C O U R D E S A S S U R A N C E S S O C I A L E S

Arrêt du 27 octobre 2021

Composition : Mme D E S S A U X , juge unique
Greffière : Mme Tedeschi

* * * * *

Cause pendante entre :

W._____, à [...], recourante,

et

SERVICE DE L'EMPLOI, INSTANCE JURIDIQUE, à Lausanne, intimé.

Art. 38, 39, 49, 52 et 55 al. 1bis LPGA ; 11b al. 2 et 34 al. 1bis PA ; 8 à 10 OCEI-PA.

E n f a i t :

A. Le 26 septembre 2020, W._____ (ci-après : la société ou la recourante), dont l'administrateur est B._____, a remis au Service de l'emploi (ci-après : le SDE ou l'intimé) un préavis, dans lequel elle a requis la prolongation de mesures de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) en faveur de sa dernière employée, D._____, chargée administrative, juridique et comptable – le reste de l'équipe ayant été licencié pour des raisons économiques –, pour la période du 1er septembre au 31 décembre 2020.

Dans un courriel du 6 novembre 2020, D._____ a indiqué au SDE que la demande de RHT la concernait en sa qualité de salariée – et non pas son frère, B._____, dirigeant de la société – et a notamment fait parvenir une copie de de son contrat de travail.

Par décision du 17 décembre 2020, communiquée uniquement par courriel du même jour à D._____, le SDE a rejeté la demande de la société.

Par acte du 2 février 2021, la société s'est opposée à la décision du 17 décembre 2020, concluant à sa réforme, en ce sens de l'admission des mesures de RHT entre le 1er septembre et le 31 décembre 2020.

Aux termes d'un courriel du 4 février 2021, remis à D._____, le SDE a constaté un retard dans le dépôt de l'acte d'opposition et imparti un délai au 16 février 2021 à la société pour le justifier de façon probante. Il a expressément averti qu'à défaut de réponse, il rendrait une décision d'irrecevabilité.

Dans un courriel de réponse du même jour, D._____ a indiqué au SDE ne plus faire partie du personnel de la société, de sorte qu'il devait s'adresser par voie postale à son siège.

Toujours par courriel du 4 février 2021, le SDE a retransmis sa communication du même jour à B._____.

Se déterminant le 15 février 2021, la société a fait valoir l'irrégularité de la notification de la décision du 17 décembre 2020, indiquant que par courriel du 17 décembre 2020, le SDE avait remis la décision de refus de mesures de RHT à l'adresse électronique de D._____ ; celle-ci avait toutefois été licenciée le 1er décembre 2020 pour des raisons économiques et libérée de son obligation de travailler entre le 15 décembre et le 31 décembre 2020, éléments pour lesquels la société a produit ses courriers des 27 novembre et 14 décembre 2020 à D._____. L'intéressée a exposé que ce n'était qu'en date du 4 janvier 2021 que D._____ avait communiqué la décision litigieuse à B._____, moment auquel ce dernier avait pu en prendre connaissance pour la première fois. A cet égard, la société a produit une copie du courriel du 4 janvier 2021 de D._____ à B._____, à teneur duquel elle lui retransmettait le courriel du 17 décembre 2020 du SDE. Le délai légal d'opposition avait ainsi commencé à courir dès la transmission du 4 janvier 2021, de sorte que l'acte d'opposition remis le 2 février 2021 au SDE l'avait été dans les temps.

Par décision sur opposition du 12 mai 2021, le SDE, Instance juridique, a déclaré l’opposition du 2 février 2021 de la société irrecevable, en raison de sa tardivité. Il a considéré que la décision du 17 décembre 2020 lui avait été communiquée le jour même par courriel, de sorte qu’elle était entrée dans la sphère d’influence de la société à cette date. A cet égard, le SDE a souligné qu’il n’était pas nécessaire que l’intéressée ait effectivement pu en prendre connaissance, l’élément déterminant étant qu’elle ait été en mesure de le faire. Ainsi, on devait retenir que la décision litigieuse avait été notifiée le 17 décembre 2020 et que le délai d’opposition avait commencé à courir le 3 janvier 2021 – en raison des féries de fin d'année – pour arriver à échéance le 1er février 2021. En déposant son acte d'opposition le 2 février 2021, la société avait ainsi agi tardivement. Par ailleurs, les éléments au dossier ne permettaient pas une restitution du délai légal d’opposition, étant donné que D._____ avait été

mentionnée comme personne de contact dans le préavis du 26 septembre 2020, que le SDE avait uniquement communiqué avec D._____ durant la phase d'instruction, que la société n'avait pas averti le SDE du licenciement de cette employée et que le SDE ne connaissait pas l'adresse électronique de B._____ avant le courriel du 4 février 2021.

