

BE_VERWALTUNGSGERICHT 200 2022 261 vom 12. November 2022

BE Verwaltungsgericht, 2022-11-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_200_2022_261

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 200 2022 261 du 12 novembre 2022

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 200 2022 261 del 12 novembre 2022

Regeste

Refus de prestations (RHT)

Erwägungen

E. 1.1

La décision sur opposition du 4 avril 2022 représente l'objet de la contestation. Elle ressortit au droit des assurances sociales et confirme la décision du 10 janvier 2022, qui annule celle du 12 mai 2021 et exclut le droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail du 1er juillet au 30 septembre 2021, s'agissant des travailleurs sur appel de l'assurée, le droit à de telles prestations étant en revanche confirmé en faveur des ayants droits de l'intéressée pour le mois de juin 2021, y compris pour les travailleurs sur appel, mais plus pour ces derniers d'octobre à novembre 2021 (voir p. 4 § 5 de la décision sur opposition attaquée). L'objet du litige porte sur l'annulation de cette décision sur opposition, en tant qu'elle exclut le droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur des travailleurs sur appel, de juillet à novembre 2021 (voir p. 2 du courrier du 10 mai 2022). Est surtout contesté

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 4 par la recourante, d'une part, le fait qu'elle a employé des travailleurs sur appel au cours de cette période et, d'autre part, l'avis de l'intimé, selon qui les mesures prises par les autorités en lien avec la pandémie de COVID-19 n'ont pas empêché la reprise complète du travail dans l'entreprise.

E. 1.2

Interjeté en temps utile, dans les formes minimales prescrites, auprès de l'autorité de recours compétente et par une partie disposant de la qualité pour recourir, le recours est recevable (art. 56 ss de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1]; art. 69 al. 1 let. a de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité [LAI, RS 831.20]; art. 15 et 74 ss de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 155.21]), sous réserve de ce qui suit.

E. 1.3.1

Dans l'envoi spontané qu'elle a fait parvenir au TA le 10 mai 2022, après le dépôt de son recours, la recourante a notamment conclu à l'octroi d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, s'agissant du mois de mai 2021. Cette conclusion (formulée dans le délai de recours, du fait des fêtes judiciaires, voir art. 38 al. 4 let. a LPGA) se rapporte au droit à de telles prestations pour un mois qui n'a aucunement été discuté, que ce soit dans la

décision du 10 janvier 2022 ou dans la décision sur opposition du

E. 1.3.2

Le même résultat s'impose, en tant que la recourante déclare qu'elle a toujours été de bonne foi dans ses rapports avec la caisse de chômage ainsi qu'avec l'intimé, qu'elle a été trompée par ces derniers et qu'elle n'est de toute manière pas en mesure de restituer le montant des indemnités qu'elle a déjà reçues. En effet, la décision sur opposition

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 5 querellée ne porte pas sur l'obligation de restituer des prestations mais (uniquement) sur le droit à celles-ci. Si le remboursement d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail devait être exigé par la suite, une éventuelle demande de remise pourrait être adressée à l'intimé (art. 95 al. 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [LACI, RS 837.0]). Dès lors, sur ce point également, le recours est irrecevable.

E. 1.4

Le jugement de la cause incombe à la Cour des affaires de langue française du TA dans sa composition ordinaire de trois juges (art. 54 al. 1 let. c et 56 al. 1 de la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM, RSB 161.1]).

E. 1.5

Le Tribunal examine librement la décision contestée et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 61 let. c et d LPGA; art. 80 let. c ch. 1 et 84 al. 3 LPJA). 2. 2.1 Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsque la perte de travail doit être prise en considération et lorsque la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, si l'on peut admettre que celle-ci permettra de maintenir les emplois en question (art. 31 al. 1 let. b et d LACI). Les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable n'ont toutefois pas droit à l'indemnité (art. 31 al. 3 let. a LACI). 2.2 Le but de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail consiste, d'une part, à garantir aux personnes assurées une compensation appropriée pour les pertes de salaire dues à des réductions de temps de travail et à éviter le chômage complet, à savoir des licenciements et des résiliations de contrats de travail. D'autre part, l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail vise au maintien de places de travail dans l'intérêt tant des travailleurs que des employeurs, en offrant la possibilité de

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 6 conserver un appareil de production intact au-delà de la période de réduction de l'horaire de travail (ATF 121 V 371 c. 3a). 2.3 Une perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs économiques, qu'elle est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI) et qu'elle représente au moins 10% de l'ensemble des heures normalement effectuées dans l'entreprise. Le recul de la demande des biens ou des services proposés normalement par l'entreprise est caractéristique pour apprécier l'existence d'un facteur économique (DTA 1985 p. 109 c. 3a). L'art. 32 al. 3 phr. 1 prévoit en outre que, pour les cas de rigueur, le Conseil fédéral règle la prise en considération de pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, à des pertes de clientèle dues aux

conditions météorologiques ou à d'autres circonstances non imputables à l'employeur. L'art. 51 de l'ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage (OACI, RS 837.02) concrétise l'art. 32 al. 3 LACI. L'art. 51 al. 2 OACI dispose ainsi que les pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, ou qui sont dues à d'autres motifs indépendants de la volonté de l'employeur, sont prises en considération lorsque l'employeur ne peut les éviter par des mesures appropriées et économiquement supportables ou faire répondre un tiers du dommage. 2.4 Le 28 février 2020, en raison de la propagation du COVID-19, le Conseil fédéral a qualifié la situation prévalant en Suisse de "situation particulière" au sens de l'art. 6 de la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies [LEp, RS 818.101]; voir le communiqué de presse du 28 février 2020, à l'adresse: www.admin.ch, "Documentations", "Communiqués"). Sur cette base, le Conseil fédéral a arrêté l'ordonnance fédérale du 28 février 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (RO 2020 573), qu'il a ensuite remplacée par l'ordonnance fédérale 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19; RO 2020 773). L'art. 5 al. 1 ordonnance 2 COVID-19, en vigueur dès le 16 mars 2020 (art. 12 al. 2 ordonnance 2 COVID-19) interdisait notamment les activités présentielle dans les écoles, les hautes écoles et les autres établissements de formation. Après avoir qualifié la situation en Suisse de "situation

