

Audience publique du 18 mai 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 27159 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif en date du 2 août 2010 par Maître François Reinard, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Monsieur ..., demeurant à L-..., tendant principalement à l'annulation et subsidiairement à la réformation d'une décision du 7 décembre 2009 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 décembre 2010 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 14 janvier 2011 par Maître François Reinard au nom de Monsieur ... ;

Vu le mémoire en duplique du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif 14 février 2011 ;

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

Le juge-rapporteur entendu en son rapport ainsi que Maître François Reinard, assisté de Maître Emeline Dequeker, et Monsieur le délégué du gouvernement Daniel Ruppert en leurs plaidoiries respectives.

Par contrat de travail du 15 octobre 2009, prenant effet à partir du 1^{er} novembre 2009, Monsieur ... fut engagé en qualité de « *gérant technique* » par la société à responsabilité limitée ... S.à r.l, ci-après désignée par la « société ... ».

En date du 1^{er} décembre 2009, Monsieur ... introduisit 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 7 décembre 2009, le directeur de l'ADEM, ci-après désigné par « le directeur », refusa d'accorder l'aide au réemploi à Monsieur Ladite décision est libellée comme suit :

« Suite à votre demande du 04.12.2009 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 17 juin 1994 fixant les modalités et conditions d'attribution d'une aide au réemploi.

*En effet, ledit règlement s'applique aux seuls **travailleurs salariés** qui sont reclassés dans un emploi comportant un niveau de rémunération inférieur à la rémunération antérieure.*

Or, au moment de la reprise de travail le 01.11.2009, vous n'étiez pas travailleur salarié.

Par conséquent, je ne suis pas en mesure de faire droit à votre demande. (...) »

Par un courrier de son mandataire du 3 février 2010, Monsieur ... a fait introduire un recours gracieux contre la décision du directeur du 7 décembre 2009, précitée. Ledit recours gracieux est resté sans réponse de la part du directeur.

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 2 août 2010, Monsieur ... a fait introduire un recours tendant principalement à l'annulation et subsidiairement à la réformation de la décision directoriale du 7 décembre 2009.

Il y a tout d'abord lieu de rappeler que même si un demandeur entend exercer principalement un recours en annulation et subsidiairement un recours en réformation, le tribunal a l'obligation d'examiner en premier lieu la possibilité d'exercer un recours en réformation contre la décision critiquée, l'existence d'une telle possibilité impliquant qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le recours en annulation introduit contre la même décision.

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 déférée. Le tribunal est partant incompétent pour connaître du recours en réformation introduit à titre subsidiaire.

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

A l'appui de son recours, le demandeur déclare qu'après avoir été licencié par son ancien employeur pour motifs économiques avec effet au 30 juin 2009, il se serait inscrit auprès de l'ADEM. Par un courrier du 21 juillet 2009, l'ADEM l'aurait informé qu'il bénéficierait des indemnités de chômage complet à partir du 1^{er} juillet 2009. Par la suite, l'ADEM lui aurait adressé diverses cartes d'assignation en vue d'un embauchage éventuel, dont l'une l'aurait invité à se présenter auprès de la société ..., son actuel employeur.

En droit, le demandeur soutient que sa demande d'une aide au réemploi aurait été introduite conformément aux formes et délai prévus par le 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 ». Il précise avoir été licencié pour motifs économiques et que

l'ADEM lui aurait accordé l'indemnité de chômage complet, de sorte qu'il devrait bénéficier de l'aide au réemploi conformément à l'article 14 du règlement grand-ducal du 17 juin 1994.

Le demandeur explique en outre que son contrat de travail avec la société ... prévoirait une rémunération mensuelle de ... euros, alors que sa rémunération mensuelle auprès de son ancien employeur aurait été comprise entre ... euros et ... euros pour la période de janvier à juin 2009.

Il estime que la décision de refus de lui accorder l'aide au réemploi serait injustifiée, au motif qu'il aurait eu la qualité de travailleur salarié au moment de son engagement par la société ... et qu'il répondrait aux conditions édictées par le règlement grand-ducal du 17 juin 1994.

Le demandeur précise qu'il ne s'agirait que d'un pur hasard qu'il ait été embauché par la société ... dont il aurait précédemment, avant la signature de son contrat de travail, détenu des parts sociales qu'il aurait cédées à Monsieur ... en date du 22 décembre 2006. Il suppose que l'ADEM aurait fait un amalgame entre les fonctions qu'il aurait exercées avant cette cession de parts au sein de la société ... et son poste actuel qui serait celui d'un travailleur salarié.

