

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle : **28564C**

Inscrit le 3 mai 2011

Audience publique du 24 novembre 2011

**Appel formé par
Madame,
contre un jugement du tribunal administratif du 23 mars 2011
(n° 27252 du rôle) rendu suite à son recours dirigé contre une décision
du directeur de l'administration de l'Emploi
en matière d'aide au réemploi**

Vu la requête d'appel, inscrite sous le numéro 28564C du rôle et déposée au greffe de la Cour administrative le 3 mai 2011 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- ..., contre un jugement rendu par le tribunal administratif le 23 mars 2011, par lequel ledit tribunal, après s'être déclaré incompétent pour connaître du recours en réformation, a déclaré non fondé le recours en annulation introduit par Madame ... contre une décision du directeur de l'administration de l'Emploi en date du 28 mai 2010 portant refus de l'octroi d'une aide au réemploi ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe de la Cour administrative le 30 mai 2011 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 1^{er} juillet 2011 en nom et pour compte de l'appelante ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Catherine GRAFF et Monsieur le délégué du gouvernement Guy SCHLEDER en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 17 novembre 2011.

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 ... S.à r.l, ci-après désignée par la « *société ...* ».

Le 16 novembre 2009, Madame ... introduisit une demande d'octroi d'une 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 sollicitée au motif 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. (...) ».

Saisi par requête déposée le 27 août 2010 en nom et pour compte de Madame ... , le tribunal administratif, par jugement du 23 mars 2011, se déclara incompétent pour connaître de son recours principal en réformation dirigé contre la décision directoriale précitée du 28 mai 2010 et rejeta pour manque de fondement le recours subsidiaire en annulation dirigé à l'encontre de ladite décision directoriale.

Les premiers juges conclurent qu'au regard des pièces produites en cause, le contrat de travail liant Madame ... à la société ... n'était pas à considérer comme constituant une convention réelle et sérieuse correspondant à une fonction réellement exercée, se caractérisant par un lien de subordination, de sorte que le directeur lui avait à bon droit pu refuser le bénéfice d'une aide au réemploi.

Par requête d'appel déposée au greffe de la Cour le 3 mai 2011, Madame ... a régulièrement fait entreprendre le jugement du 23 mars 2011.

A l'appui de son recours, l'appelante expose avoir été licenciée avec effet au 14 septembre 2008 par la société ... S.A. et s'être régulièrement inscrite auprès de l'administration de l'Emploi en tant que demandeur d'emploi.

Par la suite, en date du 12 août 2009, elle aurait été engagée par la société ... , avec affiliation auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale.

Elle précise que s'il est vrai qu'elle assurerait un mandat social de gérant auprès de la société ... , il n'en resterait pas moins qu'elle exercerait en outre une fonction technique distincte dudit mandat.

Il est ajouté qu'elle serait la seule salariée et qu'elle exercerait un travail réel quotidien tel que *« notamment le bilan et les pièces qui seront versés en cours d'instance le corroborent »*.

Elle soutient que l'existence d'un lien de subordination serait indéniable, dès lors que la société ... serait gérée par un conseil de gérance composé d'un gérant de catégorie A et d'un gérant de catégorie B, Monsieur, juriste de formation, associé majoritaire de ... (66,40%) étant gérant de catégorie A, pouvant engager, par sa seule signature, ladite société, elle-même étant gérante de catégorie B ne pouvant engager la société par sa seule signature et tenue de respecter les ordres du gérant de catégorie A. Elle insiste sur ce qu'elle ne disposerait d'aucun pouvoir de direction ou de décision.

Il est ensuite reproché aux premiers juges d'avoir dégagé du fait que les autorisations d'établissement délivrées à la société ... exigent expressément que la gérance de la société soit assurée par elle à une certaine dépendance de son employeur. Selon l'appelante, rien n'empêcherait son employeur à la licencier en cas d'inexécution ou de violation de ses obligations contractuelles et de la remplacer par un autre gérant technique.

En termes de réplique, l'appelante insiste encore sur ce que le gérant associé majoritaire disposerait des qualifications et expériences professionnelles suffisantes pour lui permettre d'obtenir l'autorisation d'établissement requise pour l'exploitation de la société

Elle insiste encore sur sa qualité de salarié qu'elle estime documenter à suffisance par le certificat d'affiliation auprès des organismes de sécurité sociale et par les fiches de salaire *« établies mensuellement par la société ... établie et ayant son siège social à L-... »*, d'une part, et sur ce que le « bilan » relatif à l'année 2009, produit en cause ensemble avec le mémoire en réplique, démontrerait l'existence d'une activité réelle de la société ... , tout en soutenant que *« le travail réel effectué par l'appelante, seule salariée, a contribué à générer le chiffre d'affaire réalisé par son employeur »*, d'autre part.