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 7 extraordinaire" au sens de l'art. 7 LEp, le Conseil fédéral a modifié cette ordonnance (RO 2020 783, 841, 863), la validité de l'art. 5 ordonnance 2 COVID-19 ayant ensuite régulièrement été prolongée (voir aussi RO 2020 1131, permettant d'obtenir une dérogation à l'interdiction précitée dès le 2 avril 2020). Dès le 6 juin 2020, l'interdiction a pris fin, pour autant qu'un plan de protection ait été mis en œuvre (RO 2020 1815 et RO 2020 2213). L'ordonnance 2 COVID-19 a été abrogée le 23 juin 2020 et remplacée par l'ordonnance fédérale 3 du 19 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 3 COVID-19; RO 2020 2195, voir art. 28). 2.5 S'agissant du domaine particulier de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, le Conseil fédéral a aussi édicté des dispositions visant à en faciliter l'octroi pendant la crise sanitaire (voir l'ordonnance fédérale du 20 mars 2020 sur les mesures dans le domaine de l'assurance- chômage en lien avec le coronavirus, ordonnance COVID-19 assurance-chômage [RO 2020 877]), entrée en vigueur de manière rétroactive le 17 mars 2020 (art. 9 ordonnance COVID-19 assurance-chômage). De plus, avec la modification du 8 avril 2020, entrée en vigueur avec effet rétroactif au 1er mars 2020 (RO 2020 1201, voir art. 9 al. 1), l'art. 8f al. 1 ordonnance COVID-19 assurance-chômage a été introduit, avec la teneur suivante: "en dérogation aux art. 31 al. 3 let. a LACI et 33 al. 1 let. b LACI, le travailleur sur appel dont le taux d'occupation mensuel est soumis à de fortes fluctuations (plus de 20%) a aussi droit à la réduction de l'horaire de travail pour autant que son emploi dans l'entreprise demandant la réduction de l'horaire de travail dure depuis plus de 6 mois" (RO 2020 1201). Cette disposition a été abrogée le 1er septembre 2020 (RO 2020 3569), mais réintroduite (s'agissant de l'art. 8f al. 1) avec effet rétroactif à compter de cette date et jusqu'au 30 juin 2021 (RO 2020 4517, voir art. 9 al. 5). La dernière partie de la phrase de l'art. 8f al. 1 a toutefois alors été libellée comme suit: "[...] pour autant qu'il soit employé depuis au moins 6 mois pour une durée indéterminée dans l'entreprise demandant la réduction de l'horaire de travail". Avec la modification du 23 juin 2021 (en vigueur au 1er juillet 2021), l'art. 8f a été modifié, en ce sens que le droit à l'indemnité a alors été

subordonné à la condition que des mesures ordonnées par les autorités empêchent la reprise complète du travail dans l'entreprise. De

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 8 même, la validité de l'art. 8f a été prolongée au 30 septembre 2021 (RO 2021 382, voir art. 9 al. 5bis). Avec effet rétroactif au 20 décembre 2021, cette condition a alors également été remplacée par une obligation aux entreprises de limiter l'accès aux seules personnes disposant à la fois d'un certificat de vaccination ou de guérison et d'un certificat de test. L'art. 8f ordonnance COVID-19 assurance-chômage a finalement été abrogé avec effet au 31 mars 2022 (RO 2022 39, voir ch. III al. 2, art. 8f al. 1 let. b et art.

E. 4

avril 2022. Par conséquent, la recourante va au-delà de l'objet de la contestation en réclamant des prestations pour cette période également (voir p. 2 in fine du courrier de la recourante du 10 mai 2022). Sur ce point, le recours s'avère donc irrecevable (sur les questions d'objet de la contestation et d'objet du litige: ATF 142 I 155 c. 4.4.2 et les références citées; voir aussi MARKUS MÜLLER, in: HERZOG/DAUM [édit.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2020, art. 49 n. 1; RUTH HERZOG, in: HERZOG/DAUM [édit.], idem, art. 72 n. 12).

E. 4.1

A titre liminaire, il faut relever que l'intimé ne peut être suivi, en tant qu'il fait valoir dans la décision sur opposition attaquée qu'il appartenait à la caisse de chômage de trancher au cas par cas la question de la nature des rapports de travail des formateurs de la recourante (voir aussi art. 5 de la réponse). Certes, il incombe à l'autorité cantonale de statuer sur l'ouverture possible du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014 [cité: Commentaire], art. 36 n. 19 ainsi qu'art. 85 n. 7 et 20), à l'aune des conditions générales du droit en matière de réduction de l'horaire de travail (PIERRE-YVES CARNAL, L'organisation de l'assurance-chômage en Suisse, in: RSAS 2017 p. 385, p. 397). Ces conditions sont en l'occurrence celles mentionnées aux art. 31 al. 1 et 32 al. 1 let. a LACI. La caisse de chômage procède de son côté à un second examen, en vertu de l'art. 39 al. 1 LACI, qui renvoie notamment à l'art. 31 al. 3 LACI, relatif aux éventuels rapports de travail sur appel (B. RUBIN, Assurance-chômage, 2006, p. 522; B. RUBIN, Commentaire, art. 39 n. 4). Néanmoins, l'intimé ignore qu'au cas particulier, la caisse de chômage a émis des doutes quant au fait de savoir si les enseignants de l'intéressée devaient être qualifiés de travailleurs sur appel et sollicité l'intimé afin qu'il se prononce à ce sujet. Cette procédure pour cas douteux est prévue par l'art. 81 al. 2 let. a LACI. En pareille éventualité, la caisse de chômage expose en effet un problème juridique à résoudre sur une formule adressée à l'autorité cantonale, pour décision. A ce propos, il faut souligner qu'à l'inverse de ce que l'intimé a retenu dans la décision sur opposition du 4 avril 2022, il n'était alors pas question de répondre à cette question pour chacun des travailleurs, mais globalement, compte tenu des explications de la recourante (dossier de la caisse de chômage ABT 00 [dos. CCh] 466 s. et 494; voir également art. 2 de la réponse). En effet, concernant les rapports de travail de ses employés, la recourante n'a fait de distinction qu'entre son personnel administratif et ses

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 11 formateurs. Elle n'a jamais fait valoir que les rapports de travail de ces derniers devaient être appréhendés différemment, en fonction de chaque employé (voir

p. 3 § 2 du recours; dos. CCh 489 et 634). C'est donc bien au regard de la procédure de l'art. 81 al. 2 let. a LACI que l'intimé a été saisi (voir aussi, sur la compétence de l'autorité cantonale en pareil cas: art. 35 al. 1 let. e LACI). Il en résulte deux conséquences.

