

Audience publique du 23 mars 2011

Recours formé par
Madame ..., ...
contre une décision du directeur de l'administration de l'Emploi
en matière d'aide au réemploi

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 27252 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif en date du 27 août 2010 par Maître Catherine Graff, avocat à la Cour, inscrite au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Madame ..., demeurant à L-..., tendant principalement à la réformation et subsidiairement à l'annulation d'une décision du 28 mai 2010 du directeur de l'administration de l'Emploi portant refus de l'octroi de l'aide au réemploi ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 15 novembre 2010 ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision critiquée ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport ainsi que Maître Gilles Dall'Agnol, en remplacement de Maître Catherine Graff, et Madame le délégué du gouvernement Betty Sandt en leurs plaidoiries respectives.

Par contrat de travail du 12 août 2009, prenant effet le même jour, Madame ... fut engagée en qualité de « *Corporate Advisor* » par la société à responsabilité limitée ..., ci-après désignée par la « société ... ».

En date du 16 novembre 2009, Madame ... introduisit une demande d'octroi de l'aide au réemploi auprès de l'administration de l'Emploi.

Par décision du 28 mai 2010, le directeur de l'administration de l'Emploi, désigné ci-après par « le directeur », refusa d'accorder l'aide au réemploi à Madame Ladite décision est libellée comme suit :

« Suite à votre demande du 17 novembre 2009 par laquelle vous sollicitez l'octroi de l'aide au réemploi, je suis au regret de devoir vous informer qu'il ressort de l'examen de votre dossier que vous ne répondez pas aux conditions d'octroi prévues par le règlement grand-ducal du 31 juillet 1995 fixant les modalités et conditions d'attribution d'une aide au réemploi. »

En effet, l'instruction du dossier a révélé que l'autorisation d'établissement délivrée par le Ministère des Classes Moyennes est établie à votre nom.

Il en résulte que le lien de subordination nécessaire fait défaut. (...) »

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 27 août 2010, Madame ... a fait introduire un recours tendant principalement à la réformation et subsidiairement à l'annulation de la décision précitée du 28 mai 2010 du directeur.

Aucune disposition légale ne prévoyant un recours de pleine juridiction contre une décision en matière d'aide au réemploi, seul un recours en annulation a pu être introduit contre la décision déferée. Le tribunal est partant incompétent pour connaître du recours en réformation introduit à titre principal.

Le recours en annulation, introduit en ordre subsidiaire, ayant été introduit dans les formes et délai de la loi, il est recevable.

A l'appui de son recours, la demanderesse déclare qu'elle aurait été licenciée en date du 11 juillet 2008 par la société anonyme Elle se serait alors inscrite en tant que demanderesse d'emploi dans les délais requis. Lors de ses contacts avec l'administration de l'Emploi, elle aurait été informée sur la possibilité de bénéficier d'une aide au réemploi et sur les conditions d'attribution afférentes. Elle soutient que la recherche d'un emploi aurait été particulièrement difficile dans un contexte de crise économique internationale. Le 12 août 2009, elle aurait finalement conclu un contrat de travail à durée indéterminée avec la société ... stipulant un salaire mensuel brut de 2.500 euros, alors que son ancien employeur, la société anonyme ..., lui aurait payé un salaire mensuel brut de 6.232 euros. Elle précise être affiliée au Centre Commun de la Sécurité Sociale en tant que salariée depuis le 12 août 2009.

La demanderesse soutient que le directeur aurait fait une appréciation inexacte de sa situation. Elle critique le directeur pour lui avoir refusé l'aide au réemploi au motif qu'elle serait le titulaire de l'autorisation d'établissement de la société ... et que par conséquent le lien de subordination ferait défaut.

Elle donne à considérer que le contrat de travail se caractériserait essentiellement par l'état de dépendance juridique de l'employé vis-à-vis de l'employeur. Le lien de subordination ne devrait être qu'une subordination « *juridique* », à savoir qu'il ne serait pas nécessaire que l'employeur donne effectivement des ordres, mais qu'il suffirait qu'il ait le droit de le faire et de sanctionner leur inexécution.

La demanderesse explique que la société ... serait gérée par un conseil de gérance composé d'un gérant de catégorie A et d'un gérant de catégorie B. L'associé majoritaire, Monsieur ..., juriste de formation, serait le gérant de catégorie A et pourrait engager la société par sa seule signature. Elle-même serait gérant de catégorie B et ne pourrait engager la société qu'avec la signature du gérant de catégorie A.

