer leur situation les professions médicales auraient pu mettre en œuvre pour compenser les conséquences de l'interdiction des traitements non urgents.

Ainsi que d'autres, cet arrêt rendu par le Tribunal fédéral sur la législation d'urgence de la crise pandémique de COVID-19 démontre à quel point le respect des droits fondamentaux est mis à risque (cf. aussi [ATF 147 I 333](#) [résumé ci-dessous sous N° 58] sur la violation de l'[art. 29a Cst.](#) par l'*ordonnance* du 20 mars 2020 sur l'*atténuation des conséquences économiques du coronavirus [COVID-19] dans le secteur de la culture*, RS 442.15). Plus d'une fois, le gouvernement a commis des erreurs dans cette législation d'urgence, celles concernant l'octroi de la réduction de l'horaire de travail COVID-19 aussi pendant les vacances des collaborateurs payés au mois ont quant à elle pu être rectifiées par des demandes de reconsidération (cf. [ATF 148 V 144](#)).

(S.M.S.)

Usage exclusif à l'académie  
des fins