E. 4.2

Premièrement, il faut rappeler que la décision de l'autorité cantonale lie la caisse au sujet de la question qui a été traitée. Cet acte détermine par conséquent l'objet de la contestation qui peut ensuite être déféré en justice par voie de recours (ATF 126 V 399 c. 2b/cc, 124 V 386 c. 4d; arrêt du Tribunal fédéral des assurances [TFA, ancienne dénomination des cours de droit social du Tribunal fédéral] C 117/05 du 14 février 2006 c. 2.2, C 112/01 du 15 février 2002 c. 1a; B. RUBIN, Assurance-chômage, 2006, p. 665 et 674; B. RUBIN, Commentaire, art. 81 n. 10 à 12 et art. 85 n. 12 à 16.; voir aussi P.-Y. CARNAL, op. cit., p. 396 s.). Ce faisant, c'est à tort que l'intimé soutient que la nature des contrats liant la recourante à ses enseignants ne fait pas partie de la contestation traitée dans le contexte de la décision sur opposition du 4 avril 2022. C'est au contraire précisément cet élément qui avait fait l'objet de la demande de la caisse de chômage en procédure pour cas douteux et qui a motivé le prononcé de la décision (de reconsidération) du 10 janvier 2022. Qui plus est, en tant que l'intimé s'est aussi prononcé au sujet de la condition ayant trait à l'existence de mesures ayant empêché la reprise complète du travail, condition qui doit aussi être appréhendée globalement, soit pour l'ensemble d'éventuels travailleurs sur appel, celle-ci fait aussi partie de l'objet de la contestation (contrairement aux conditions qui se rapportent à l'ampleur de la fluctuation de l'horaire de travail et à la durée des rapports de travail; voir art. 8f ordonnance COVID- 19 assurance-chômage, voir c. 2.5). On ne peut non plus suivre l'intimé lorsqu'il affirme que la recourante aurait dû agir non pas contre la décision du 10 janvier 2022, mais auprès de la caisse de chômage, lors du versement de chaque indemnité. En effet, même si ces versements sont à appréhender comme des décisions informelles (ATF 129 V 110 c. 1.2.1, 126 V 399 c. 2b), il n'en reste pas moins qu'ils ont été exécutés, s'agissant des mois litigieux de juillet à septembre 2021 (dos. OAC 66 à 69). La recourante ne pouvait dès lors aucunement en déduire que le droit aux

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 12 indemnités avait été exclu pour ses employés sur appel, bien au contraire. Elle n'aurait pas non plus eu d'intérêt à remettre en cause cette qualification à ce moment-là. Ce n'est qu'avec le prononcé du

E. 4.3

Deuxièmement, le fait que l'intimé se soit prononcé dans le contexte de la procédure pour cas douteux implique qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si les conditions d'une reconsidération étaient réunies. En effet, d'après la jurisprudence, la procédure pour cas douteux consiste seulement en un examen matériel, éventuellement rétroactif, des conditions matérielles du droit aux prestations. Il ne s'agit donc ni d'une reconsidération, ni d'une demande de restitution. De ce fait, l'autorité cantonale n'a dans ce contexte pas à vérifier si les conditions d'une reconsidération sont réalisées (ATF 126 V 399 c. 2b/cc). Ce n'est que si elle parvient au résultat que les conditions du droit aux prestations n'étaient pas satisfaites, bien que ces dernières aient été versées, que la caisse de chômage devra ensuite en exiger la restitution et vérifier, pour la première fois, si une reconsidération s'avère possible. Cela signifie qu'un tribunal amené à se prononcer sur le bien-fondé d'une décision de l'autorité cantonale, prise dans le cadre de la procédure de cas douteux et niant le

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 13 droit pour une période où des prestations ont déjà été versées, doit aussi faire abstraction des conditions d'une reconsidération (B. RUBIN, Assurance-chômage et service public de l'emploi, 2019, p. 187 n. 915 et les références citées; B. RUBIN, Commentaire, art. 81 n. 13 et art. 85 n. 16).

E. 4.4

Ce qui précède vaut d'ailleurs indépendamment du fait que, dans sa décision du 12 mai 2021, l'intimé avait d'abord admis un droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail de juin à novembre 2021. Cet acte avait en effet été prononcé sous réserve du respect des conditions de l'art. 39 LACI, qui, comme évoqué et par renvoi à l'art. 31 al. 3 LACI, se rapporte notamment au droit à l'indemnité pour les travailleurs sur appel. D'ailleurs, cette réserve exclut d'emblée que la recourante puisse se prévaloir d'un droit acquis aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (voir à cet égard: ATF 137 V 105 c. 7.2). En outre, même si cette réserve n'avait pas été formulée, l'intimé aurait néanmoins été fondé à reconsidérer cette décision. En effet, l'assureur peut revenir sur les décisions formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (art. 53 al. 2 LPGA; ATF 107 V 180 c. 2b; DTA 2000 p. 208 c. 3b; TF 8C_18/2017 du 4 mai 2017 c. 3.2.2). En l'espèce toutefois, force est de constater que l'acte du 12 mai 2021 a été rendu dans l'ignorance des déclarations de la recourante quant aux rapports de travail de ses employés. Si la nature de ceux-ci n'était certes pas pertinente lors de ce prononcé (puisque l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage permettait alors de reconnaître le droit aux prestations en faveur des travailleurs sur appel, sans qu'il ne soit nécessaire que des mesures des autorités aient, en sus, empêché la reprise totale du travail), elle l'est devenue dès juillet, avec l'introduction de cette nouvelle condition, l'intimé ayant nié qu'elle ait été réalisée. Or, il n'a pu avoir conscience de la portée de cette condition qu'après que la recourante ait admis qu'elle employait des travailleurs sur appel, soit le 14 décembre 2021 (voir c. 5.2.1). A cette date et à l'invitation de la caisse de chômage, la recourante avait remis un questionnaire, dans lequel il était indiqué pour la première fois depuis mars 2020 qu'elle employait des travailleurs sur appel. Dans ses décomptes de mai à juillet 2021, elle n'avait au contraire pas répondu à cette question, si bien que la caisse de chômage avait dû l'inviter à le faire, avant de finir par initier la

