

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro 31328C du rôle
Inscrit le 23 août 2012

Audience publique du 6 décembre 2012

**Appel formé par l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg
contre un jugement du tribunal administratif
du 16 juillet 2012 (n° 29611 du rôle)
rendu dans un litige ayant opposé la société à responsabilité limitée ...
SARL, Luxembourg, à l'Etat
en matière d'aides à l'embauche des chômeurs âgés
et des chômeurs de longue durée**

Vu la requête d'appel, inscrite sous le numéro 31328C du rôle et déposée au greffe de la Cour administrative le 23 août 2012 par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Premier ministre, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, sinon par son ministre du Travail, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 26, rue Zithe, sinon par le directeur de l'Agence pour de développement de l'emploi (ADEM), établi à L-1229 Luxembourg, 10, rue Bender, dirigée contre le jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 16 juillet 2012 (n° 29611 du rôle) dans un litige portant sur un recours introduit par la société à responsabilité limitée ... SARL, avec siège à L-..., représentée par ses gérants en fonctions, contre une décision du directeur de l'ADEM du 26 septembre 2011 portant refus de lui accorder des aides à l'embauche de chômeurs âgés et de chômeurs de longue durée ainsi que contre une décision confirmative du même directeur du 20 octobre 2011, le tribunal ayant annulé les deux décisions en question et ayant renvoyé le dossier devant le directeur de l'ADEM;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Catherine NILLES, huissier suppléant, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO, demeurant à Luxembourg, du 1^{er} septembre 2012, portant signification de l'acte d'appel à la société à responsabilité limitée ... SARL, préqualifiée;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 12 octobre 2012 par Maître Yves TUMBA MWANA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société à responsabilité limitée ... SARL, préqualifiée;

Vu les pièces versées au dossier et notamment le jugement entrepris;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Pascal COLAS, en remplacement de Maître Georges PIERRET, et Maître Yves TUMBA MWANA en leurs plaidoiries à l'audience publique du 20 novembre 2012.

Saisi d'une demande du 12 juillet 2011 tendant à l'obtention d'aides à l'embauche des chômeurs âgés et des chômeurs de longue durée introduite par la société à responsabilité limitée ... S.A.R.L., en abrégé « *la société* ... », en relation avec l'embauche de Monsieur, le directeur de l'administration de l'Emploi, ci-après désigné par « *le directeur* », refusa par décision du 26 septembre 2011 de faire droit à cette demande en soulignant que ce dernier est le détenteur de l'autorisation d'établissement pour la société en question et que, par conséquent, un lien de subordination entre employeur et salarié, élément déterminant pour retenir une relation salariale, fait défaut dans ce cas. Sur recours gracieux, le directeur répondit, le 20 octobre 2011, que l'autorisation d'établissement avait été délivrée à la société ... à la condition expresse que la direction des affaires soit exercée par Monsieur ... et qu'au vu des obligations et responsabilités qui découlent directement d'une telle autorisation, il lui était inconcevable de considérer son titulaire comme travailleur salarié. Il ajouta qu'en tant que dirigeant, Monsieur ... doit impérativement assurer personnellement et de manière effective la direction des affaires journalières de la société, que tous les actes de gestion quotidienne engageant la société doivent être signés ou contresignés par lui et qu'il doit assurer la responsabilité d'éventuels manquements ayant mené ou contribué à mener la société à la liquidation judiciaire. Il concéda que Monsieur ... est soumis à l'autorité hiérarchique du conseil de gérance de la société et qu'il doit lui rendre compte de ses activités, mais qu'il dispose d'une autonomie absolue dans l'exercice de ses fonctions et qu'il exerce seul la gestion de la société. Dans ce contexte, il souligna que la demande de l'aide étatique introduite par la société, portant sur le nom de « ... », avait été signée par ce dernier en tant qu'employeur. Il en conclut à l'absence d'un lien de subordination entre employeur et salarié, élément toutefois nécessaire quant à la prise en charge du montant réclamé par le fonds pour l'emploi. Il confirma partant sa décision initiale de refus.

Par requête déposée le 14 décembre 2011 au greffe du tribunal administratif, la société ... fit introduire un recours tendant principalement à la réformation et subsidiairement à l'annulation des deux décisions directoriales précitées des 26 septembre 2011 et 20 octobre 2011.

