

Audience publique du 12 juillet 2011

Recours formé par
Monsieur ..., ...
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 27457 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif en date du 9 novembre 2010 par Maître Claude Pauly, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Monsieur ..., demeurant à L-..., tendant à l'annulation d'un refus implicite du directeur de l'administration de l'Emploi, intervenue suite au recours gracieux du demandeur du 7 juin 2010 et confirmant une décision du 23 avril 2010 du même directeur réclamant le remboursement de l'aide au réemploi indûment touchée ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 24 janvier 2011 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 23 février 2011 par Maître Claude Pauly au nom de Monsieur ... ;

Vu les pièces versées en cause ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Yves Kasel, en remplacement de Maître Claude Pauly, et Monsieur le délégué du gouvernement Guy Schleder en leurs plaidoiries respectives.

En date du 14 janvier 2008, Monsieur ... fut licencié par la société ..., ci-après désignée par « la société ... », avec effet au 15 juillet 2008.

Monsieur ... introduisit alors en date du 23 septembre 2008 une demande d'octroi de l'aide au réemploi auprès de l'administration de l'Emploi, ci-après désignée par « l'ADEM ».

Par décision du 29 octobre 2008, le directeur de l'ADEM, désigné ci-après par « le directeur », informa Monsieur ... qu'il avait été fait droit à sa demande de l'aide au réemploi à partir du 1^{er} août 2008 pour une période de 48 mois d'indemnisation.

Par décision du 23 avril 2010, le directeur, suite à un contrôle effectué par son administration, demanda à Monsieur ... de rembourser l'aide au réemploi prétendument indûment touchée. Ladite décision est libellée comme suit :

« Vous touchez l'aide au réemploi depuis le 1er août 2008.

Or, suite au réexamen de votre dossier, il s'avère que vous êtes le gérant technique de la société ... Sàrl avec pouvoir de signature conjointe et que vous disposez de l'autorisation d'établissement pour cette société depuis le 25 septembre 2009.

En outre, depuis le 22 août 2007 vous êtes nommé comme administrateur unique de la société ...SA avec pouvoir d'engager la société par votre signature unique, société dont vous êtes également le seul associé depuis le 22 octobre 2007. De même, vous disposez d'une autorisation d'établissement en nom personnel qui vous a été délivrée en date du 26 février 2007.

Par conséquent, un lien de subordination fait défaut.

Cependant, vous ne nous avez pas fait part de ces situations dans le cadre de la société ... Sàrl, ni dans le cadre de la société ...SA. Il en résulte que vous avez indûment touché une somme globale nette de ... €.

Je vous prie donc de bien vouloir rembourser la somme en question au compte-chèques postal (...) de la Trésorerie de l'Etat. En cas de non-paiement, je me vois obligée de faire procéder à la récupération des prestations indûment touchées par voie de rôle de restitution par l'intermédiaire de l'Administration des Contributions. (...) »

En date du 7 juin 2010, Monsieur ... fit introduire un recours gracieux contre la décision précitée du directeur du 23 avril 2010 par l'intermédiaire de son mandataire. Ledit recours gracieux resta sans réponse de la part du directeur.

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 9 novembre 2010, Monsieur ... a fait introduire un recours tendant à l'annulation de la décision de refus implicite 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 recours en annulation, ayant été introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable.

A l'appui de son recours, le demandeur déclare qu'il aurait été salarié de la société ..., en qualité de conseiller fiscal et comptable, du 10 janvier 1989 au 15 juillet 2008 et qu'il aurait bénéficié des indemnités de chômage complet du 16 juillet 2008 au 31 juillet 2008. Il relate qu'en date du 1^{er} août 2008, un contrat de travail aurait été signé avec la société ... S.à r.l., ci-après désignée par « la société ... », dans laquelle il n'aurait détenu aucune participation et qu'il aurait été licencié par ladite société avec effet au 31 octobre 2009. Il précise encore qu'un contrat de travail aurait été signé avec la société ... (...) S.à r.l., ci-après désignée par « la société ... », par laquelle il aurait été engagé avec effet au 1^{er} novembre 2009.

Le demandeur précise ensuite qu'en vertu de la prédite décision du directeur du 29 octobre 2008, il aurait eu droit à l'aide au réemploi pendant une durée de 48 mois et ce à partir du 1^{er} août 2008.

