

Audience publique du 6 janvier 2021

Recours formé par
Monsieur ..., ...,
contre une décision du directeur de l'Agence pour le développement de l'emploi
en matière de garantie de salaire

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 43359 du rôle et déposée le 31 juillet 2019 au greffe du tribunal administratif par Maître Luc TECQMENNE, 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'une décision du directeur de l'Agence pour le développement de l'emploi du 8 mai 2019 portant refus de libérer les fonds nécessaires à la liquidation de la créance salariale déclarée dans le cadre de la faillite de la société anonyme ... SA ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 13 décembre 2019 ;

Vu la circulaire du président du tribunal administratif du 22 mai 2020 portant notamment sur la présence physique des représentants des parties au cours des plaidoiries relatives à des affaires régies par des procédures écrites ;

Vu la communication de Maître Luc TECQMENNE du 24 novembre 2020 suivant laquelle il marque son accord à ce que l'affaire soit prise en délibéré sans sa présence ;

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

Le juge-rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Madame le délégué du gouvernement Tara DESORBAY en sa plaidoirie à l'audience publique du 25 novembre 2020.

En date du 9 mars 2016, Monsieur ... constitua, à parts égales, avec la société à responsabilité limitée ..., la société à responsabilité limitée ... et à la même date, Monsieur ... fut nommé gérant unique de ladite société.

En date du 28 décembre 2017, la société à responsabilité limitée ... fut transformée en société anonyme ..., ci-après désignée par « ... », et procéda en même temps à une augmentation de capital. Le même jour, Monsieur ... fut nommé administrateur de la société, ensemble avec

deux autres administrateurs. Le même jour encore, il fût désigné par le conseil d'administration administrateur-délégué de la société ... pour une durée de 6 ans, mandat qu'il occupa jusqu'à la faillite de la société.

En date du 1^{er} mars 2018, Monsieur ... signa avec la société ..., un contrat de travail à durée indéterminée précisant qu'il serait embauché comme « *Directeur Général* ».

Par jugement du 7 janvier 2019 du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, la société ... fut déclarée en état de faillite.

En date du 7 février 2019, Monsieur ... déposa au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg sa déclaration de créance définitive dans le cadre de cette faillite et demanda l'admission au passif privilégié d'une créance salariale à hauteur de ...€ du chef d'arriérés de salaire pour les mois de septembre à décembre 2018, du salaire du mois de survenance de la faillite ainsi que du mois subséquent, et des indemnités résultant de la mise en faillite de la société Lors de l'audience de vérification des créances du 26 avril 2019, le curateur de la société ..., ensemble avec le juge commissaire, admirèrent la déclaration de créance de Monsieur ... pour un montant de ...€ au passif privilégié de la société faillie.

Par décision du 8 mai 2019, le directeur de l'Agence pour le développement de l'emploi, ci-après désignés par « le directeur », respectivement « l'ADEM », informa Monsieur ... de l'impossibilité de libérer les fonds nécessaires à la liquidation de la créance salariale demandée, sur le fondement des considérations suivantes :

« [...] *Faisant suite à votre demande de remboursement dans l'affaire émarginée, je me dois de vous informer que les articles L.125-1 et L.126-1 du Code du Travail ne s'appliquent qu'aux seuls travailleurs salariés, alors que Monsieur ... est affilié auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale en tant qu'artisan/commerçant.*

Dans ces conditions, il m'est impossible de réserver une suite favorable à la déclaration de créance introduite. [...] ».

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 31 juillet 2019, Monsieur ..., a fait introduire, un recours tendant à l'annulation de la décision précitée du directeur du 8 mai 2019 portant rejet de sa demande en paiement des sommes garanties par l'article L. 126-1 du Code du travail.

Aucune disposition légale ne prévoyant un recours au fond en la présente matière, le tribunal administratif est compétent pour connaître du recours en annulation, qui est par ailleurs recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

A l'appui de son recours, le demandeur expose les faits et rétroactes gisant à la base de la décision directoriale du 8 mai 2019, en expliquant qu'il avait déposé une déclaration de créance d'un montant de ...€ dans le cadre de la faillite de la société ... et que malgré le fait que la créance ait été acceptée par le curateur, le directeur l'aurait refusé.

En droit, Monsieur ... conclut à l'annulation de la décision directoriale déferée du 8 mai 2019, à titre principal, pour violation de l'article L.126-1 du Code de travail et, à titre subsidiaire, pour erreur manifeste d'appréciation.