Les premiers juges ont à juste titre légalement cadré le litige leur soumis par rapport à 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 disposant qu'*« 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 »*.

Ils sont pareillement à suivre en ce qu'ils ont dégagé de cette disposition que l'octroi d'une aide au réemploi est entre autres conditionné par une réembauche des salariés visés dans un emploi effectif caractérisé par un lien de subordination, d'une part, et mis en exergue 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, d'autre part.

Il convient d'ajouter que pour qu'il y ait rapport de subordination juridique, élément essentiel 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 la qualité 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 dans le but unique de bénéficier du régime d'aides à l'embauche des chômeurs âgés et des chômeurs de longue durée.

En l'espèce, même abstraction faite de toutes considérations relativement à la dépendance de la société ... vis-à-vis de l'appelante qui doit, au titre des autorisations d'établissement émises, assurer la gérance de la société, la Cour, à l'instar des premiers juges, doit constater qu'à la constitution de la société ... , en date du 20 juillet 2009, l'appelante détenait 22,40% des parts de cette société et qu'elle avait été nommée gérante unique lors de la première assemblée générale et que seulement par après, soit en date des 9 et 10 août 2009, donc juste quelques jours avant la conclusion de son contrat de travail (12 août 2009), elle a cédé ses parts à Monsieur ... , respectivement a été révoquée de sa fonction de gérante unique et nommée gérante de catégorie B et en dégager que cette façon de procéder est de nature à générer des doutes légitimes quant à la réalité et l'effectivité de la relation salariale légalement requise pour l'octroi d'une aide au réemploi.

Pour prospérer dans son action contre le refus querellé, il aurait incombé à la demanderesse initiale, actuelle appelante, de dissiper cette apparence.

Or, tel n'a pas été et tel n'est toujours pas le cas, faute de la moindre explicitation relative aux contexte et raisons de la curieuse façon de procéder par nominations successives en tant que gérante unique et cogérante et de la cession des parts ayant eu lieu seulement quelques jours avant la signature du contrat de travail et faute de production d'éléments de preuves tangibles et circonstanciés relativement à l'existence d'une relation de travail réelle et effective.

En effet, les seuls contrat de travail et fiches de salaire, ensemble le certificat d'affiliation ne sont à eux-seuls pas suffisants pour ce faire.

La Cour relève spécialement l'absence d'indice du moindre ordre donné à l'appelante concernant l'exécution de son travail, ainsi que du moindre acte de contrôle de son accomplissement.

La Cour ne saurait pas non plus suivre l'appelante en ce qu'elle estime documenter ou conforter à suffisance la réalité de ses prestations salariées par sa contribution à générer le chiffre d'affaire réalisé, telle que prétendument documentée par le « bilan » de la société ... ayant trait à l'année 2009.

Force est en effet de constater que non seulement l'on ne saurait manifestement pas prétendre à documenter de la sorte l'existence d'un lien de subordination de l'appelante envers son prétendu employeur, mais encore qu'il n'est même pas possible de dégager l'accomplissement d'une prestation effective du document produit, en l'occurrence non pas un bilan, mais un compte de profits et pertes. Au contraire, ledit compte, qui semble avoir trait à l'année 2009, bien qu'il y soit aussi indiqué qu'il entend refléter la situation de la société ... au « 31 décembre 2010 », est plutôt un indice en sens contraire. En effet, le compte de profits et pertes en question, renseignant des charges totales d'un montant de 18.893,18 € (essentiellement des frais de personnel d'un total de 13.053,83 €) pour un produit total de 5.173,09 €, suggère la question de la motivation réelle d'un associé majoritaire, voire unique, d'une société, gérant de catégorie A, sans la signature duquel aucun acte de gestion journalière ne peut être fait, et qui – en suivant l'argumentaire de l'appelante – remplit toutes les conditions pour la délivrance d'une autorisation d'établissement, à engager un gérant technique salarié. En tout cas, la Cour doit constater qu'aucune explication économique rationnelle y afférente n'a été fournie en cause.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'appel laisse d'être fondé et que l'appelante doit en être déboutée.

Par ces motifs,

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties ;

reçoit l'appel du 3 mai 2011 en la forme ;

le dit cependant non fondé et en déboute ;

partant **confirme** le jugement entrepris du 23 mars 2011 ;

condamne l'appelante aux dépens de l'instance d'appel.

Ainsi délibéré et jugé par :

Henri CAMPILL, premier conseiller,
Serge SCHROEDER, conseiller,
Lynn SPIELMANN, conseiller,

et lu par le premier conseiller en l'audience publique au local ordinaire des audiences de la Cour à la date indiquée en tête en présence du greffier en chef de la Cour Erny MAY.

s. MAY

s. CAMPILL