Il explique que suite à son licenciement par la société ..., il se serait adressé à l'ADEM pour l'informer que la société ... envisagerait de l'embaucher en tant que gérant salarié et que la personne en charge de son dossier à l'ADEM l'aurait informé qu'il pourrait continuer à toucher l'aide au réemploi en cas d'engagement par la société ..., sous condition de travailler en tant que salarié, de ne pas disposer d'un pouvoir de signature exclusif et de ne pas détenir une majorité de parts sociales. Il souligne qu'avant de signer le contrat de travail avec la société ..., il se serait conformé strictement aux prescriptions de l'ADEM.

Le demandeur met en évidence que la date de sa nomination au poste de gérant technique correspondrait à la date de son entrée en service à la société ..., à savoir le 1^{er} novembre 2009, et que cette nomination serait intervenue suite à la délivrance de l'autorisation d'établissement à son nom, mais pour le compte de ladite société en date du 25 septembre 2009, et que par ailleurs il ne serait pas associé de la société ... et qu'en sa qualité de gérant, il serait soumis à un régime de signature conjointe.

Il vient à la conclusion qu'il aurait été de bonne foi vis-à-vis de l'ADEM et qu'il n'aurait guère tenté de l'induire en erreur afin de profiter indûment d'aides étatiques, d'autant plus que l'administration aurait été au courant de son mandat de gérant technique au sein de la société ... dès le 1^{er} novembre 2009.

Quant aux reproches formulés à son égard concernant la société ... S.A., ci-après désignée par « la société ... », et ayant trait à ses qualités d'administrateur unique et d'actionnaire unique, le demandeur donne à considérer que cette société n'aurait plus eu d'activités depuis son licenciement par la société ... ayant pris effet le 15 juillet 2008, au motif que la société ... aurait été en collaboration avec la société ... et que cette collaboration aurait pris fin avec son licenciement. Il ajoute qu'une clause de non-concurrence aurait été signée entre ces deux sociétés couvrant la période postérieure à son licenciement par la société ... et que, pour le surplus, il résulterait de la comptabilité de la société ... qu'elle n'aurait plus exercé d'activités commerciales depuis février 2008, donc depuis bien avant la prise d'effet de son licenciement. Il affirme que la société ... serait liquidée dès que le litige avec la société ..., qui serait actuellement pendant en justice, serait toisé. Il avance encore que l'ADEM aurait été au courant de toute cette problématique.

En ce qui concerne l'autorisation d'établissement délivrée le 26 février 2007, le demandeur soutient qu'il n'aurait jamais exercé une activité sous le couvert de cette autorisation, qu'il l'aurait sollicitée à l'époque afin d'être dispensé de participer à des cours de création d'entreprise, et que l'ADEM aurait eu connaissance de l'existence de cette autorisation d'établissement.

Le demandeur reconnaît qu'il ne se trouverait pas dans un lien de subordination vis-à-vis de la société Il estime cependant qu'il pourrait néanmoins bénéficier de l'aide au réemploi, alors que ladite société n'aurait aucune activité économique. Il ajoute qu'il en serait de même pour l'autorisation d'établissement établie à son nom personnel.

Le demandeur observe ensuite que la société ... serait la seule à avoir une activité économique et par ce biais la seule pour laquelle la question du lien de subordination pourrait se poser. Pour démontrer l'existence d'un lien de subordination dans son chef, il invoque le fait qu'il ne serait pas associé de la société ..., l'absence d'un pouvoir de signature unique,

l'existence d'un contrat de travail et son affiliation au Centre Commun de la Sécurité Sociale en tant que salarié de cette société.

Il se prévaut encore d'une jurisprudence constante – sans préciser de quelle juridiction - selon laquelle un lien de subordination existerait lorsque le salarié est placé sous l'autorité de son employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie le résultat.

Le demandeur déduit de l'absence d'un pouvoir de signature unique et d'une participation dans la société ... qu'il se trouverait sous l'autorité effective de son employeur qui pourrait valablement lui donner des ordres. Il souligne que la gestion journalière de la société et le pouvoir de prendre des décisions appartiendraient aux associés et qu'il n'y aurait donc pas de confusion entre « *la personne physique salariée et la personne morale employeur* ».

Il soutient encore que la charge de la preuve de l'absence du lien de subordination incomberait à l'ADEM.

En outre, le demandeur conteste que l'ADEM n'ait pas été informée de sa situation. Il met en exergue le fait qu'il se serait renseigné auprès de l'ADEM préalablement à son engagement par la société ... laquelle aurait posé comme condition pour l'embaucher qu'il puisse bénéficier de l'aide au réemploi, et que par conséquent, il n'aurait signé son contrat de travail et sollicité l'autorisation d'établissement pour la société ... qu'après s'être concerté avec l'ADEM.