Dans son jugement du 16 juillet 2012, le tribunal tira des articles 541-1 et 541-3 du Code du travail que l'octroi des aides à l'embauche des chômeurs âgés et des

chômeurs de longue durée est subordonné, entre autres, à l'engagement du chômeur par un contrat de travail à durée indéterminée ou à durée déterminée d'au moins dix-huit mois et comportant une occupation de seize heures de travail au moins par semaine et que ledit contrat de travail se caractérise par l'existence d'un lien de subordination. Il retint que pour qu'il y ait rapport de subordination juridique, 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. Il admit que le cumul dans le chef d'une même personne du mandat de gérant d'une société à responsabilité limitée ou d'administrateur d'une société anonyme et de la fonction de salarié n'est pas prohibé, mais que le contrat de travail doit rester une convention réelle et sérieuse. Dans ce contexte, il estima qu'un contrat simulé dans le but unique de bénéficier du régime d'aides à l'embauche des chômeurs âgés et des chômeurs de longue durée n'est pas à considérer comme convention réelle et sérieuse. Il ajouta qu'au-delà de ce que le contrat de travail doit correspondre à des attributions techniques nettement dissociables de celles découlant du mandat social, 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 et que, concernant plus particulièrement les sociétés à responsabilité limitée, celles-ci 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.

Sur base des principes ainsi dégagés, le tribunal examina la situation concrète de Monsieur ... qui, au moment de la prise de la décision critiquée, était gérant de la société ... depuis le 1^{er} juillet 2011 et avait par ailleurs été engagé par elle, le 14 février 2011, en tant que contrôleur financier. Le tribunal estima que suivant la description de poste annexée audit contrat de travail, il est chargé d'un certain nombre de tâches correspondant *a priori* à des fonctions techniques distinctes de celles inhérentes à un mandat social, en l'occurrence des tâches comptables, respectivement des tâches au niveau de la gestion financière de la société. Le tribunal souligna encore qu'en vertu respectivement du contrat de travail et d'un avenant signé le 28 juillet 2011, Monsieur ... doit rendre compte de son travail au conseil de gérance de la société, composé de cinq membres, ainsi qu'à une personne déterminée, extérieure à la société, Monsieur ... , qu'il soumet ses demandes de congé à cette personne, qu'il fait l'objet d'une évaluation de ses performances par ce dernier et qu'il lui soumet ses demandes de remboursement des frais professionnels. Le tribunal estima que le fait surprenant que Monsieur ... soit une personne tierce n'est pas de nature à exclure l'existence d'un lien de subordination.

Le tribunal en tira l'existence d'un contrat de travail caractérisé par un lien de subordination.

Il admit, par ailleurs, qu'en principe, l'existence d'un lien de subordination n'est que difficilement concevable dans le chef du gérant d'une société à responsabilité limitée dans la mesure où celui-ci ne saurait se donner des instructions à lui-même, à défaut d'autre organe pouvant représenter la société et lui donner concrètement des ordres dans le cadre de l'exécution de ses prestations, mais que dans le cas d'espèce, Monsieur ...

fait partie d'un conseil de gérance composé de cinq personnes et que, par ailleurs, il ne dispose pas d'un pouvoir de signature individuel, ne pouvant, en sa qualité de gérant de catégorie B, engager la société ... qu'avec la signature conjointe d'un gérant de catégorie A.

Quant au fait que Monsieur ... soit titulaire de l'autorisation d'établissement, le tribunal estima que si cette circonstance peut *a priori* constituer un indice de nature à mettre en doute l'existence d'un lien de subordination, puisque la société bénéficiaire de l'autorisation d'établissement se trouve dans une certaine dépendance vis-à-vis du titulaire de l'autorisation et que celui-ci se trouve dans une situation de force qui n'est pas celle d'un salarié ordinaire, les circonstances particulières de l'espèce l'amenaient à conclure que l'autorisation d'établissement dans le chef de Monsieur ... n'était pas suffisamment déterminante pour mettre en doute l'existence d'un lien de subordination.

Par voie de conséquence, le tribunal estima que c'était à tort que le directeur avait nié l'existence d'un lien de subordination entre la société ... et Monsieur ... et il annula partant la décision de refus d'octroi de l'aide sollicitée ainsi que la décision confirmative, intervenue sur recours gracieux.

Par requête déposée le 23 août 2012 au greffe de la Cour administrative, l'Etat a régulièrement relevé appel du jugement du 16 juillet 2012.

