

## COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle : **28957C**

Inscrit le 17 août 2011

---

### **Audience publique du 16 février 2012**

**Appel formé par  
Monsieur ... ..,  
contre un jugement du tribunal administratif du 12 juillet 2011  
(n° 27457 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 28957C du rôle et déposée au greffe de la Cour administrative le 17 août 2011 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- ..., dirigée contre un jugement rendu par le tribunal administratif le 12 juillet 2011, par lequel ledit tribunal a déclaré non fondé le recours en annulation introduit par Monsieur ... contre une décision de rejet implicite du directeur de l'administration de l'Emploi, intervenue suite à un recours gracieux introduit par lui le 7 juin 2010 contre une décision dudit directeur du 23 avril 2010 réclamant le remboursement d'une aide au réemploi indûment touchée ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe de la Cour administrative le 17 octobre 2011 ;

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

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Hugo JAEGER, en remplacement de Maître Claude PAULY, et Monsieur le délégué du gouvernement Daniel RUPPERT en leurs plaidoiries respectives aux audiences publiques des 5 janvier et 9 février 2012.

---

Le 14 janvier 2008, Monsieur ... fut licencié par la société anonyme ... S.A. avec effet au 15 juillet 2008.

Le 22 juillet 2008, la société à responsabilité limitée ... S.à r.l., en abrégé « ... S.à r.l. », engagea Monsieur ... avec effet au 1<sup>er</sup> août 2008.

Par demande entrée auprès de l'administration de l'Emploi, ci-après désignée par l'« ADEM », le 24 septembre 2008, Monsieur ... sollicita l'octroi d'une aide au réemploi.

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

Le 28 août 2009, la société ... S.à r.l. licencia Monsieur ... avec effet au 31 octobre 2009.

Le 30 octobre 2009, la société à responsabilité limitée ... (...) S.à r.l. engagea Monsieur ... avec effet au 1<sup>er</sup> novembre 2009.

Faisant suite à une enquête administrative, le directeur, par décision du 23 avril 2010, demanda à Monsieur ... de rembourser l'intégralité des aides par lui perçues. Cette décision directoriale 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 48.308,43 €.*

*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. (...) ».*

Le 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 ... introduisit un recours tendant à l'annulation de la décision de refus implicite du directeur.

Le demandeur exposa qu'après avoir été licencié par la société ... S.A., il aurait bénéficié des indemnités de chômage complet du 16 juillet 2008 au 31 juillet 2008, jusqu'à son engagement par la société ... S.à r.l.. Il releva ne pas avoir détenu de participation dans la société ... S.à r.l. et avoir été licencié par elle avec effet au 31 octobre 2009.

Il précisa que suite à son licenciement par la société ... S.à r.l., il se serait adressé à l'ADEM pour l'informer que la société ... S.à r.l. 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 cette 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 souligna qu'avant de signer le contrat de travail avec la société ... S.à r.l., il se serait conformé strictement aux prescriptions de l'ADEM.

Il soutint avoir toujours été de bonne foi vis-à-vis de l'ADEM et qu'il n'aurait point tenté de l'induire en erreur afin de profiter indûment d'aides étatiques.

Quant aux reproches formulés à son égard concernant la société ... S.A. et ayant trait à ses qualités d'administrateur unique et d'actionnaire unique, il donna 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 ajouta qu'une clause de non-concurrence aurait été signée entre ces deux sociétés couvrant la période postérieure à son licenciement; que la société ... S.A. n'aurait plus exercé d'activités commerciales depuis février 2008 et qu'elle serait mise en liquidation dès que le litige l'opposant à la société ....., pendant en justice, serait toisé. Il insista sur ce que l'ADEM aurait été au courant de toute cette problématique.

En ce qui concerne l'autorisation d'établissement lui délivrée le 26 février 2007, le demandeur soutint ne jamais avoir exercé d'activité sous le couvert de cette autorisation qu'il 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.

Il reconnut ne pas se trouver dans un lien de subordination vis-à-vis de la société ... S.A., mais il estima qu'il pourrait néanmoins bénéficier de l'aide au réemploi, au motif que ladite société n'aurait aucune activité économique. Il ajouta qu'il en irait de même pour ce qui concerne l'autorisation d'établissement établie à son nom personnel.

Il soutint encore que la société ... S.à r.l. 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. Or, selon le demandeur, il existerait un lien de subordination dans son chef vis-à-vis de cette société, dès lors qu'il ne serait pas associé de la société ... S.à r.l., qu'il n'aurait pas un pouvoir de signature unique, qu'il aurait un contrat de travail et qu'il serait affilié au Centre Commun de la Sécurité Sociale en tant que salarié de cette société. Enfin, selon le demandeur, sa qualité de gérant technique de la société ... S.à r.l. n'exclurait pas l'existence d'un lien de subordination, même si son frère était l'associé unique de cette société.