Il souligne que s'il avait été informé dès le départ que l'aide au réemploi ne lui serait pas accordée, il n'aurait pas accepté le poste de gérant auprès de la société Il estime ainsi que ce serait lui qui aurait été induit en erreur par l'ADEM et non l'inverse.

Le demandeur conteste encore avoir fourni la moindre fausse déclaration sur le formulaire de demande d'octroi de l'aide au réemploi et insiste sur le fait qu'il aurait donné tous les renseignements requis par les formulaires et que l'ADEM lui aurait ainsi accordé l'aide au réemploi en connaissance de cause et notamment sur base des éléments et renseignements que l'administration avait requis elle-même.

Il en déduit que l'ADEM n'aurait pas « *révoqué* » la décision lui accordant l'aide au réemploi à la suite de la survenance d'éléments nouveaux dont elle n'aurait pas eu connaissance au moment de l'octroi de cette aide, mais elle aurait changé sa décision *ex post* sur base des mêmes éléments. Il estime que l'administration serait revenue *de facto* sur sa décision suite « *à un changement de la « politique de gestion » des aides au réemploi* », ce qu'elle n'aurait pas le droit de faire, sauf à pouvoir se prévaloir d'un élément nouveau.

Le demandeur fait encore état d'une discrimination par rapport à d'autres administrés qui se trouveraient dans une situation identique à la sienne. Pour illustrer ses propos, il fait référence au cas d'une autre personne qui aurait également introduit un recours gracieux contre une décision de retrait de l'aide au réemploi et qui aurait dans la suite à nouveau profité des versements de l'aide au réemploi.

Finalement, le demandeur soutient qu'il n'existerait aucune base légale habilitant le directeur à solliciter, sur base des éléments invoqués dans la décision déferée du 23 avril

2010, la restitution des aides au réemploi prétendument indûment touchées et que la décision sous examen devrait partant être annulée. Il précise à ce titre n'avoir jamais fourni la moindre fausse déclaration à l'ADEM. A cet égard, il explique que la seule question posée sur un formulaire officiel de l'ADEM relatif à l'exploitation d'une société ou d'un commerce aurait été celle se trouvant sur sa déclaration du 24 juillet 2008 concernant les revenus à indiquer par les chômeurs. Il justifie avoir indiqué ne pas percevoir des revenus provenant de l'exploitation d'une société ou d'un commerce par le fait qu'il ne recevrait aucun revenu ni dans le cadre de l'exploitation de la société ..., ni par le biais de l'autorisation d'établissement établie à son nom personnel.

Le demandeur ajoute enfin qu'il n'aurait exercé aucune autre activité professionnelle rémunérée pendant la période pendant laquelle il bénéficiait de l'aide au réemploi et qu'il n'aurait donc pas contrevenu à son obligation de déclarer à l'ADEM « *tous revenus résultant d'une activité professionnelle rémunérée, régulière et occasionnelle, exercée en cours d'indemnisation* ».

Le délégué du gouvernement rétorque qu'au début de l'année 2010, l'ADEM aurait été informée que le demandeur travaillerait pour le compte de la société ... et qu'il serait l'actionnaire unique de la société Il explique que le contrôle effectué par l'ADEM aurait permis de déceler que la société ... avait été constituée en date du 27 mai 2009 sous la forme d'une société à responsabilité limitée unipersonnelle dont l'associé unique serait le frère du demandeur qui assurerait le mandat de gérant administratif, tandis que le demandeur aurait été nommé gérant technique pour une durée indéterminée lors de la première résolution prise par ladite société, que la société ... serait valablement engagée par les signatures conjointes des deux prédits gérants, et que le demandeur serait l'actionnaire unique de la société

Le représentant étatique donne encore à considérer que le demandeur aurait omis de transmettre les informations précédentes de façon officielle à l'ADEM, qu'il aurait dû introduire une nouvelle demande d'octroi de l'aide au réemploi suite à son licenciement par la société ... et qu'à défaut de ce faire, l'ADEM aurait décidé de réclamer le remboursement des aides au réemploi indûment touchées.