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 14 procédure pour cas douteux. Dans la foulée, le 10 janvier 2022, l'intimé avait alors immédiatement reconsidéré la décision du 12 mai 2021. Partant, c'est sans prendre en compte la nature des rapports de travail entre-temps précisée par l'intéressée, que l'intimé avait retenu sans nuance, dans l'acte du 12 mai 2021, que le droit aux prestations devait être admis de juin à novembre 2021 (à savoir aussi pour les travailleurs sur appel). Vu qu'il doit du reste être confirmé que les rapports litigieux consistent bien en des rapports de travail sur appel (voir c. 5) et que la condition précitée liée à l'existence de mesures des autorités doit aussi être réputée satisfaite (voir c. 6), la décision de mai 2021 doit donc bien être qualifiée de manifestement erronée. De surcroît, il doit aussi être répondu par l'affirmative à la question de savoir si la rectification revêtait une importance notable. Et pour cause, puisque les indemnités versées sur la base de la décision du 12 mai 2021 se sont montées à un total de près de Fr. 60'000.- (dos. OAC 66 à 69). D'après la jurisprudence, un tel montant doit être considéré comme revêtant une importance

notable (voir en ce sens: arrêt du Tribunal fédéral [TF] 8C_18/2017 du 4 mai 2017 c. 4.3, au sujet d'une somme de Fr. 2'593.75). On ne saurait non plus perdre de vue que ces montants ont été versés le 3 novembre 2021 (dos. OAC 66 à 69) et que la décision de reconsidération a été prononcée le 10 janvier 2022. Il ne s'est donc écoulé qu'un peu plus de trois mois et demi entre-temps (alors que le TF permet du reste la reconsidération de décisions même après dix ans, voir ATF 140 V 514). Dans ces circonstances, on ne pourrait donc de toute manière non plus critiquer que l'intimé ait, reconsidéré la décision du

E. 9

al. 10). 3. 3.1 Dans la décision sur opposition attaquée, l'intimé a relevé que, dès juillet 2021, le droit aux indemnités pour les travailleurs sur appel ou au bénéfice d'un contrat de durée déterminée était soumis à la condition que des mesures ordonnées par les autorités empêchent la reprise complète du travail dans l'entreprise. L'intimé a ensuite rappelé qu'il incombait d'abord à la caisse de chômage de qualifier la nature des rapports de travail, lors du versement des prestations. Il a toutefois signalé qu'après avoir examiné les décomptes d'octobre et novembre 2021, puis constaté des incohérences, la caisse de chômage avait demandé des précisions à la recourante, qui aurait indiqué pour la première fois, le 14 décembre 2021, que les enseignants qu'elle employait étaient des travailleurs sur appel. Ainsi, l'intimé a retenu que le droit au maintien du versement des indemnités avait été obtenu sur la base de déclarations biaisées. Il a aussi écrit que ce droit avait toujours été admis sous réserve que les conditions à vérifier en sus par la caisse de chômage soient satisfaites et que celles-ci ne changent pas. Il a donc exclu que la recourante puisse se prévaloir d'un droit acquis aux indemnités et a ajouté que, pour la même raison, l'intérêt à la mise en œuvre du droit matériel devait l'emporter. Il a encore exposé que, dès le 23 juin 2021, bien que le nombre de participants aux cours en présentiel n'était plus limité et que les mesures de distanciation sociale avaient pu dissuader de suivre les cours de l'intéressée, rien ne permettait d'admettre que cette mesure avait entraîné une perte de travail pour les enseignants ou une annulation de certains cours. En outre, l'intimé a admis que l'obligation du port du masque avait pu impacter le taux de participation aux

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 9 cours, mais il a relaté que rien ne s'opposait à ce qu'ils continuent d'être proposés. De même, l'intimé a écrit que l'impossibilité d'organiser des séjours linguistiques ne visait que le personnel administratif. Or, celui-ci n'était pas engagé sur appel ou au moyen d'un contrat de durée déterminée, si bien que leur perte de travail n'était pas contestée. Enfin, il a mentionné que, dans le cas particulier, aucun droit à des dépens ne pouvait être reconnu pour la procédure d'opposition. 3.2 Dans son envoi du 29 avril 2022, la recourante souligne qu'elle a reçu des indemnités à partir de mars 2020, que la décision du 12 mai 2021 lui reconnaissait en outre le droit à de telles prestations de juin à novembre 2021 et, qu'en octobre 2021, les indemnités de juillet à septembre 2021 lui ont été versées. Elle affirme ainsi ne pas avoir compris pourquoi l'intimé avait remis en cause les prestations allouées de juillet à septembre 2021, dans sa décision de reconsidération du 10 janvier 2022. Elle ajoute avoir été induite en erreur par la caisse de chômage, puisqu'en raison de la modification de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, elle n'aurait pas dû recevoir les indemnités de juillet à septembre 2021, mais que tel a néanmoins été le cas. La recourante déclare aussi qu'elle a toujours été de bonne foi, du fait notamment qu'elle a toujours satisfait aux exigences de la caisse de chômage, qui l'aurait cependant soumise à une pression discutable. De plus, elle indique que la pandémie a eu pour effet de l'obliger à

interrompre ses cours dès mars 2020, l'enseignement à distance mis en place par la suite n'ayant du reste pas permis tout de suite d'assurer le retour de la clientèle. Elle relève que 40% de ses cours ont été annulés, ce qui a engendré une perte d'autant de son chiffre d'affaires depuis lors. Elle ajoute que si elle a indiqué, le 14 décembre 2021, qu'elle employait des travailleurs sur appel, c'est parce que cette dénomination figurait ainsi dans les formulaires utilisés. Elle n'aurait toutefois jamais fait usage de ces termes avant cela et la caisse de chômage ne lui aurait jamais non plus demandé de précision sur le statut de ses travailleurs auparavant. Elle souligne que ses employés donnent des cours intensifs quotidiens ou en entreprise pour des durées fixes, si bien qu'ils ne peuvent être qualifiés de travailleurs sur appel. De même, la recourante indique qu'elle a versé les salaires de ses employés pour 2020 et 2021 avec les indemnités perçues, y compris pour les mois d'octobre à décembre 2021 pour lesquels le droit

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 10 aux prestations a entre-temps été refusé. Elle déclare donc ne pas pouvoir les rembourser et s'exposer à la faillite si elle devrait y être astreinte. Enfin, elle réclame des dépens pour la procédure d'opposition. 4.

E. 9.1

En conclusion, le recours est mal fondé et doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.

E. 9.2

Conformément à l'art. 61 let. fbis LPGA (a contrario, voir également FF 2018 1628), la procédure n'est pas soumise à des frais de justice. Il n'y a en outre pas lieu d'allouer d'indemnité de dépens à la recourante qui n'est pas représentée dans la présente procédure et qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g a contrario LPGA), ni à l'intimé (art. 104 al. 1 et 3 LPJA).