Le demandeur insista sur ce que l'ADEM aurait été parfaitement au courant de tous ces facteurs et il souligna 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 ... S.à r.l.. Il estima ainsi que ce serait lui qui aurait été induit en erreur par l'ADEM et non l'inverse.

Il fit encore valoir que pour revenir sur la décision lui accordant l'aide au réemploi, l'ADEM n'agirait nullement sur base d'un élément nouveau, dont elle n'aurait pas eu connaissance au moment de l'octroi de cette aide, mais qu'elle aurait changé sa décision *ex post* sur base des mêmes éléments. Il estima 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.

Il soutint encore 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.

Enfin, il fit état d'une discrimination par rapport à d'autres administrés qui se trouveraient dans une situation identique à la sienne, mais seraient traités différemment.

En ordre subsidiaire, il soutint que pour le cas où sa qualité de gérant technique de la société ... S.à r.l. l'exclurait du bénéfice de l'aide au réemploi, le directeur aurait dû limiter sa demande de remboursement des aides perçues à la

période postérieure à son engagement par la société ... S.à r.l., soit à la période postérieure au 1<sup>er</sup> novembre 2009.

Le délégué du gouvernement exposa quant à lui qu'au début de l'année 2010, l'ADEM aurait été informée que Monsieur ... travaillerait pour le compte de la société ... S.à r.l. et qu'il serait l'actionnaire unique de la société .... Il expliqua que le contrôle effectué par l'ADEM aurait permis de déceler que la société ... S.à r.l. 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 de Monsieur ... qui assurerait le mandat de gérant administratif, tandis que Monsieur ... aurait été nommé gérant technique pour une durée indéterminée lors de la première résolution prise par ladite société, que la société ... S.à r.l. serait valablement engagée par les signatures conjointes des deux prédits gérants et que Monsieur ... serait l'actionnaire unique de la société ....

Le délégué donna encore à considérer que Monsieur ... 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 ... S.à r.l. et qu'à défaut de ce faire, l'ADEM aurait décidé de réclamer le remboursement des aides au réemploi indûment touchées.

Ensuite, le représentant étatique soutint qu'en l'espèce, il y aurait eu mise en place d'une construction juridique destinée à faire apparaître un lien de subordination « *tout-à-fait théorique* » dans le seul but de percevoir une aide au réemploi. Le délégué estima qu'un lien de subordination ferait défaut, au motif que l'associé unique de la société ... S.à r.l. serait le frère de Monsieur ... et que la société ne pourrait être engagée que par les signatures conjointes des deux gérants, à savoir celles de Monsieur ... et de son frère.

Il ajouta que le moyen du demandeur ayant trait à la circonstance qu'il ne serait pas associé de la société ... S.à r.l. ne serait pas pertinent, dans la mesure où ladite société ne pourrait pas être engagée sans sa signature. Il vint 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 ... S.à r.l. et que Monsieur ... aurait continué à toucher des aides au réemploi auxquelles il n'aurait plus eu droit.

Par jugement du 12 juillet 2011, le tribunal administratif rejeta ce recours contentieux pour manquer de fondement.

Les premiers juges conclurent en substance que sur base des circonstances factuelles de la cause, le contrat de travail liant Monsieur ... à la société ... S.à r.l. 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 motif de l'absence de lien de subordination dans le chef de Monsieur ... envers la société concernée se trouvant à la base de la demande

de remboursement était de nature à justifier légalement la décision directoriale litigieuse.

Par requête d'appel déposée au greffe de la Cour le 17 août 2011, Monsieur ... a régulièrement fait entreprendre le jugement du 12 juillet 2011.

Lors de l'audience fixée pour les plaidoiries, la Cour a soulevé la question préalable de savoir sur quelle base légale reposait la demande de remboursement litigieuse et l'affaire a été remise pour permettre aux parties d'y prendre position.

A l'audience publique fixée pour la continuation des débats, le délégué du gouvernement exposa que la décision directoriale du 23 avril 2010 reposait sur l'article L-527-3, 2<sup>ème</sup> alinéa, du Code du travail, précisant que l'administration estimait y trouver une disposition suffisante pour justifier la demande de remboursement litigieuse, sans qu'il y ait encore lieu d'avoir égard au droit commun ayant trait aux décisions de retrait ou de révocation d'un acte administratif.