Le délégué du gouvernement fait ensuite état de la jurisprudence des juridictions judiciaires relative à la détermination de l'existence d'un lien de subordination. Il estime qu'en l'espèce une construction juridique aurait été imaginée afin de permettre au demandeur d'être engagé par la société ... et de faire apparaître un lien de subordination qu'il qualifie de « *tout-à-fait théorique* ». Il est d'avis qu'un lien de subordination ferait défaut, alors que l'associé unique de la société ... serait le frère du demandeur et que la société ne pourrait être engagée que par les signatures conjointes des deux gérants, à savoir celles du demandeur et de son frère. Il en déduit l'absence d'un lien de subordination, d'autant plus que dans une société à responsabilité limitée unipersonnelle, il n'existerait aucun organe, tel un conseil d'administration ou une assemblée générale des associés, qui pourrait donner des instructions ou dont pourrait dépendre le salarié engagé en qualité de gérant technique.

Le représentant étatique souligne encore que le moyen du demandeur ayant trait à la circonstance qu'il ne serait pas associé de la société ... ne serait pas pertinent, dans la mesure où ladite société ne pourrait pas être engagée sans sa signature. Il vient à la conclusion que l'ADEM aurait à juste titre constaté le défaut d'un lien de subordination du demandeur vis-à-vis de la société ... et que le demandeur aurait continué à toucher des aides au réemploi auxquelles il n'aurait plus eu droit.

Dans son mémoire en réplique, le demandeur souligne que sa qualité de gérant technique de la société ... n'exclurait pas l'existence d'un lien de subordination, même si son frère était l'associé unique de cette société. Il compare sa situation à celle où l'épouse du gérant technique serait l'associée unique de la société en cause et où le gérant technique bénéficierait néanmoins de l'aide au réemploi. Il affirme que le régime de la signature conjointe des deux gérants prévu aux statuts de la société ... résulterait d'une obligation légale, sans laquelle son frère n'aurait pas eu besoin de recourir à lui pour engager ladite société.

Le demandeur conteste encore l'affirmation du délégué du gouvernement selon laquelle il aurait dû introduire une nouvelle demande d'octroi de l'aide au réemploi lors de son engagement par la société Il soutient que le fait de changer d'employeur ne mettrait pas un terme à son droit de toucher l'aide au réemploi, étant donné que cette aide serait accordée au salarié et non à l'employeur, et ceci pour une durée de 48 mois. Dans ce contexte, il remarque qu'afin de toucher l'aide au réemploi, il aurait chaque mois envoyé à l'ADEM une déclaration mensuelle en y annexant sa fiche de rémunération, de sorte que l'administration aurait été, par ce biais, informée de l'identité de son employeur et aurait plus particulièrement eu connaissance du fait que depuis le 1^{er} novembre 2009, il aurait été salarié de la société

A titre subsidiaire, le demandeur soutient que si sa qualité de gérant technique de la société ... l'excluait du bénéfice de l'aide au réemploi, le directeur devrait limiter sa demande de remboursement des aides au réemploi touchées à la période postérieure à son engagement par la société ..., soit à la période postérieure au 1^{er} novembre 2009.

La décision directoriale du 23 avril 2010 étant fondée sur le constat de l'absence d'un lien de subordination, il convient dès lors d'examiner la question de l'existence d'un lien de subordination entre le demandeur et la société

A cet égard, il convient de rappeler que le régime des aides au réemploi est entre autres conditionné par l'existence d'un contrat de travail entre le bénéficiaire des aides au réemploi et son employeur.

Or, le contrat de travail s'analyse en une convention par laquelle une personne s'engage à mettre, moyennant une rémunération, son activité à la disposition d'une autre à l'égard de laquelle elle se trouve dans un rapport de subordination juridique.

Pour qu'il y ait rapport de subordination juridique, élément essentiel et critère de distinction de tout contrat de travail, il faut que le contrat place le salarié sous l'autorité de son employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie les résultats.

Si le cumul dans une même personne du mandat de gérant d'une société à responsabilité limitée ou d'administrateur d'une société anonyme et de celles de salarié n'est pas prohibé, il n'en reste pas moins que le contrat de travail doit rester une convention réelle et sérieuse.

N'est pas à considérer comme convention réelle et sérieuse, le contrat simulé pouvant être qualifié de construction juridique poursuivant le but unique de faire bénéficier un gérant d'une société du régime des aides au réemploi.