Au fond, il fait expliquer que l'autorisation d'établissement n'a été accordée par le ministère des Classes moyennes à la société ... qu'à la condition expresse que la gérance soit assurée par Monsieur ... et que, par conséquent, conformément à une jurisprudence constante, celui-ci ne saurait être considéré comme un salarié subordonné, son licenciement entraînant la perte de validité de l'autorisation d'établissement de la société. Il ne considère pas comme concluant le fait que Monsieur ... soit obligé de rendre compte au conseil de gérance de la société, composé de cinq membres, dont lui-même, cet état de choses ne faisant pas du conseil de gérance son supérieur hiérarchique. Il ajoute que le fait qu'il doive rendre compte à Monsieur ..., personne tierce à la société, n'est pas pertinent, puisque celui-ci ne saurait être considéré comme son supérieur hiérarchique. Il estime par ailleurs que l'indépendance de ses deux fonctions, gérant d'une part, et «*financial controller*» salarié d'autre part, n'est pas établie et il conteste par ailleurs la réalité de sa fonction salariée. Il est d'avis que la fonction salariée de Monsieur ... a cessé au moment de sa nomination comme gérant et il insiste sur ce que c'est ce dernier lui-même qui a signé la demande pour l'aide à l'embauche concernant sa personne. En conclusion, l'Etat soutient que la société ... n'a pas rapporté la preuve que Monsieur ... ait été son salarié au moment de la demande d'aide. – Il demande encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000,- €.

La société intimée insiste sur la réalité de la fonction salariée de Monsieur ... Elle souligne que celui-ci n'a accédé à la fonction de gérant que plusieurs mois après son embauche comme salarié et qu'il continue, depuis lors, à exercer sa fonction salariée en plus de sa fonction de gérant, sous la surveillance des autres membres du conseil de

gérance et de celle d'une personne extérieure à la société. – Elle sollicite à son tour l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.000,- €.

La Cour estime que le tribunal a exposé la problématique de manière exhaustive et se rallie à l'intégralité de ses raisonnements en droit. Les arguments produits en instance d'appel par l'Etat ne sont pas de nature à invalider les conclusions auxquelles est arrivé le tribunal.

Il y a lieu de souligner que c'est à tort que l'Etat entend déduire du fait que Monsieur ... est bénéficiaire de l'autorisation d'établissement qu'il ne saurait partant se trouver dans une situation de subordination par rapport à la société. L'article 4 de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales – non encore applicable au moment où Monsieur ... a accédé aux fonctions de gérant mais régissant à présent la matière – prévoit, en effet, qu'une entreprise qui exerce une activité visée à ladite loi – ce qui est le cas de la société intimée – désigne au moins une personne physique, le dirigeant qui, entre autres, a un lien réel avec l'entreprise en tant que propriétaire, associé, actionnaire, ou salarié. L'on ne saurait partant soutenir, ni que la qualité de salarié est incompatible avec celle de personne physique sur laquelle repose l'autorisation d'établissement, ni qu'un dirigeant d'une société ne saurait en être en même temps le salarié.

Concernant le soutènement, d'une part, que Monsieur ... serait le seul dirigeant de la société et n'aurait pas de chef hiérarchique, et, d'autre part, qu'il n'exercerait pas, de manière effective, sa fonction salariée de «*financial controller*», l'Etat ne produit pas d'éléments probants permettant de conclure à la réalité de ces allégations.

D'une part, il est un fait que Monsieur ... fait partie d'un conseil de gérance de cinq membres et tout en étant membre, il ne saurait être considéré comme étant au sommet de la hiérarchie de l'entreprise. Celle-ci est dirigée par cinq personnes et le fait d'en faire partie n'exclut pas que ceux-ci se contrôlent mutuellement. S'il est vrai que la personne tierce à laquelle il doit référer pour un certain nombre de décisions, ne saurait être considérée, légalement, comme étant son supérieur hiérarchique, cette personne peut cependant, au cas où elle jouit de la confiance des membres du conseil de gérance, exercer en fait ce rôle, étant donné que les gérants seront, dans cette hypothèse, enclins à suivre ses appréciations et recommandations. Par ailleurs, Monsieur ... a été embauché comme salarié avant d'accéder aux fonctions de gérant et aucun élément du dossier ne permet d'établir qu'il n'exécute plus cette fonction ni que celle-ci ne soit que fictive.

L'Etat est ainsi resté en défaut d'établir que le fait que Monsieur ... soit un des gérants de la société ... soit incompatible, en principe, avec la fonction de salarié. Il n'a pas davantage établi que la fonction salariée de celui-ci soit fictive.

Il suit des considérations qui précèdent que le premier jugement est à confirmer dans toute sa teneur.

Eu égard à l'issue du litige, la demande de l'Etat en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter. Les conditions de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, auquel renvoie l'article 54 de la même loi, n'étant pas non plus remplies dans le chef de la société ..., celle-ci est également à débouter de sa demande en allocation d'une telle indemnité.

Par ces motifs,

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

reçoit l'appel en la forme,

au fond, le déclare non justifié et en déboute,

partant confirme le jugement du 16 juillet 2012,

déboute les parties de leurs demandes respectives en allocation d'indemnités de procédure,

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

Ainsi délibéré et jugé par :

Georges RAVARANI, président,
Serge SCHROEDER, premier conseiller,
Lynn SPIELMANN, conseiller,

et lu par le président en l'audience publique à Luxembourg 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. RAVARANI