Il insiste sur le fait que l'offre d'emploi de la société ... lui aurait été transmise par l'ADEM et que ladite administration ne saurait dès lors prétendre qu'il n'aurait pas eu la qualité requise pour bénéficier de l'aide au réemploi au moment de son engagement par cette société.

Le demandeur conclut que ce serait à tort que le directeur ne lui aurait pas reconnu la qualité de travailleur salarié.

Le délégué du gouvernement rétorque que seuls les travailleurs salariés qui acceptent d'être reclassés dans un emploi caractérisé par un lien de subordination seraient susceptibles de bénéficier d'une aide au réemploi. Il relève que le demandeur serait encore inscrit au Registre de commerce et des sociétés, ci-après désigné par le « RCS », comme gérant unique de la société ..., que sa démission de ce poste n'aurait jamais été publiée au Mémorial et qu'il n'aurait jamais réagi à la demande de régularisation du RCS l'invitant à déposer sa démission de la fonction de gérant en bonne et due forme. Il relève également que le demandeur aurait été engagé en qualité de « *gérant technique* ». Au vu de la jurisprudence en la matière, le représentant étatique soutient que le directeur aurait valablement pu conclure à un défaut de lien de subordination entre la société ... et le demandeur, alors que ladite société n'aurait pas d'autre gérant et que les pouvoirs du demandeur ne seraient pas limités.

Dans son mémoire en réplique, le demandeur explique qu'il serait faux de prétendre qu'il serait resté gérant unique de la société ... depuis la constitution de la société jusqu'à ce jour. Il n'aurait non seulement cédé ses parts sociales en date du 22 décembre 2006 à Monsieur ..., mais il aurait également adressé en date du 28 novembre 2008 sa démission en tant que gérant à ladite société. En date du 13 janvier 2009, il aurait envoyé une copie de sa démission au RCS et au ministère des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement, ci-après désigné par « le ministère des Classes moyennes », et il aurait reçu un accusé de réception de sa démission tant de la part du RCS, que de la part du ministère des Classes moyennes. Il ajoute que le défaut de publication de sa démission au Mémorial serait dû à un oubli de la part de la fiduciaire chargée des formalités administratives.

Le demandeur soutient encore que la rupture de ses relations avec la société ... serait établie par le fait que Monsieur ... aurait entrepris des démarches afin de pourvoir à son remplacement au poste de gérant. Dans ce contexte, il invoque un courrier du ministère des Classes moyennes du 20 janvier 2009, rédigé à la suite de sa démission, invitant la société ... à indiquer à ladite administration dans le délai d'un mois l'identité de la personne appelée à assumer dorénavant sa gestion journalière, ainsi que le courrier de rappel du 9 juin 2009 émanant du même ministère.

Le demandeur insiste ensuite sur le fait qu'il n'aurait été « réintégré » dans la société ... que par son prédit contrat de travail du 15 octobre 2009 et que depuis sa démission de la fonction de gérant en date du 28 novembre 2008, il aurait été lié par un contrat de travail à une autre société jusqu'au moment où cette dernière l'aurait licencié pour motifs économiques.

Il souligne qu'au moment où l'ADEM lui avait adressé la carte d'assignation de se présenter auprès de la société ..., il aurait informé ladite administration qu'il avait été associé et gérant de cette société et qu'en cas d'embauche, il devrait vraisemblablement reprendre la gérance. L'ADEM aurait répondu que cette circonstance ne poserait pas problème quant à l'octroi de l'aide au réemploi.

Le demandeur relève également que la décision de refus déferée serait motivée par le fait qu'il n'aurait pas la qualité de travailleur salarié, alors que le délégué du gouvernement se baserait sur l'exercice de la fonction de gérant de la société ... pour lui refuser l'aide au réemploi. Les conclusions du représentant étatique pourraient faire penser que l'aide au réemploi ne serait pas accordée à une personne cumulant dans son chef un contrat de travail et un mandat social, ce qui ne serait prévu ni par le règlement grand-ducal du 17 juin 1994, ni par la loi du 8 avril 1982 fixant des mesures spéciales en vue d'assurer le maintien de l'emploi et la compétitivité générale de l'économie.

Le demandeur fait encore état des articles 191 et 191bis de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et de l'article 5 de la loi modifiée du 28 décembre 1988, 1. réglementant l'accès aux professions d'artisans, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales ; 2. modifiant l'article 4 de la loi du 2 juillet 1935 portant réglementation des conditions d'obtention du titre et du brevet de maîtrise dans l'exercice des métiers, pour en tirer la conclusion que la société ... devrait disposer d'une personne physique comme gérant et que rien n'interdirait à cette personne assumant le mandat social de gérant de conclure par ailleurs un contrat de travail avec cette même société.