Il s'y ajoute encore, au-delà de ce que le contrat de travail doit correspondre à des attributions techniques nettement dissociables de celles découlant du mandat, que la subordination trouve sa véritable expression juridique dans les prérogatives de l'employeur envers le salarié, à savoir dans l'exercice d'un véritable pouvoir de contrôle et de direction du salarié.¹

Concernant plus particulièrement les sociétés à responsabilité limitée, forme sociétaire que la société ... revêt en l'occurrence, il y a lieu de relever que ces sociétés sont en principe administrées et gérées par un ou plusieurs gérants ; que le gérant est le mandataire social chargé d'agir au nom de la société, qu'il en est le représentant légal et que ce type de société ne connaît en principe pas d'autre organe de gestion.

En l'espèce, au jour de la prise de la décision litigieuse, moment auquel le juge de l'annulation doit se placer pour exercer sa mission de contrôle, la société ... avait deux gérants, à savoir le demandeur, revêtant la qualité de gérant technique et son frère, revêtant la qualité de gérant administratif, et était valablement engagée par la signature conjointe des deux gérants.

Aux termes du contrat de travail signé le 30 octobre 2009 par le demandeur et la société ... versé en cause, le demandeur a été engagé en tant que « *gérant salarié* », sans que ledit contrat ne précise aucunement les tâches concrètes à effectuer par le demandeur, de sorte que la seule lecture du contrat de travail ne permet pas de déceler les attributions techniques nettement dissociables de celles découlant du mandat social. Si le contrat de travail fixe la rémunération du demandeur, le quantum et les modalités de son congé, il échet de souligner qu'il ne fixe pas ses horaires de travail.

Par ailleurs, le demandeur ne fournit aucun autre élément de preuve afin d'établir que son contrat de travail doit être considéré comme convention réelle et sérieuse et permettant à retenir l'existence d'un lien de subordination entre le demandeur et la société ... concrétisé par l'exercice d'un véritable pouvoir de contrôle sur le demandeur, en l'occurrence en ce qui concerne l'aménagement du temps de travail ou encore les congés. En effet, la simple production d'un certificat d'affiliation qualifiant le demandeur comme « *salarié* » de la société ... ne saurait être considérée comme suffisante, compte tenu des contestations de la partie étatique. La circonstance que la société est gérée par un deuxième gérant n'est, à défaut d'autres éléments, pas non plus de nature à faire admettre l'existence d'un lien de subordination, ceci d'autant plus que le mandat du gérant administratif de la société ... est assuré par le frère du demandeur et qu'au regard de ce lien de parenté, la réalité d'une relation d'employeur et de salarié est pour le moins sujette à caution.

Dans la mesure où il n'est pas établi que le gérant administratif donne concrètement des ordres au demandeur dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail et que, d'autre part, il est évident que le demandeur ne saurait se donner des instructions à lui-même, l'existence d'un lien de subordination du demandeur envers son « employeur », la société ..., ne saurait être retenue pour établie.

¹ cf. Cour adm. 16 juin 2011, n°27974C du rôle, disponible sous www.ja.etat.lu

Il convient encore de relever que l'autorisation d'établissement numéro ... délivrée le 25 septembre 2009 à la société ..., versée par le demandeur en cours du délibéré suite à la demande afférente formulée par le tribunal à l'audience des plaidoiries, contient l'exigence suivante : « *La présente autorisation n'est valable que si la gérance est assurée par* »

Cette autorisation d'établissement exige ainsi expressément que la gérance de la société soit assurée par le demandeur. Ainsi, le demandeur ne peut pas être considéré comme un salarié ordinaire, étant donné que son licenciement entraînerait pour la société ... la perte de la validité de l'autorisation 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 du demandeur, dans la mesure où son employeur ne pourrait pas le licencier facilement sans en subir les conséquences économiques, ne serait-ce que momentanément, et il 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.

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 le demandeur, le tribunal est amené à conclure que le contrat de travail liant le demandeur à la société ... 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 motif de l'absence de lien de subordination dans le chef du demandeur envers la société concernée se trouvant à la base de la demande de remboursement était de nature à justifier légalement la décision directoriale litigieuse.

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

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu de rejeter la demande tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 2.000 euros sollicitée par le demandeur « *sur le fondement de l'article 98(2) de la loi portant organisation des juridictions de l'ordre administratif et rendant applicable devant les juridictions administratives les dispositions de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile* ».

Par ces motifs,

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

reçoit le recours en annulation en la forme ;

au fond, le déclare non justifié et en déboute ;

rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 2.000 euros formulée par le demandeur ;

condamne le demandeur aux frais.

Ainsi jugé par :

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

et lu à l'audience publique du 12 juillet 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 12.07.2011

Le Greffier du Tribunal administratif