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 26

E. 10

janvier 2022 qu'elle a formellement été informée que l'autorité considérait qu'elle employait des travailleurs sur appel et que le droit aux indemnités était exclu en leur faveur. Cela vaut d'autant plus qu'en dépit de son avis, l'intimé s'est tout de même prononcé, dans la décision sur opposition attaquée, quant au point de savoir si les mesures des autorités avaient empêché la reprise complète du travail. Or, cette condition visait en particulier les travailleurs sur appel (voir art. 8f ordonnance COVID-19 assurance-chômage, dans sa teneur en vigueur dès le 1er juillet 2021). Partant, bien que l'intimé ne soit pas entré en matière sur les griefs relatifs à cet aspect, il résulte du dossier que le raisonnement qu'il a adopté pour justifier l'existence de travailleurs sur appel peut aisément être compris. Il n'a d'ailleurs pas échappé à la recourante (voir p. 2 in fine s. du recours). Cette question étant en état d'être jugée, il serait vain et excessivement formaliste de renvoyer la cause à l'intimé pour qu'il s'exprime (à nouveau) sur cet objet. Au contraire, il se justifie, pour des motifs d'économie de procédure, de trancher à ce stade ce point du litige (ATF 130 V 501 c. 1.2, 122 V 34 c. 2a; SVR 2012 IV n° 35 c. 3.1).

E. 12

mai 2021. 5. Quant à la qualification des rapports de travail de la recourante avec ses enseignants, il faut relever ce qui suit. 5.1 Le contrat de travail sur appel est un rapport de

travail généralement de durée indéterminée qui se caractérise par le fait que le temps de travail est irrégulier. Le travailleur sur appel s'engage à exercer une activité lorsque l'employeur requiert ses services, en fonction du

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 15 volume de travail. Le nombre d'heures de travail rémunérées varie donc selon les exigences ou besoins de l'employeur (Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO], Bulletin LACI IC, n° B95). Dans le contrat de travail sur appel proprement dit, l'horaire et la durée du temps de travail sont fixés unilatéralement par l'employeur en fonction de ses besoins et le travailleur doit se tenir à sa disposition (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 2014, p. 38). En revanche, dans le contrat de travail sur appel improprement dit, le travailleur a le droit de refuser la mission proposée (STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, Arbeitsvertrag, art. 319 n. 18 p. 111). Celui-ci se distingue du travail auxiliaire ou occasionnel, en ce sens que le travailleur sur appel improprement dit accomplit ses missions dans le cadre d'un seul rapport de travail durable. Le travail auxiliaire repose en revanche sur une multiplication de contrats de travail de durée déterminée. Dans le cadre d'un travail auxiliaire, il n'existe donc pas de contrat-cadre et les rapports de travail, convenus pour chaque mission en particulier, prennent fin sans résiliation à l'expiration de la période de travail prévue. Pour déterminer si le rapport de travail est continu, la pratique tranche généralement en se fondant sur des critères objectifs comme la fréquence et la durée des prestations du travailleur. Un indice de continuité est notamment la succession des prestations effectuées à intervalles relativement courts ou réguliers ou, à défaut, la durée relativement longue des relations de travail (TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015 c. 5.1, 8C_379/2010 du 28 février 2011 c. 2.3 et les références citées; JAB 2013 p. 295 c. 3.3.3; voir aussi TF 4A_534/2017 du 27 août 2018 c. 3.2, 4A_509/2009 du 7 janvier 2010 c. 2.3 [dans le cas d'une enseignante travaillant à des taux d'activité variables]; RJN 2016 p. 188, p. 193; JAR 2019 p. 269 c. 3.2; GABRIEL AUBERT, Commentaire romand – Codes des obligations 1, art. 319 n. 28). 5.2 5.2.1 En l'espèce, la recourante a déposé un premier préavis de réduction de l'horaire de travail le 17 mars 2020, après quoi l'intimé a reconnu le droit à des indemnités dès cette date et jusqu'au 16 septembre 2020, par acte du 2 avril 2020 (dos. OAC 207 et 193; voir aussi art. 36 al. 1 phr. 3 LACI et RO 2020 1075, art. 8c). La durée de renouvellement du préavis ayant été réduite à trois mois à compter du 1er septembre 2020 (RO 2020 3569),

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 16 l'intimé a ensuite reconsidéré cette décision et limité le droit aux indemnités au 31 août 2020 (dos. OAC 185 s.). Le droit aux prestations a ensuite été prolongé du 1er septembre au 30 novembre 2020 (décision du 7 septembre 2020; dos. OAC 172), du 1er décembre 2020 au 28 février 2021 (décision du 9 décembre 2020; dos. OAC 165) et du 1er mars au 31 mai 2021 (décision du 10 février 2021; dos. OAC 157). Dans son premier préavis, la recourante avait nié qu'elle employait des travailleurs sur appel (dos. OAC 197). En revanche, dès le préavis relatif aux mois de septembre à novembre 2020, elle a fait savoir qu'elle employait 46 travailleurs sur appel sur 50 employés (dos. OAC 176; voir aussi de façon similaire: dos. OAC 169, à propos des mois courant depuis décembre 2020). Dès mars 2021, il n'a toutefois plus été signalé de travailleurs sur appel (dos. OAC 138, 153 et 161). Qui plus est, dans ses décomptes de mai à juillet 2021, la recourante n'a pas précisé si certains de ses employés travaillaient sur appel (dos. CCh 590 s., 598 s. et 605 s.). La caisse de chômage a demandé des précisions au sujet du décompte de juillet 2021, à

propos des vacances prises (dos. CCh 528), puis fait corriger ceux de juillet à septembre 2021, du fait notamment des départs de quelques travailleurs (dos. CCh 526 s.) et reçu un décompte pour octobre 2021 (dos. CCh 517). Par courriel du 14 décembre 2021, elle a prié la recourante de remplir un questionnaire à propos des employés sur appel (dos. CCh 499 ss.). Elle a aussi surtout demandé à l'intéressée de préciser, dans ses décomptes, si ses employés travaillaient sur appel et de s'assurer que les salaires déclarés correspondent aux salaires perçus, que l'employé soit rémunéré mensuellement, à l'heure ou sur appel. Dans ce contexte, elle a expliqué qu'il était question d'un rapport de travail sur appel, si l'employé était rémunéré à l'heure mais qu'aucun taux de travail fixe n'était convenu. La caisse a aussi signalé que ce type de rapport de travail devait être indiqué dans les décomptes et qu'il convenait également de déclarer le taux d'activité de chaque travailleur sur appel au moyen du formulaire correspondant (dos. CCh 500 s.). Le même jour, dans un questionnaire où était posée, entre autres, la question de savoir, notamment, si la recourante employait des travailleurs sur appel, la recourante a rempli la case "oui" ("Ja"; dos. CCh 494). Elle en a fait de même dans son nouveau décompte d'octobre 2021, en ce qui concerne plusieurs de ses employés, en inscrivant cette indication dans la colonne: "sur appel oui/non" ("auf Abruf