Concernant la violation de l'article L.126-1 du Code de travail, le demandeur fait valoir que la seule condition légalement exigée afin de pouvoir bénéficier de l'indemnité prévue à cet article, serait l'existence d'un contrat de travail, qui aurait dû être vérifiée par l'ADEM. Dans ce cadre, le demandeur estime que l'ADEM aurait dû vérifier la qualité de salarié dans son chef et partant une relation de travail caractérisée par un lien de subordination, ce que l'ADEM n'aurait pas fait. En revanche, l'ADEM se serait bornée à constater qu'il serait affilié au Centre Commun de la Sécurité Sociale comme « artisan/Commerçant », affiliation qui serait attribuée aux personnes bénéficiant de l'autorisation de faire le commerce mais qui ne déterminerait pas l'existence d'une relation de travail salariale.

Concernant l'erreur manifeste, le demandeur expose que le fait qu'il serait le détenteur de l'autorisation de commerce pouvant ainsi acquérir et vendre des actions de sociétés et exercer des mandats sociaux, et par conséquent affilié comme commerçant au Centre Commun de la Sécurité Sociale, ne serait pas incompatible avec des fonctions de salarié. En s'appuyant sur une jurisprudence des juridictions administratives en la matière, le demandeur donne, à ce sujet, à considérer qu'il n'existerait pas d'incompatibilité de principe entre le contrat de travail et un mandat social, les fonctions salariales devraient néanmoins correspondre à un emploi effectif exercé dans un état de subordination à l'égard de la société. De même en s'appuyant sur une jurisprudence du Tribunal administratif du 4 juin 2014, numéro 33019 du rôle, le demandeur fait valoir que le cumul dans une même personne du mandat d'administrateur d'une société anonyme et celle de salarié ne serait pas exclu et à condition toutefois que le contrat de travail devrait rester une convention réelle et sérieuse.

A cet égard, le demandeur explique qu'avant la modification des statuts de la société ... en date du 28 décembre 2017, il aurait été associé majoritaire ainsi que gérant unique de ladite société, ce qui serait la raison pour laquelle il aurait été affilié auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale comme indépendant. Or depuis la modification statutaire prémentionnée et l'augmentation de capital du même jour, il ne posséderait plus que 2% du capital social de la société. De plus, et même s'il avait été nommé administrateur de la société en date du 28 décembre 2017, il n'aurait eu qu'une marge décisionnelle très limitée et que ce serait Monsieur ..., autre administrateur de la société ..., qui aurait le contrôle de la société du fait que ce dernier était le représentant légal de l'actionnaire majoritaire. Suite à des désaccords sur des décisions prises par Monsieur ..., qui serait en fait le seul administrateur, il aurait préféré devenir salarié de la société afin de se limiter aux exécutions des instructions de Monsieur Ainsi en date du 1^{er} mars 2018, il aurait signé un contrat de travail avec la société ..., laquelle aurait été, selon les termes du contrat, représentée par Monsieur ... et suivant lequel il aurait été engagé comme « *Directeur Général* » ayant « *la responsabilité de l'organisation et la gestion de l'intégralité des départements de l'Employeur* ». Ledit contrat, aurait prévu un certain nombre d'obligations qui reflèteraient l'existence d'un lien de subordination. Le demandeur ajoute qu'il aurait également bénéficié des avantages de la fonction salariale. Afin de démontrer l'existence d'un lien de subordination effectif, le demandeur explique qu'il aurait reçu chaque mois un salaire ainsi qu'une fiche de salaire, sur laquelle auraient figuré, les jours de présence et heures

travaillés, ainsi que les congés payés. Cette fiche de salaire aurait été complétée par une fiche de retenue d'impôts. A cette fin, le demandeur verse les fiches de salaire des mois de septembre à novembre ainsi que la fiche de retenue d'impôt de l'année 2018.

Le délégué du gouvernement conclut au rejet du recours. La partie étatique se prévaut, tout d'abord, de la circonstance que Monsieur ... aurait été affilié, depuis le 2 mai 2016 et jusqu'au 31 janvier 2019 inclus, en tant qu'artisan/commerçant auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale, tout en soulignant que l'article L.126-1 du Code de travail s'appliquerait exclusivement aux travailleurs et que la garantie de créance ne pourrait être allouée qu'à ceux-ci.