B. Par acte du 11 juin 2021, W._____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal à l'encontre de la décision sur opposition du 12 mai précédent, concluant à sa réforme (intitulée, à tort, annulation), en ce sens, principalement, que l'opposition du 2 février 2021 soit considérée comme recevable et que l'irrégularité de la notification de la décision du 17 décembre 2020 soit constatée, et, subsidiairement, que lui soit accordée la restitution du délai d'opposition. Dans les deux cas, elle a également conclu à ce que l'intimé se prononce sur le droit aux indemnités pour RHT dans un délai raisonnable et soit condamné à lui octroyer les indemnités pour RHT pour la période du 1er septembre au 31 décembre 2020. En substance, la recourante a repris les arguments développés dans ses déterminations du 15 février 2021, se prévalant de l'irrégularité de la notification de la décision du 17 décembre 2020, ajoutant ne jamais avoir exprimé son accord à la notification électronique de la décision et arguant que D._____ n'était pas une représentante légale de la société, mais une simple employée, élément dont l'intimé avait connaissance. A titre subsidiaire, elle a fait valoir que le délai pour s'opposer devait lui être restitué, notamment en raison de l'état de santé de B._____ durant les mois de janvier et février 2021, et s'est déterminée sur le fond.

Par réponse du 13 juillet 2021, l'intimé a conclu au rejet du recours, reprenant pour l’essentiel les considérations contenues dans sa décision sur opposition.

Dans sa réplique du 12 août 2021, la recourante a maintenu ses conclusions du 11 juin précédent, ajoutant néanmoins requérir « des dommages et intérêts pour abus de pouvoir d'appréciation et pour violation des principes de bonne foi et d'égalité de traitement ». En

substance, elle s'est déterminée sur la notification des décisions au siège social des sociétés et sur la procédure relative à la communication des décisions administratives, notamment la nécessité d'une signature électronique. De surcroît, elle a produit une attestation de témoin écrite du 27 juin 2021 de D._____.

Dans sa duplique du 1er septembre 2021, l'intimé a maintenu ses conclusions du 13 juillet précédent et s'est opposé à la prise en compte par la Cour de céans de l'attestation du 27 juin 2021 de D._____.

Le 24 septembre 2021, la recourante s'est déterminée et a ajouté requérir des dommages et intérêts pour formalisme excessif.

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. **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 en matière d’assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l’assurance-chômage obligatoire et l’indemnité en cas d’insolvabilité ; RS 837.0]). 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 LPGA ; 100 al. 3 LACI et 128 al. 2 OACI [ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l’assurance-chômage obligatoire et l’indemnité en cas d’insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l’occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les

autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

c) Vu la valeur litigieuse inférieure à 30’000 fr., la cause est de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. En l’espèce, la question litigieuse porte sur la recevabilité de l’opposition du 2 février 2021 déposée à l’encontre d’une décision du 17 décembre 2020 de refus d’octroi d’indemnités RHT, singulièrement de déterminer si elle a été formulée en temps utile.

En revanche, la Cour de céans n’a pas à se prononcer sur le fond du litige, de sorte que toutes les conclusions de la recourante prises en relation avec le versement des indemnités pour RHT, y compris celles tendant à des dommages-intérêts en raison de la violation des principes de la bonne foi et de l'égalité de traitement, ainsi que pour abus du pouvoir d'appréciation, en raison du présumé refus injustifié, sur le fond, de l'intimé de verser les indemnités RHT sollicitées, sont irrecevables.

S'agissant de la conclusion de la recourante visant à des dommages-intérêts pour formalisme excessif, il est rappelé que les prétentions éventuelles à des dommages-intérêts fondées sur le droit interne doivent faire l'objet, suivant la procédure applicable aux actions en responsabilité, de demandes devant les tribunaux compétents (ATF 129 V 411 consid. 1.3 et 1.4 ; 126 V 64 consid. 5b et les références). Faute de compétence matérielle de la Cour de céans, appelée à statuer sur une demande de prestations d’assurance sociale, cette conclusion doit ainsi être déclarée irrecevable.

3. **a)** Selon l'art. 52 al. 1 LPGA, les décisions peuvent être attaquées dans les 30 jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure.