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 17 Ja/Nein"; dos. CCh 489). Cette colonne est ensuite restée vierge dans le décompte de novembre 2021, du 29 novembre 2021 (dos. CCh 476). Dans un e-mail du 4 janvier 2022, la caisse de chômage a par ailleurs fait savoir qu'elle avait remarqué des différences au niveau des informations relatives aux taux d'activité et aux salaires moyens communiqués, s'agissant des travailleurs sur appel. Elle a donc demandé à la recourante d'exposer comment elle avait calculé ces moyennes. Elle l'a également avertie qu'elle allait transmettre le questionnaire rempli par la recourante à l'intimé, afin qu'il se prononce sur le droit aux prestations de juillet à septembre 2021 (dos. CCh 468; voir aussi dos. CCh 365, à propos de décembre 2021). La caisse de chômage a donc sollicité l'intimé le lendemain, en relevant qu'il fallait examiner si certains employés travaillaient sur appel (dos. CCh AC 466). Celui-ci a alors rendu sa décision en reconsidération du 10 janvier 2022. 5.2.2 A la même date, l'intéressée a tout d'abord confirmé qu'elle employait des travailleurs sur appel et confié que le salaire de ceux-ci variait d'un mois à l'autre (dos. CCh 406). Puis, après un courriel relatif aux décomptes de décembre 2021, aux termes duquel la caisse de chômage avait prié la recourante de lui remettre le "questionnaire pour les travailleurs sur appel [...] depuis la période de calcul de juillet 2021" (dos. CCh 399), la recourante a indiqué qu'elle avait décidé de consulter un avocat, afin d'établir si ses employés devaient être qualifiés de travailleurs sur appel (dos. CCh 389 et 398). La recourante aurait alors déclaré que ses travailleurs n'avaient pas des horaires réguliers, puisque leurs cours étaient planifiés de manière très différente. Ainsi, elle aurait relaté que les cours en entreprises étaient organisés sur un an (ou par exemple en juillet/août), alors que les cours intensifs, à l'heure de midi ou le soir, l'étaient selon les inscriptions (dos. CCh 378). Le 21 janvier 2022, la caisse de chômage s'est alors entretenue par téléphone avec une mandataire de la recourante, qui aurait ajouté que les contrats de travail étaient limités aux cours, de sorte qu'ils étaient prolongés automatiquement si le cours était poursuivi, mais qu'ils prenaient fin dans le cas contraire. Elle a évoqué que des possibilités de résiliation étaient prévues, avec en principe un préavis d'un mois au cours de la première année. Elle a de plus expliqué qu'aucun taux d'activité n'était prévu (ni en heure, ni en pourcentage), le nombre de cours pouvant

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 18 varier d'un mois à l'autre (dos. CCh 358). Le 24 janvier 2022, la recourante a encore remis un relevé des heures effectuées par ses employés concernés par une réduction de l'horaire de travail pour les mois de septembre 2019 à mars 2020 (dos. CCh 350 à 355). La caisse de chômage a toutefois demandé à la recourante d'établir ce relevé seulement pour ses travailleurs sur appel (dos. CCh 349). Après avoir vérifié l'ampleur des fluctuations des heures effectuées, la caisse de chômage a informé que le seuil maximal de fluctuation admis était dépassé et que les travailleurs concernés ne pouvaient être considérés comme des employés rémunérés à l'heure et soumis à un horaire de travail ordinaire. Il fallait au contraire leur reconnaître la qualité de travailleurs sur appel. Elle a donc invité la recourante à corriger ses décomptes (dos. CCh 344, voir aussi dos. CCh 226 et 231), en prenant en compte que le personnel sur appel n'avait pas droit aux indemnités (dos. CCh 224). Le 4 avril 2022, la recourante a remis ses décomptes de 2020/2021 sans nouvelle correction, en affirmant qu'elle n'employait pas de travailleurs sur appel (dos. CCh 192).

5.3 Au vu de ce qui précède, force est d'abord de relever que les rapports contractuels qui unissent les enseignants de la recourante à cette dernière ont été de longue durée. C'est ce qui doit en effet être déduit des explications de l'intéressée, qui a indiqué que leur contrat de travail pouvait être résilié avec un préavis d'un mois "au cours de la première année". Cela se confirme d'ailleurs au regard du contrat de travail produit en procédure d'opposition, qui précise que le délai de résiliation, après la première année de service, est ensuite de deux mois (dos. OAC 57, ch. 5). Certes, l'intéressée a rétorqué que l'engagement des enseignants dépendait de l'offre des cours et que, si ceux-ci n'étaient pas reconduits, la relation de travail prenait fin. Le contrat le stipule d'ailleurs effectivement, puisqu'il en résulte que les rapports de travail débutent avec la première leçon donnée et se limitent à la durée d'un cours en particulier. Quoiqu'il en soit, l'accord prévoit la reconduction automatique du contrat, s'il s'avère que le cours en question est poursuivi par la suite (ch. 1 du contrat de travail; dos. OAC 56). De même, on ne saurait ignorer que, dans la procédure d'opposition, la recourante a évoqué que même si l'engagement était limité à un cours en particulier, plusieurs de ces enseignements se chevauchaient en réalité. Elle a ajouté que ces cours étaient d'ailleurs

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 19 toujours poursuivis, si bien que les rapports de travail étaient systématiquement prolongés, aucune résiliation n'étant du reste jamais survenue du fait de l'abandon d'un cours (p. 9 n° 20 de l'opposition du 1er février 2022; voir aussi doc. 5 annexé au courrier de la recourante du 10 mai 2022). On peut d'ailleurs relever des décomptes que la recourante a produits que presque tous les employés annoncés auprès de la caisse de chômage travaillaient alors pour l'intéressée depuis plusieurs années (dos. CCh 67 à 144, voir aussi dos. CCh 452 s., 463 s. 565 s. et 605 s.). En outre, dans la mesure où la recourante a écrit que la rémunération de ses enseignants dépendait de l'offre de cours (soit des inscriptions), elle a donc confirmé que ses employés étaient sollicités en fonction du volume de travail disponible. De même, il résulte du dossier (voir dos. CCh 454, 478, 521, 556 et 568, dont il apparaît p. ex. que le premier collaborateur cité n'a pas eu le même horaire d'un mois à l'autre, voire parfois même d'une semaine à l'autre) que les travailleurs de la recourante ne sont soumis ni à un taux d'activité fixe, ni à un certain horaire. En outre, il faut également signaler que c'est à tort que la recourante a rétorqué, dans son opposition, qu'il ne pouvait être question de rapports de travail sur appel, motif pris que ses travailleurs ne devaient pas se tenir prêt à se mettre à son service, puisqu'ils pouvaient enseigner dans d'autres établissements (idem, p. 10 n° 22 s.). En effet, la recourante méconnaît en la