A cet égard, il fait valoir que l'ADEM disposerait d'un pouvoir de vérification qui résulterait du paragraphe (6) de l'article L.126-1 du Code de travail, et qu'il résulterait que cet article, lu ensemble avec la jurisprudence des juridictions administratives, que l'ADEM serait obligée de vérifier l'existence d'un lien de subordination au jour de la survenance de la faillite entre l'employeur failli et le demandeur de la garantie salariale. L'ADEM aurait constaté qu'il n'existerait pas de lien de subordination entre le demandeur et la société ... du fait que Monsieur ... aurait joué un rôle non négligeable au sein de la société. Ainsi il aurait été actionnaire, détenu l'autorisation d'établissement et aurait, suite à la modification statutaire de la société été nommé administrateur-délégué de la société Le délégué du gouvernement ajoute que dans la mesure où, Monsieur ... n'avait pas démissionné de ses mandats au sein de la société ..., suite à la conclusion du contrat de travail en date du 1^{er} mars 2018, il aurait envisagé le cumul des différentes fonctions, cumul qui, selon la jurisprudence des juridictions administratives, serait uniquement possible si les fonctions salariales seraient nettement dissociables de celles découlant de son mandat social comme administrateur-délégué.

La partie étatique fait encore valoir que les tâches résultant du contrat de travail, n'iraient pas au-delà des fonctions qu'il aurait exercées comme administrateur-délégué avant la conclusion du contrat de travail et qu'il aurait, en présence d'une relation de travail sérieuse et réelle, pu s'affilier, parallèlement à son affiliation comme « artisan/commerçant », comme « salarié » auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale. Le délégué du gouvernement conclut de l'ensemble de ces éléments exposés à l'absence d'un lien de subordination effectif tel que constaté par l'ADEM.

Aux termes de l'article L.126-1 du Code du travail :

« (1) En cas de faillite de l'employeur, le Fonds pour l'emploi garantit les créances résultant du contrat de travail sous les conditions et dans les limites fixées au présent article.

(2) Sont garanties jusqu'à concurrence du plafond visé à l'article 2101, paragraphe (2) du Code civil, les créances des salaires et indemnités de toute nature dues au salarié à la date du jugement déclaratif de la faillite pour les six derniers mois de travail et résultant de la rupture du contrat de travail.

(3) En cas de continuation des affaires par le curateur de la faillite, la garantie visée au présent article est applicable, dans les limites visées au paragraphe (2), aux créances des

salaires et indemnités de toute nature dues au salarié le jour de la résiliation du contrat de travail et celles résultant de la résiliation du contrat de travail.

(4) Pour l'application des dispositions des paragraphes qui précèdent, sont considérées les créances de salaire et d'indemnité, déduction faite des retenues fiscales et sociales obligatoires en matière de salaires.

(5) Le droit à la garantie s'ouvre pour le salarié, lorsque les créances visées au présent article ne peuvent être payées, en tout ou en partie, sur les fonds disponibles dans les dix jours qui suivent le prononcé du jugement déclaratif de la faillite.

(6) A la demande du curateur, le Fonds pour l'emploi verse aux salariés, dans les limites visées au présent article et, le cas échéant, en tenant compte des avances versées au titre de l'alinéa qui suit, les sommes impayées figurant sur le relevé des créances présenté par le curateur, visé par le juge commissaire et vérifié par l'Agence pour le développement de l'emploi.

Le relevé prévu au présent paragraphe peut être présenté par le curateur avant la clôture du procès-verbal de vérification des créances.

Pour toute créance salariale visée au paragraphe (2), le salarié créancier peut, si sa créance représente plus de la moitié du salaire mensuel, calculé sur la moyenne des trois derniers mois précédant le mois de la déclaration de la faillite, remettre une copie de sa déclaration de créance déposée au Tribunal de commerce concernant les arriérés de salaire, à l'Agence pour le développement de l'emploi. Après vérification par l'Agence pour le développement de l'emploi des pièces remises, le Fonds pour l'emploi verse à titre d'avance les créances de salaire arriéré sans pouvoir dépasser soixante-quinze pour cent du plafond visé au paragraphe (2). [...] ».

Il s'ensuit qu'en cas de faillite de l'employeur, le Fonds pour l'emploi garantit jusqu'au plafond visé à l'article 2101, paragraphe (2) du Code civil, c'est-à-dire jusqu'au sextuple du salaire social minimum, les créances des salaires et indemnités de toute nature dues au salarié à la date du jugement déclaratif de la faillite pour les six derniers mois de travail et résultant de la rupture du contrat de travail.