L’art. 38 LPGA prévoit que si le délai, compté par jours ou par mois, doit être communiqué aux parties, il commence à courir le lendemain de la communication (al. 1). Lorsque le délai échoit un samedi, un dimanche ou un jour férié selon le droit fédéral ou cantonal, son terme est reporté au premier jour ouvrable qui suit. Le droit cantonal déterminant est celui du canton où la partie ou son mandataire a son domicile ou son siège (al. 3). Aux termes de l'art. 39 al. 1 LPGA, les écrits doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai à l'assureur ou, à son adresse, à La Poste suisse ou une représentation diplomatique ou consulaire suisse. Cette disposition pose le principe de l'expédition pour les envois d'une partie à l'autorité administrative ou judiciaire. Ainsi, lorsque l'envoi se fait par voie postale, ce qui en pratique est la règle, le critère déterminant pour l'observation du délai n'est pas le fait que l'écrit soit arrivé le dernier jour du délai auprès de l'autorité (principe de réception), mais qu'il ait été remis à la Poste suisse le dernier jour du délai. Dans ce dernier cas, c'est le sceau postal qui permettra de prouver le dépôt de l'envoi avant l'échéance du délai (ATF 145 V 90 consid. 6.1.1).

b) S’agissant d’un acte soumis à réception, la décision est considérée comme valablement notifiée au moment où elle entre dans la sphère de puissance de l’assuré et que ce dernier est à même d’en prendre connaissance. Il n’est en revanche pas nécessaire qu’il en ait effectivement pris connaissance (ATF 142 III 599 consid. 2.4.1 ; ATF 117 V 131 consid. 4a ; TF 8C_124/2019 du 23 avril 2019 consid. 9.2).

S'agissant plus particulièrement de la notification d'une décision ou d'une communication de l'administration, il convient de relever que, selon la jurisprudence, le fardeau de la preuve incombe en principe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique et que la circonstance doit au moins être établie avec le degré de vraisemblance prépondérant exigé en matière d'assurances sociales (ATF 124 V 400 consid. 2b ; 121 V 5 consid. 3b). L'autorité supporte donc les conséquences de l'absence de preuve en ce sens que si la notification ou sa date est contestée et s'il existe effectivement des doutes à cet égard,

elle se fondera sur les déclarations du destinataire de l'envoi (ATF 129 I 8 consid. 2.2 ; 124 V 400 consid. 2a).

Par ailleurs, la notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour la personne assurée (art. 49 al. 3, 3e phrase, LPGA). Cependant, la jurisprudence n'attache pas nécessairement la nullité à l'existence de vices dans la notification. La protection des parties est suffisamment garantie lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité. Il convient à cet égard de s'en tenir aux règles de la bonne foi qui imposent une limite à l'invocation du vice de forme (ATF 111 V 149 consid. 4c).

c) Aux termes de l’art. 49 al. 1 LPGA, l’assureur doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l’intéressé n’est pas d’accord. Pour le surplus, il n'existe pas dans la procédure en matière d’assurances sociales de réglementation quant à la manière dont les institutions d'assurance doivent notifier leurs décisions (ATF 142 III 599 consid. 2.4.1). A cet égard, l'art. 55 al. 1bis LPGA prévoit uniquement une délégation de compétence en faveur du Conseil fédéral, qui peut déclarer applicables à la procédure en matière d'assurances sociales les dispositions de la PA (loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative ; RS 172.021) relatives à la communication électronique avec les autorités.

Selon l’art. 55 al. 1 LPGA, les points de procédure qui ne sont pas réglés de manière exhaustive aux art. 27 à 54 de cette loi ou par les dispositions des lois spéciales sont régis par la PA. Cette disposition pose le principe d’une application subsidiaire (« *ergänzend* », à titre complémentaire) de la PA à la procédure en matière d’assurances sociales. Il peut être fait application de la PA pour les points de procédure qui ne sont pas réglés de manière exhaustive (Valérie Défago Gaudin, in : Dupont / Moser-Szeless [edit.] Commentaire romand de la Loi sur la partie générale des assurances sociales, Bâle 2018, no 6-7 ad art. 55 LPGA).

d) Parmi les dispositions de la PA visées par l'art. 55 al. 1bis LPGA figurent notamment l'art. 11b al. 2 PA, qui prévoit que les parties peuvent indiquer une adresse électronique et accepter que les notifications leur soient faites par voie électronique, ainsi que l'art. 34 al. 1bis PA, lequel prescrit que la notification peut être faite par voie électronique aux parties qui ont accepté cette forme de transmission, la décision étant alors munie d'une signature électronique au sens de la SCSE (la loi fédérale du 18 mars 2016 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques, loi sur la signature électronique ; RS 943.03) et que le Conseil fédéral règle le type de signature à utiliser (let. a), le format de la décision et des pièces jointes (let. b), les modalités de la transmission (let. c) et le moment auquel la décision est réputée notifiée (let. d). Les dispositions d'exécution font l'objet de l'OCEI-PA (ordonnance du Conseil fédéral du 18 juin 2010 sur la communication électronique dans le cadre de procédures administratives ; RS 172.021.2 ; Valérie Défago Gaudin, op. cit., no 14 ad art. 55 LPGA).