Le demandeur donne à considérer que la description de son poste dans le contrat de travail du 15 octobre 2009, à savoir la mention « *gérant technique* », pourrait prêter à confusion tout en soulignant qu'il cumulerait à la fois le mandat de gérant et les fonctions de directeur technique dans le cadre desquelles il serait tenu de suivre les instructions de son employeur. Il précise qu'il aurait introduit sa demande pour l'aide au réemploi en sa qualité de directeur technique, qualité qui résulterait de son contrat de travail et du lien de subordination existant entre lui-même et la société

Il fait encore remarquer que la notion de « *travailleur salarié* » ne serait pas mentionnée par l'article 14 du règlement grand-ducal du 17 juin 1994 et que ledit article n'exclurait pas la possibilité pour le bénéficiaire de l'aide au réemploi d'accepter un mandat

social au sein de la société qui l'emploie. L'essentiel serait d'avoir trouvé un nouvel emploi avec une rémunération inférieure à celle du précédent emploi.

Le demandeur ajoute que dans l'hypothèse où seuls les travailleurs salariés, pouvant faire valoir un lien de subordination, pourraient bénéficier de l'aide au réemploi, il y aurait lieu de retenir qu'il relèverait de cette catégorie. A cet égard, il fait état de ce qu'il devrait respecter un horaire de travail fixe, qu'il bénéficierait d'une rémunération mensuelle brute fixe et d'une durée annuelle maximale de congé, tout en soulignant que son congé devrait être sollicité auprès de son employeur. Il resterait sous l'autorité de son employeur qui aurait le pouvoir de lui donner des ordres, des directives et d'en contrôler l'exécution. Il se rendrait tous les jours au siège de la société ... et Monsieur ... serait présent sur les mêmes lieux de façon quasi permanente. Il recevrait de son employeur, et plus particulièrement des associés de la société ..., et notamment de Monsieur ..., ses ordres de mission consistant la plupart du temps dans des demandes d'avis et d'évaluation de nouveaux projets, de participer aux réunions techniques, de se rendre sur les lieux des différents chantiers en cours pour les superviser, de régler les points de détail et de faire un rapport de ses activités à son employeur. Il interviendrait toujours sur instruction de son employeur et jamais à sa propre initiative. Tous ces éléments correspondraient à la définition du poste de gérant technique. Il en conclut qu'il ne disposerait d'aucune indépendance dans l'exercice de ses fonctions de directeur technique.

Le demandeur rappelle finalement qu'il n'aurait aucune participation dans la société ..., tout en donnant à considérer que l'on ne saurait lui reprocher de pouvoir engager ladite société par sa signature unique, alors que les obligations légales en matière d'autorisation d'établissement l'exigeraient ainsi, et que cette circonstance serait sans incidence sur sa qualité de travailleur salarié.

Dans son mémoire en duplique, le délégué du gouvernement fait valoir que le demandeur continuerait d'être mentionné comme gérant de la société ... au RCS. Il donne à considérer qu'une raison pour laquelle le demandeur n'avait pas régularisé sa démission auprès du RCS pourrait être que la société ... ne disposerait pas d'une autre personne susceptible de remplir les conditions de qualification et d'honorabilité pour obtenir une nouvelle autorisation d'établissement.

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* ».

Contrairement à ce qui est soutenu par le demandeur, 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

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

Quant à la question de la qualification des relations entre le demandeur de l'aide au réemploi et la société ..., il y a lieu de relever que l'existence d'une relation contractuelle de travail au sens du règlement grand-ducal du 17 juin 1994 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 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.

En l'espèce, il convient de relever qu'il ressort des pièces versées en cause et notamment d'une publication faite au Mémorial, qu'en date du 22 décembre 2006, le demandeur a cédé l'intégralité des parts sociales qu'il détenait dans la société ... à Monsieur Par ailleurs, il a informé la société ..., par courrier du 28 novembre 2008, de sa démission de la fonction de gérant et de son intention de « *retirer* » sa carte d'autorisation d'établissement à partir du 1^{er} décembre 2008. Suivant une lettre du 13 janvier 2009, le demandeur a informé le RCS de sa démission de la fonction de gérant de la société Il se dégage encore d'une attestation patronale établie par la société ... S.A. en date du 15 juillet 2009 que du 1^{er} février 2007 au 30 juin 2009, le demandeur était lié à cette société par un contrat de travail à raison de 40 heures par semaine.