En effet, il résulte de l'article L.126-1 précité du Code du travail que peuvent seules faire l'objet d'une prestation de garantie à charge du Fonds pour l'emploi les créances de nature salariale et que, conformément au paragraphe (6) du même article, les versements sont effectués sur base de relevés « vérifiés par » l'ADEM. Sous peine de vider ledit texte de toute portée, il y a lieu de retenir que l'administration est en droit de procéder à son propre examen des créances qui lui sont soumises.

Dans ce contexte, force est au tribunal de conclure de prime abord que l'ADEM a non seulement le droit, mais l'obligation de vérifier en premier lieu l'existence de la qualité de salarié dans le chef du demandeur de la garantie salariale sollicitée¹, de sorte que l'acceptation

¹ Cour adm., 18 mai 2006, n° 21111C du rôle, Pas. adm. 2020, V° Travail, n° 21 et les autres références y citées.

d'une créance par le juge commissaire et par le curateur ne s'oppose en principe pas à un refus du directeur de libérer les fonds nécessaires à la garantie salariale.

Cette vérification doit se rapporter à l'examen de la justification de l'intervention du Fonds pour l'emploi qui a vocation, en cas de faillite, à se substituer à l'employeur en carence et qui bénéficie d'une subrogation dans les droits du salarié. Il en découle que l'administration est en droit de vérifier aussi la qualité de salarié de l'intéressé et donc l'existence d'une relation de travail entre celui-ci et le failli, en vertu de l'article L.126-1, paragraphe (1), du Code du travail, disposant que ladite créance s'applique aux « *créances résultant du contrat de travail* ». Son application est dès lors plus particulièrement conditionnée par l'existence d'un contrat de travail, caractérisé par l'existence d'un lien de subordination.

Le contrat de travail s'analyse notamment 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. Dès lors, la subordination juridique constitue l'élément essentiel de tout contrat de travail, de sorte qu'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 résultats².

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. Au-delà de ce que le contrat de travail doit correspondre à des attributions techniques nettement dissociables de celles découlant du mandat, la subordination doit trouver 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.

En l'espèce, il ressort de la lecture du contrat de travail à durée indéterminée du 1^{er} mars 2018 que Monsieur ... a été au service de la société ... en qualité de « *Directeur Général* » ayant « *la responsabilité de l'organisation et la gestion de l'intégralité des départements de l'Employeur* » à partir du 1^{er} mars 2018. Force est encore de constater que l'existence même du contrat de travail n'est pas contestée en l'espèce.

Il n'est pas non plus contesté, et cela résulte d'ailleurs des pièces soumises à l'appréciation du tribunal, que la déclaration de créance du demandeur a été acceptée par le juge commissaire et par le curateur à hauteur du montant déclaré, de sorte que dans ce contexte, l'existence d'un contrat de travail n'a pas été remise en cause.

A cet égard il convient de rappeler, en cas de refus par l'ADEM du paiement d'une créance dûment acceptée par le curateur et le juge-commissaire, tel que c'est le cas en l'espèce, la charge de la preuve du bien-fondé des motifs justifiant la décision de refus incombe à l'Etat, cette preuve étant à rapporter sur la toile de fond de l'examen par le juge administratif de l'existence et de l'exactitude des faits matériels qui sont à la base de la décision déférée, et de la vérification si les motifs dûment établis sont de nature à la motiver légalement.

² Cour adm., 16 juin 2011, n° 27974C du rôle, Pas. adm. 2020, V° Travail, n° 9 et les autres références y citées.

En l'espèce, l'Etat fait état d'une situation excluant un lien de subordination du pouvoir de contrôle dans la société en faillite, fondée sur le fait (i) que l'autorisation d'établissement de la société ... était établie au nom du demandeur, (ii) que le demandeur détenait des actions de ladite société, et (iii) qu'il aurait été affilié auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale en tant qu'artisan/commerçant du 2 mai 2016 et jusqu'au 31 janvier 2019 inclus. Compte tenu de la conclusion ci-avant quant à la charge de la preuve, il appartient à la partie étatique partant d'établir, d'une part, la réalité de la situation juridique, respectivement de fait qu'elle allègue, et, d'autre part, de justifier que celle-ci est de nature à conclure que, vue les circonstances de l'espèce, le demandeur a exercé un contrôle déterminant sur les activités de la société, de sorte que l'existence d'un lien de subordination est inconcevable. Une fois cette preuve rapportée, il appartient cependant au demandeur d'établir que malgré la situation de contrôle légal ou de fait ainsi démontrée et excluant *a priori* l'existence d'un lien de subordination, il se trouve en réalité lié à la société par un contrat de travail caractérisé par un lien de subordination et correspondant à une convention réelle et sérieuse.