Une base légale est nécessaire pour la communication électronique des administrés avec les autorités puisqu'une telle communication ne satisfait pas à l'exigence de la signature manuscrite découlant de la forme écrite. En l'état, une telle base légale fait défaut dans la LPGA puisque le Conseil fédéral n'a pas fait usage de la compétence qui lui est donnée par l'art. 55 al. 1bis LPGA. Il n'est pas non plus admissible de se fonder sur l'art. 55 al. 1 LPGA qui permet l'application à titre subsidiaire de la PA, car la LPGA ne contient pas de disposition qui serait susceptible d'être complétée par la PA. Par conséquent, la communication électronique des administrés avec les autorités d'assurances sociales n'est pas possible (ATF 145 V 90 consid. 6.2.1 et les références citées ; Valérie Défago Gaudin, op. cit. no 16 ad art. 55 LPGA).

4. **a)** En l'occurrence, il est établi que la décision du 17 décembre 2020 a été uniquement adressée à D._____ par courriel du même jour et qu'à cette date, elle avait été libérée de son obligation de travailler par la

recourante. Or, la LPGA ne comporte pas de disposition de procédure régissant la communication électronique. Les art. 11b al. 2 et 34 al. 1bis PA régissant le domicile de notification et la notification électronique ne sauraient trouver application, étant rappelé que cette législation est subsidiaire à la LPGA et que le Conseil fédéral ne l'a à ce jour pas encore déclarée applicable aux procédures régies par la LPGA. Il ne peut donc qu'être constaté, faute de base légale, l'irrégularité de la notification de la décision susmentionnée par voie électronique, laquelle ne doit entraîner aucun préjudice pour la recourante (art. 49 al. 3 LPGA).

b) Par surabondance de droit, il sera relevé que même si la notification de décisions par voie électronique était autorisée par la LPGA, l'intimé n'aurait en aucun cas respecté les prescriptions de l'OCEI-PA. En effet, selon l'art. 8 OCEI-PA, l'autorité peut notifier par voie électronique une décision à une partie à condition qu'elle ait expressément accepté cette forme de communication dans la procédure en cause (al. 1) et cette acceptation doit être communiquée par écrit, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit signée (al. 3), l'art. 9 OCEI-PA précisant par ailleurs que la notification passe par une plateforme reconnue (al. 1). En l'occurrence, aucune de ces exigences n'aurait été respectée, de telle sorte que les arguments de l'intimé relatifs à l'acceptation tacite d'une communication électronique par la recourante tombent à faux en l'absence d'acceptation écrite expresse, tout comme la référence de l'intimé au Bulletin LACI RHT no 33 du SECO s'agissant de la communication de « document valable sans signature », faute d'utilisation d'une plateforme reconnue.

c) En l'occurrence, l'intimé n'étant pas en mesure d'apporter la preuve de la date exacte de la notification de la décision du 17 décembre 2020 – élément dont le fardeau de la preuve lui incombe –, on s'en tiendra, en l'absence d'éléments probants contraires, aux indications fournies par la recourante, laquelle indique que son représentant légal, soit B._____, lequel est dûment mentionné sur l'extrait du Registre du commerce de la recourante et indiqué comme personne responsable dans la demande de mesures RHT du 26 septembre 2020, l'a reçu en date du 4 janvier 2021 seulement, par transmission par

courriel du même jour de D._____. Aucun élément au dossier ne permet d'ailleurs d'apporter la preuve d'une prise de connaissance de la décision sur opposition litigieuse par la recourante antérieurement au 4 janvier 2021. Dès lors, en déposant son acte d'opposition le 2 février 2021 – le délai de 30 jours échéant le 3 février 2021 – sous pli recommandé auprès d'un office de Poste suisse, la recourante n'a pas agi tardivement. Par conséquent, son opposition est recevable.

5. **a)** En définitive, le recours interjeté par W._____ est admis. La décision sur opposition du 12 mai 2021 de l'intimé doit dès lors être annulée, la cause lui étant renvoyée pour qu'il entre en matière sur l'opposition formulée le 2 février 2021 par la recourante.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGA), ni d'allouer de dépens, la partie recourante ayant procédé sans mandataire qualifié (ATF 127 V 205 consid. 4b).

Par ces motifs,
le juge unique
p r o n o n c e :

I. Le recours est admis.

II. La décision sur opposition rendue le 12 mai 2021 par le Service de l'emploi, Instance juridique, est annulée, la cause lui étant renvoyée pour qu'il entre en matière sur l'opposition déposée le 2 février 2021 par W._____ contre la décision du 17 décembre 2020.

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

La juge unique : La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- W._____,
- Service de l'emploi, Instance juridique,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

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

La greffière :