Elle fait valoir qu'elle devrait respecter les ordres de son employeur et notamment ceux du gérant de catégorie A et qu'elle serait donc soumise à son autorité. Son employeur aurait la faculté de la sanctionner en cas de non-exécution de ses ordres. Il pourrait encore la licencier sans que cela ne lui causerait des difficultés pour obtenir une autorisation

d'établissement, compte tenu des diplômes et de l'expérience professionnelle du gérant de catégorie A.

Le délégué du gouvernement rétorque qu'un lien de subordination ferait défaut entre la demanderesse et son employeur et que par conséquent, elle ne pourrait pas bénéficier d'une aide au réemploi, étant donné qu'elle ne pourrait pas être considérée comme salariée au sens de l'article 14 du règlement grand-ducal modifié du 17 juin 1994 fixant les modalités et les conditions d'attribution 1. des aides à la mobilité géographique ; 2. d'une aide au réemploi ; 3. d'une aide à la création d'entreprises ; 4. d'une aide à la création d'emplois d'utilité socio-économique, ci-après désigné par « le règlement grand-ducal du 17 juin 1994 ».

L'article 14 du règlement grand-ducal du 17 juin 1994 dispose que : « Une aide au réemploi peut être attribuée par le fonds pour l'emploi au salarié faisant l'objet d'un licenciement pour un motif économique, au salarié menacé de façon immédiate de faire l'objet d'un tel licenciement, au salarié faisant, conformément à une convention collective, l'objet d'un transfert pour motif économique dans une autre entreprise, ainsi qu'au chômeur indemnisé, à condition qu'il accepte d'être reclassé dans un emploi comportant un niveau de rémunération inférieur à sa rémunération antérieure ».

Il se dégage de cette disposition que seuls les travailleurs salariés qui acceptent d'être reclassés dans un emploi caractérisé par un lien de subordination et qui revêtent donc dans le cadre de leur nouveau poste toujours la qualité de travailleur salarié, sont susceptibles de bénéficier d'une aide au réemploi, à l'exclusion des travailleurs salariés obligés de quitter leur poste et se lançant par la suite dans des activités indépendantes.¹

Quant à la question de savoir si, en l'espèce, la demanderesse est à considérer comme travailleur salarié au sens du règlement grand-ducal du 17 juin 1994, il y a lieu de relever de prime abord que l'existence d'une relation contractuelle de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination ou de la qualification qu'elles ont données à leurs conventions, mais des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité de la personne concernée. La preuve du contrat de travail peut résulter d'un ensemble d'éléments qui constituent des présomptions précises et concordantes faisant conclure à l'existence d'un lien de subordination, ces circonstances de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.²

La détermination de l'existence d'un lien de subordination entre un gérant, respectivement un administrateur, et une société dépend de plusieurs critères et il convient de prendre en considération tout un faisceau d'indices. Selon une jurisprudence constante des juridictions compétentes en matière de droit du travail, le lien de subordination, critère essentiel du contrat de travail, qui permet de le distinguer d'autres contrats, tel que le contrat d'entreprise, est caractérisé par l'exécution d'un contrat sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements d'un subordonné. Il n'est cependant pas requis que l'employeur exerce sur le salarié une direction étroite et permanente, mais il suffit que le premier ait le droit de donner au second des instructions pour l'organisation et l'exécution de son travail³. Plus particulièrement, en ce qui concerne le gérant d'une société à responsabilité limitée, la

¹ cf. trib. adm. 17 novembre 2010, n°26176, disponible sous www.ja.etat.lu

² cf. trib. adm. 17 novembre 2010, n°26176, disponible sous www.ja.etat.lu

³ cf. C.S.J. 27 novembre 2008, n° 32887 du rôle, cité in Feyereisen, *Code du travail annoté*, éditions Promoculture, janvier 2010, p.26.

jurisprudence dégagée par les juridictions de travail retient que le cumul dans le chef d'une même personne des fonctions de gérant et de salarié est possible, à condition que le contrat de travail soit une convention réelle et sérieuse qui correspond à une fonction réellement exercée et qui est caractérisée par un rapport de subordination de salarié à employeur⁴. En d'autres termes, il faut qu'il existe une fonction technique distincte de celle du mandat social.