Il ressort dès lors des pièces versées en cause que le demandeur a démissionné de sa fonction de gérant de la société ... en date du 28 novembre 2008, soit bien avant la signature du contrat de travail avec cette même société, contrat de travail qui fait actuellement l'objet des contestations de la partie étatique, et ce à un moment où il était encore lié par un contrat de travail avec son employeur antérieur, à savoir la société ... S.A., et qu'il en a informé le ministère des Classes moyennes ainsi que le RCS. Le RCS lui a adressé un accusé de réception de sa démission en date du 19 janvier 2009 et le ministère des Classes Moyennes en

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.

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

a fait de même en date du 20 janvier 2009. Même si toutes les formalités requises en vue de publier la démission n'ont pas été respectées, et que de ce fait, malgré son intention déclarée de démissionner, le demandeur figure toujours au RCS comme gérant de la société ..., cette circonstance à elle seule n'est pas de nature à exclure à l'heure actuelle l'existence d'un lien de subordination entre le demandeur et la société ..., étant rappelé que l'existence d'un mandat social n'exclut pas *ipso facto*, tel que cela a été retenu ci-dessus, que l'intéressé dispose par ailleurs d'un contrat de travail caractérisé par un lien de subordination.

Il convient par conséquent d'examiner si, en l'espèce, le contrat de travail du 15 octobre 2009 signé avec la société ... se caractérise par l'existence d'un lien de subordination répondant aux critères dégagés ci-dessus. Il échet de relever tel qu'il ressort des pièces versées en cause et plus particulièrement de la carte d'assignation du 2 octobre 2009 que l'ADEM elle-même avait invité le demandeur de se présenter auprès de la société Ceci étant relevé, il convient encore de constater qu'il ressort du contrat de travail versé en cause que plus particulièrement les horaires de travail du demandeur et sa rémunération mensuelle brute sont fixes, qu'une durée annuelle maximale de congé lui est imposée et qu'il doit respecter le règlement interne de son employeur. Il ressort en outre des explications concordantes du demandeur, concernant la description concrète de sa fonction dans la société ..., non autrement contestées par la partie étatique, qu'il reçoit des ordres très précis concernant ses tâches à remplir de la part de son employeur à travers l'associé majoritaire, à savoir Monsieur ... qui a son bureau sur les mêmes lieux que le demandeur, de sorte que le tribunal est amené à retenir que le demandeur se trouve sous le contrôle étroit de Monsieur ... et qu'il agit sur instructions de son employeur et non pas de sa propre initiative.

Force est encore au tribunal de constater que ces explications du demandeur ne sont pas remises en cause par le délégué du gouvernement, qui se limite à contester la validité de la démission du demandeur de sa fonction de gérant de la société ... en date du 28 novembre 2008 et à souligner le fait qu'au Mémorial le demandeur figurerait toujours comme gérant unique de la société Or, tel que cela a déjà été retenu ci-dessus, cette circonstance, à elle seule, n'est pas de nature à exclure l'existence d'un lien de subordination entre le demandeur et la société

Au vu de ce qui précède, le tribunal est amené à conclure qu'au-delà de la question de savoir si le demandeur revêt toujours le mandat social dont il déclare avoir démissionné en novembre 2008 et celle de savoir si, le cas échéant, il a entretemps repris ce mandat, le demandeur a valablement démontré l'existence d'une fonction technique distincte caractérisée par l'existence d'un lien de subordination. En l'occurrence, il ne dispose pas d'une indépendance dans l'exercice de ses fonctions, d'autant plus qu'il n'est plus associé de ladite société depuis le 22 décembre 2006, mais il agit sous le contrôle et sous l'autorité de ladite société, de manière que le contrat de travail le liant à la société ... est à considérer comme une convention réelle et sérieuse correspondant à une fonction réellement exercée, se caractérisant par un lien de subordination.

Il se dégage de l'ensemble des considérations qui précèdent que le motif de refus basé sur un défaut de la qualité de « *travailleur salarié* », respectivement sur l'absence de lien de subordination n'est pas de nature à justifier valablement la décision directoriale déférée qui encourt partant l'annulation.

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 justifié ;

partant annule la décision déférée du 7 décembre 2009 du directeur de l'administration de l'Emploi et renvoie le dossier devant ladite administration en prosécution de cause ;

condamne l'Etat aux frais.

Ainsi jugé par :

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

et lu à l'audience publique du 18 mai 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 19.05.2011

Le Greffier du Tribunal administratif