En l'espèce, il ressort du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la société ... du 28 décembre 2017, tel que publié au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg, que Monsieur ... a été nommé à la fonction d'administrateur pour une durée de 6 ans, et par décision du conseil d'administration comme administrateur-délégué pour la même durée. Conformément à l'article 14 des statuts de la société ... en vigueur à partir du 28 décembre 2017, « *la Société sera engagée vis-à-vis des tiers par la signature collective de deux (2) administrateurs ou la seule signature ou les signatures conjointes de toute(s) personne(s) à laquelle (auxquelles) pareils pouvoirs de signature auront été délégués par le conseil d'administration* ».

Si dès lors le demandeur était effectivement administrateur-délégué de la société ... et ceci jusqu'au 7 janvier 2019, date à laquelle la société a été déclarée en état de faillite par tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, il ressort du dossier administratif qu'il faisait partie d'un conseil d'administration composé de trois membres et qu'il avait seulement un pouvoir de signature conjoint avec un autre membre de la société, de sorte que son pouvoir décisionnel était forcément dilué.

D'autre part, il se dégage des éléments du dossier que le capital social de la société ... était, au moment de sa constitution, détenu à 50% par Monsieur ... et que suite à une augmentation de capital de la société en date du 28 décembre 2017, la participation de Monsieur ... a été diluée de sorte qu'à partir de cette date, il ne détenait plus qu'une participation minoritaire d'approximativement 2% dans le capital social de la société ..., fait qui n'est pas autrement contesté par la partie étatique. Compte tenu du fait de la participation minoritaire de Monsieur ... dans le capital social de la société, il y a lieu de conclure que celui-ci était révocable *ad nutum* sans avoir la possibilité d'influencer ce vote lors d'une assemblée générale par son propre vote.

Au regard de son mandat social et de son pouvoir de signature conjoint avec un autre membre du conseil d'administration, le demandeur exerçait certes une certaine influence sur la gestion de la société, néanmoins, le tribunal relève que vu que son pouvoir d'engager la société était dilué à cause de la présence de deux autres administrateurs, le demandeur n'ayant eu aucun

pouvoir de signature individuel et qu'au regard de la répartition du capital social, le demandeur n'ayant eu qu'une participation minimale, la situation juridique décrite par la partie étatique n'est pas telle à exclure *ipso facto* l'existence d'un lien de subordination, qui, en présence d'un mandat social, devra se caractériser par l'exercice d'une fonction technique distincte. Cette analyse n'est pas non plus éternuée par le fait que Monsieur ... était le détenteur de l'autorisation d'établissement de la société ainsi que par son affiliation comme artisan/commerçant auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale, ces circonstances n'étant pas non plus de nature à exclure la réalité d'un lien de subordination dans le chef de Monsieur ...

Au regard des conclusions retenues ci-avant, la décision litigieuse encourent l'annulation en ce que le directeur a, à tort, refusé de libérer les fonds nécessaires à la liquidation de la créance salariale de Monsieur En conséquence, il y a lieu de renvoyer le dossier devant ledit directeur afin de déterminer la créance salariale du demandeur conformément à la motivation du présent jugement.

La demande de Monsieur ... tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure, au sens de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, d'un montant de 1.500.-€ est à rejeter, au motif que le demandeur ne prouve pas en quoi il serait inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à sa charge.

Quant à la demande de Monsieur ... figurant au dispositif de son recours et visant la distraction des frais au profit du mandataire concluant qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance, il convient de rappeler qu'il ne saurait être donné suite à la demande en distraction des frais posée par le mandataire d'une partie, pareille façon de procéder n'étant point prévue en matière de procédure contentieuse administrative.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, troisième chambre, statuant contradictoirement ;

reçoit le recours en annulation en la forme ;

au fond, le déclare fondé ;

partant, annule la décision du directeur de l'Agence pour le Développement de l'Emploi du 8 mai 2019 refusant de libérer les fonds nécessaires à la liquidation de la créance salariale déclarée par Monsieur ... dans le cadre de la faillite de la société anonyme ... SA et renvoie le dossier devant ledit directeur ;

déboute le demandeur de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives ;

condamne l'Etat aux frais et dépens.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 6 janvier 2021 par :

Thessy Kuborn, vice-président,
Géraldine Anelli, juge,
Marc Frantz, juge,

en présence du greffier Judith Tagliaferri.

s. Judith Tagliaferri

s. Thessy Kuborn

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 6 janvier 2021
Le greffier du tribunal administratif