Les contestations de la partie étatique quant à l'existence d'un lien de subordination sont fondées, d'une part, sur le fait que l'autorisation d'établissement a été délivrée au nom de la demanderesse et, d'autre part, sur le constat que la demanderesse était associée et gérante unique de la société

Aux termes du contrat de travail signé le 12 août 2009 versé en cause, la demanderesse a été engagée en tant que « *corporate advisor* » et dans cette fonction elle effectue les tâches suivantes : « *constitution de sociétés, conseil fiscal, conseil économique ainsi que tous les travaux administratifs y afférents* », qui *a priori* peuvent être considérées comme correspondant à une fonction technique distincte. Le contrat de travail fixe également les horaires de travail de la demanderesse, sa rémunération, le quantum et les modalités de son congé.

Néanmoins, il convient de relever que les autorisations d'établissement numéros ... et ... délivrées le 30 juin 2009 à la société ..., en voie de constitution, contiennent toutes les deux l'exigence suivante : « *La présente autorisation n'est valable que si la gérance est assurée par* »

Ces autorisations d'établissement exigent ainsi expressément que la gérance de la société soit assurée par la demanderesse. Ainsi, la demanderesse ne peut pas être considérée comme une salariée ordinaire, étant donné que son licenciement entraînerait pour la société ... la perte de la validité des autorisations d'établissement jusqu'à ce que ladite société ait obtenu une nouvelle autorisation d'établissement. Il en résulte une certaine dépendance de la société ... vis-à-vis de la demanderesse, dans la mesure où son employeur ne pourrait pas la licencier facilement sans en subir les conséquences économiques, ne serait-ce que momentanément, et elle se trouve de ce fait vis-à-vis de son employeur dans une situation de force qui ne correspond pas à celle d'un salarié ordinaire.

Par ailleurs, il ressort encore des pièces versées en cause qu'à la constitution de la société ... en date du 20 juillet 2009, la demanderesse détenait 22,40% des parts de cette société et qu'elle a été nommée gérante unique lors de la première assemblée générale. Même s'il est vrai que la demanderesse a cédé ses parts sociales à Monsieur ... le 9 août 2009, soit quelques jours seulement avant la signature de son contrat de travail, précité, qu'elle a été révoquée de sa fonction de gérante unique et a été nommée gérante de catégorie B lors de l'assemblée générale extraordinaire de la société ... tenue le 10 août 2009, de sorte que dorénavant elle ne pourra engager la société qu'avec la signature conjointe du gérant de catégorie A, force est au tribunal de constater qu'au égard aux contestations de la partie étatique, la demanderesse est restée en l'espèce en défaut de lui fournir des éléments suffisants permettant d'établir le caractère réel et sérieux de la fonction salariée dont elle fait état. A cet égard, compte tenu des circonstances particulières de ses nominations successives en tant que gérant unique et cogérant et de la cession des parts ayant eu lieu seulement quelques jours avant la signature du contrat de travail, précité, et compte tenu des

⁴ cf. C.S.J. 8 février 2001, n° 24443 du rôle, « *Speciale c/ New Love* », cité in Feyereisen, *op. cit.* p. 24.

contestations de la partie étatique, la seule production d'un contrat de travail et d'un certificat d'affiliation qualifiant la demanderesse comme « *salariée* » de la société ..., ne saurait être considérée comme suffisante. Plus particulièrement, la demanderesse ne fournit aucun autre élément de preuve afin d'établir que son contrat de travail doit être considéré comme convention réelle et sérieuse, tel que par exemple des fiches de salaire ou encore des copies de demandes de congé, ou encore d'autres éléments permettant de conclure à l'existence d'un lien de subordination.

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, au vu des pièces versées en cause et en l'absence d'autres moyens fournis par la demanderesse, le tribunal est amené à conclure que le contrat de travail liant la demanderesse à la société concernée n'est pas à considérer comme convention réelle et sérieuse correspondant à une fonction réellement exercée, se caractérisant par un lien de subordination, de sorte que le directeur lui a à bon droit pu refuser le bénéfice d'une aide au réemploi.

Il s'ensuit que le recours en annulation est à rejeter pour ne pas être fondé.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, troisième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties ;

se déclare incompétent pour connaître du recours en réformation ;

reçoit le recours en annulation en la forme ;

au fond, le déclare non justifié et en déboute ;

condamne la demanderesse aux frais.

Ainsi jugé par :

Martine Gillardin, vice-président,
Annick Braun, juge,
Andrée Gindt, juge,

et lu à l'audience publique du 23 mars 2011 par le vice-président, en présence du greffier Judith Tagliaferri.

s. Judith Tagliaferri

s. Martine Gillardin

Reproduction certifiée conforme à l'original

Luxembourg, le 23.03.2011

Le Greffier du Tribunal administratif