Sur ce, le mandataire de l'appelant estima qu'en tout état de cause, les garanties procédurales prévues par les articles 8 et 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes auraient dû être respectées, ce que l'administration aurait néanmoins omis de faire.

L'article L. 527-3 du Code du travail dispose que *« s'il a été constaté que des indemnités (i.e. des indemnités de chômage complet) ont été accordées à la suite d'une erreur matérielle, celle-ci sont redressées ou supprimées. »*

*Les indemnités indûment payées sur la base de déclarations fausses ou erronées sont à restituer ».*

L'article 8 du règlement grand-ducal précité du 8 juin 1979 dispose qu'*« en dehors des cas où la loi en dispose autrement, le retrait rétroactif d'une décision ayant créé ou reconnu des droits n'est possible que pendant le délai imparti pour exercer contre cette décision un recours contentieux, ainsi que pendant le cours de la procédure contentieuse engagée contre cette décision. »*

*Le retrait d'une telle décision ne peut intervenir que pour une des causes qui auraient justifié l'annulation contentieuse de la décision ».*

L'article 9 du règlement grand-ducal précité du 8 juin 1979 exige que *« sauf s'il y a péril en la demeure, l'autorité qui se propose de révoquer ou de modifier d'office pour l'avenir une décision ayant créé ou reconnu des droits à une partie, ou qui se propose de prendre une décision en dehors d'une initiative de la partie concernée, doit informer de son intention la partie concernée en lui communiquant les éléments de fait et de droit qui l'amènent à agir (...) ».*

Indépendamment de toutes autres considérations, notamment en rapport avec l'applicabilité de l'article L-527-3 du Code du travail traitant du redressement et de la restitution des indemnités de chômage, force est de constater que la décision litigieuse en ce qu'elle tend à voir revenir sur la décision directoriale du 29 octobre 2008 et, plus particulièrement, à voir rembourser par l'actuel appelant l'intégralité des sommes perçues par lui à titre d'aide au réemploi à partir du 1<sup>er</sup> août 2008, doit en tout état de cause être qualifiée de décision de retrait d'une décision créatrice de droits au sens de l'article 8 du règlement grand-ducal précité du 8 juin 1979, d'une part, de même qu'elle s'analyse en outre à une décision prise en dehors d'une initiative de la partie concernée, au sens de l'article 9 dudit règlement grand-ducal (cf. trib. adm. 8 novembre 1999, n° 11293 du rôle, Pas. adm. 2010, n° 157 et autre référence y citée), d'autre part.

Il s'ensuit qu'en l'absence de disposition légale en disposant autrement, l'actuel appelant aurait dû être invité à présenter ses observations préalablement à la prise de la décision.

Le manquement à cette obligation de consultation préalable de l'administré concerné, destinée autant à éclairer l'autorité compétente qu'à garantir le respect des droits et intérêts de l'administré, affecte fondamentalement la légalité externe de la décision litigieuse.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que la décision directoriale est viciée à sa base par le défaut de son auteur d'avoir fait participer Monsieur ... dans le processus d'élaboration de la décision litigieuse, tel que prescrit par les dispositions combinées des articles 8 et 9 du règlement grand-ducal précité du 8 juin 1979, et qu'elle encourt l'annulation de ce fait, sans qu'il y ait encore lieu de se prononcer plus en avant sur les autres moyens d'annulation soulevés en cause, le jugement *a quo* étant à réformer en ce sens.

La demande de Monsieur ... en allocation d'une indemnité de procédure tant pour la première instance que pour l'instance d'appel est à rejeter, étant donné que les conditions légales afférentes ne sont pas remplies.

**Par ces motifs,**

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

reçoit l'appel en la forme ;

le déclare également fondé ;

par réformation du premier jugement, déclare justifié le recours en annulation introduit par Monsieur ... contre la décision de rejet implicite du directeur de l'administration de l'Emploi, intervenue suite au recours gracieux introduit par lui le 7 juin 2010 contre la décision dudit directeur du 23 avril 2010 réclamant le remboursement d'une aide au réemploi indûment touchée, partant annule la décision de rejet implicite, de même que la décision initiale ayant fait l'objet du recours gracieux, implicitement, mais nécessairement, visée ;

renvoie le dossier devant le directeur de l'administration de l'Emploi ;

rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure formulée par Monsieur ... pour manque de fondement ;

condamne l'Etat aux dépens des deux instances.

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

**Reproduction certifiée conforme à l'original.**

Luxembourg, le 22 novembre 2016

Le greffier en chef de la Cour administrative