matière la distinction entre un rapport de travail sur appel "improprement dit", qui permet à l'employé de refuser de répondre à la demande de l'employeur (voir c. 5.1) et une succession de rapports de travail de durée déterminée. Or, alors que cette distinction repose sur l'existence d'un contrat-cadre entre les parties, force est de constater qu'une telle convention existe à l'égard des enseignants de la recourante (dos. CCh 56 s.). En effet, il apparaît des contrats de travail conclus entre la recourante et ses employés que ces documents ne sont pas établis pour chaque cours, mais au contraire afin de régir les rapports des parties de manière globale. Ainsi, le contrat ne précise notamment pas l'intitulé du cours concerné par la convention. De plus, même si un salaire horaire y est prévu, cet écrit précise néanmoins que la rémunération doit être arrêtée par écrit avant le début du travail, selon la fonction, la formation et l'expérience du travailleur (voir ch. 4 du contrat de travail; dos. OAC 57). Par ailleurs, le travailleur s'oblige notamment à ne pas faire concurrence à la recourante, à savoir qu'il s'engage à ne pas

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 20 proposer de cours à titre privé envers des clients de cette dernière, à ne pas divulguer à des tiers l'adresse des participants à ses cours ou à en faire usage dans le cadre d'une activité propre, de même qu'à restituer le matériel confié à la fin des rapports de travail (ch. 3 du contrat de travail; dos. OAC 56). Comme évoqué, le contrat prévoit également des règles sur la résiliation des rapports de travail, mais aussi au sujet de la couverture par les assurances sociales, ainsi qu'à propos du droit aux vacances (ch. 6 à 8 du contrat de travail; dos. OAC 57). Dans cette mesure, une telle convention doit être considérée comme un contrat-cadre. Par conséquent, la relation contractuelle qui unit les travailleurs de la recourante avec cette dernière constitue un rapport de travail sur appel, en l'occurrence improprement dit. C'est donc à bon droit que l'intimé est parvenu à ce résultat dans la décision sur opposition attaquée. 5.4 Du fait de ce résultat, il y a lieu d'en tirer une première conclusion, à savoir que le droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail ne peut être reconnu pour les mois d'octobre et de novembre 2021, comme l'intimé l'a aussi évoqué dans la décision sur opposition attaquée (en se référant toutefois à tort à l'art. 4 al. 1bis ordonnance COVID-19 assurance- chômage COVID-19, qui vise surtout les travailleurs au bénéfice d'un contrat de travail de durée déterminée; voir p. 4 § 5 de la décision sur opposition du 4 avril 2022). En effet, dès le 1er octobre 2021, l'exception prévue par l'art. 8f ordonnance COVID-19 assurance-chômage à l'art. 31 al. 3 let. a LACI n'était plus applicable, si bien qu'il n'existait plus de droit aux indemnités en faveur des travailleurs sur appel à compter de ce mois. 6. Il sied ensuite d'examiner si c'est à juste titre également que l'intimé a retenu que le droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail ne pouvait être reconnu en faveur des travailleurs sur appel, motif pris que les mesures ordonnées par le Conseil fédéral n'avaient pas empêché la reprise complète du travail dans l'entreprise. 6.1 Selon l'art. 8f al. 2 let. b ordonnance COVID-19 assurance-chômage (dans sa teneur en vigueur du 1er juillet au 30 septembre 2021), le droit aux

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 21 indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur des travailleurs sur appel était en particulier subordonné à la condition que des mesures ordonnées par les autorités empêchent la reprise complète du travail dans l'entreprise. Dans sa directive 2020/04 du 3 avril 2020, le SECO a précisé que les mesures prises par les autorités en raison de la pandémie étaient à considérer comme des circonstances

extraordinaires, de sorte que les pertes de travail occasionnées par ces mesures entraînent dans le cadre de la réglementation spéciale de l'art. 32 al. 3 LACI et de l'art. 51 OACI. Les employeurs devaient toutefois exposer de manière crédible dans quelle mesure les pertes de travail étaient à mettre sur le compte des mesures prises par les autorités en raison de la pandémie (p. 5 des Directives 2020/04). Dans un communiqué du 23 juin 2021, le SECO a ajouté que, jusqu'au 30 septembre 2021, les travailleurs sur appel au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée pouvaient faire valoir le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail à condition que les mesures ordonnées par les autorités "continuent à limiter de manière notable l'activité de l'entreprise" (voir le communiqué de presse du 23 juin 2021 à l'adresse: www.seco.admin.ch, "Le SECO", "Communiqués de presse 2021 - SECO"). 6.2 En l'occurrence, comme déjà mentionné, l'interdiction des activités présentielle dans les établissements de formation, assouplie dès le 2 avril 2020, puis levée le 6 juin 2020 à la condition qu'un plan de protection ait été prévu, a pris fin avec l'abrogation de l'ordonnance 2 COVID-19 au 23 juin 2020 (voir c. 2.4). Toutefois, durant les mois de juillet à septembre 2021 était en vigueur (dans sa teneur au 26 juin 2021) l'ordonnance fédérale du 23 juin 2021 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (ordonnance COVID-19 situation particulière, RS 818.101.26). L'art. 6 al. 1 de cette ordonnance imposait à toute personne se trouvant dans les espaces clos accessibles au public des installations et des établissements de porter un masque facial. L'art. 6 al. 2 let. c de l'ordonnance prévoyait néanmoins une exception dans les établissements de formation, dans la mesure où le port d'un masque facial compliquait considérablement la prise en charge de l'enseignement. Cette exception avait également été appliquée dans le canton de Berne, dans les institutions de formation (voir pour le détail: art.

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 22 2 al. 2 de l'ordonnance fédérale et art. 9, en relation avec l'art. 10 al. 2 let. c de l'ordonnance cantonale du 4 novembre 2020 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 [O COVID-19, RSB 815.123], dans sa teneur au 5 novembre 2020), l'obligation du port du masque dans les écoles ayant quoi qu'il en soit été levée dès le 26 juin 2021 (ROB 20-113, 21-054; voir également le communiqué de presse du 24 juin 2021 à l'adresse: www.be.ch, "Prestations", "Médias", "Communiqués de presse"). De plus, des quarantaines étaient prévues en cas de contact étroit avec une personne infectée ou probablement infectée (art. 7), ainsi que des isolements, s'agissant des personnes atteintes du COVID-19 ou ayant contracté le virus du SARS-CoV-2 (art. 9). 6.3 Au regard de ce qui précède, même s'il n'est pas remis en cause que le chiffre d'affaires de la recourante a diminué depuis la survenance de l'épidémie de COVID-19 (dos. OAC 143 et 199), on ne saurait pour autant reconnaître qu'elle a subi une perte de travail notable, du fait des mesures du Conseil fédéral. Certes, ainsi que l'intimé l'a évoqué dans la décision sur opposition contestée, il va de soi que le respect des règles de distanciation sociale (voir art. 10 al. 1 et ch. 1.3 de l'annexe 1 à l'ordonnance COVID-19 situation particulière) a limité les places disponibles dans les salles de cours. Toutefois, en tant que la recourante en déduit qu'elle a dû renoncer à organiser certains cours, par manque de participants, son raisonnement ne peut être suivi. Les cours étant organisés selon les inscriptions, ainsi que la recourante l'a expliqué, on peut certes imaginer que certains participants n'ont pas pu être attribués à une classe, ce qui a pu causer à la recourante un manque à gagner. Or, même s'ils ont eu moins d'élèves en classe, les enseignants n'ont pas pour autant été empêchés de dispenser leurs leçons. L'avis de la recourante se rapportant aux mesures de quarantaine et

d'isolement ne peut non plus être partagé. En effet, la recourante s'est à ce propos limitée à relater qu'en cas de contact avec une personne infectée, ses enseignants étaient tenus à une quarantaine ou à un isolement et qu'ils ne pouvaient plus assumer leurs leçons (dos. CCh 244). En l'occurrence, s'il est constant que ces mesures ont pu provoquer des complications organisationnelles, il n'est néanmoins pas compréhensible qu'elles aient empêché la tenue des cours. Et pour cause, puisque la recourante emploie des enseignants sur appel, dont

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 23 l'engagement pouvait être aisément aménagé, de sorte à assurer des remplacements. Le programme des cours pouvait du reste lui-aussi être rediscuté avec les participants, ce qui était d'autant moins difficile que leur nombre par classe était restreint. L'impact de cette mesure aux cours des mois litigieux doit aussi être relativisé, du fait que la recourante a précisé qu'elle dispensait moins de cours en août, du fait des vacances (dos. OAC 199). On ne saurait donc conclure que les mesures d'isolement ou de quarantaine ont causé une perte de travail importante. Cela vaut d'autant plus que, même si elles n'avaient pas été ordonnées, la recourante aurait quand même eu à compter avec des absences accrues de ses enseignants, du fait de la circulation du virus. Quant à l'obligation de porter un masque facial, il est logique qu'elle ait compliqué le travail des formateurs et réduit l'attrait des cours, comme la recourante l'a fait valoir (dos. CCh 244). Néanmoins, elle omet qu'elle pouvait faire usage de l'exception à l'obligation du port du masque, visant spécifiquement les établissements de formation (voir c. 6.2). En outre, comme l'intimé l'a écrit, cette mesure n'a ni empêché l'enseignement, ni le suivi des cours en tant que tel. Il ne faut pas non plus perdre de vue que l'attrait pour de tels cours n'a pas seulement été péjoré par l'obligation du port du masque, mais aussi par les risques de contamination dus à la pandémie. On ne peut non plus oublier que la recourante avait également indiqué, le 14 décembre 2021, que l'offre de cours avait dû être réduite parce que les entreprises et autorités en faveur desquelles elle dispensait des leçons avaient des difficultés financières et avaient dû réduire leurs dépenses (dos. CCh 493; dos. OAC 141 et 200; p. 2 § 4 du recours). Dans ces circonstances, la recourante échoue non seulement à démontrer que la réduction de ses activités a engendré une perte de travail importante, mais aussi que celle-ci est imputable à l'obligation du port du masque. Enfin, la recourante ne peut rien déduire non plus en sa faveur du fait que les séjours linguistiques n'ont plus pu être organisés, parce que les pays devant les accueillir figuraient sur la liste des Etats à risque, établie par les autorités. En effet, d'après le site internet de l'intéressée (voir www.interlangues.org, "Séjours"), il apparaît que dans ce contexte, celle-ci "collabore avec des écoles de langue établies à l'étranger". Ces séjours ne mettent donc pas à contribution les enseignants de la recourante, mais concernent uniquement son personnel administratif, ce qu'a aussi relevé l'intimé. Or, puisque la

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 24 décision sur opposition querellée ne remet pas en cause l'octroi d'indemnités pour cette catégorie d'employés, qui n'est pas au bénéfice de contrats sur appel (p. 3 § 2 du recours et p. 1 § 2 du courrier de la recourante du 10 mai 2022), c'est à juste titre que l'intimé n'a en la matière pas non plus admis qu'il pouvait en résulter une perte de travail. En définitive, c'est donc à bon droit également que celui-ci a retenu que les mesures des autorités n'avaient pas empêché la reprise complète du travail dans l'entreprise de la recourante. 7. Enfin, force est encore de constater que c'est aussi à raison que l'intimé a refusé d'allouer une indemnité à la recourante pour la procédure d'opposition. En effet, selon l'art. 52 al. 3 LPGA, il ne peut, en règle générale, être alloué de dépens dans cette

procédure. L'octroi de dépens en procédure d'opposition n'est autorisé et indiqué qu'à une seule condition. En effet, l'opposant qui, en cas de perte du procès, aurait pu prétendre à l'assistance judiciaire, a droit à des dépens s'il obtient gain de cause (ATF 140 V 116 c. 3.3; SVR 2018 EL n° 18 c. 8.2). Cette condition n'est toutefois pas réalisée dans le cas présent. Le recours doit donc aussi être rejeté sur ce point. 8. Il s'ensuit que le recours s'avère mal fondé et doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable. Il n'est en effet rien à redire à la décision sur opposition contestée du 4 avril 2020, en tant que l'opposition du 1er février 2022 a été rejetée, sous suite de frais et dépens et qu'il a par conséquent été confirmé qu'un droit à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail devait être exclu en faveur des travailleurs sur appel de la recourante, s'agissant des mois de juillet à novembre 2021. Durant cette période, les mesures prises par les autorités n'avaient en effet pas empêché la reprise complète du travail dans l'entreprise.

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 12 novembre 2022, 200.2022.261.AC, p. 25 9.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.