

CONSEIL SUPERIEUR DE LA SECURITE SOCIALE

Audience publique du treize février deux mille dix-sept

Composition:

M. Pierre Calmes, président de chambre à la Cour d'appel,	président
Mme Carine Flammang, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
Mme Michèle Raus, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
M. Aly Schumacher, viticulteur, Wormeldange,	assesseur-employeur
M. Nico Walentiny, retraité, Mensdorf,	assesseur-assuré
M. Francesco Spagnolo,	secrétaire

ENTRE:

X, né le [...], demeurant à [...],
appelant,
assisté de Maître Christian Junck, avocat, Luxembourg, en remplacement de Maître Roy Reding, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

ET:

l'Etat luxembourgeois, représenté par Monsieur le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,
intimé,
comparant par Madame Gaby Hermes, rédacteur à l'Agence pour le développement de l'emploi, demeurant à Luxembourg.

Par requête déposée au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale le 5 janvier 2016, X a relevé appel

1) d'un jugement rendu par le Conseil arbitral de la sécurité sociale le 27 novembre 2015, dans la cause pendante entre lui et l'Etat luxembourgeois (inscrite sous le numéro de registre F.CH. 8/15), et dont le dispositif est conçu comme suit: Par ces motifs, Le Conseil arbitral de la sécurité sociale, statuant contradictoirement et en premier ressort, reçoit le recours en la forme, le déclare non fondé et en déboute.

2) d'un jugement rendu par le Conseil arbitral de la sécurité sociale le 27 novembre 2015, dans la cause pendante entre lui et l'Etat luxembourgeois (inscrite sous le numéro de registre F.CH. 142/15), et dont le dispositif est conçu comme suit: Par ces motifs, Le Conseil arbitral de la sécurité sociale, statuant contradictoirement et en premier ressort, reçoit le recours en la forme, le déclare non fondé et en déboute.

Les parties furent convoquées pour l'audience publique du 23 janvier 2017, à laquelle le rapporteur désigné, Madame Carine Flammang, fit l'exposé de l'affaire.

Maître Christian Junck, pour l'appelant, conclut à la réformation des jugements rendus par le Conseil arbitral le 27 novembre 2015 dans les affaires enregistrées sous les numéros F.CH. 8/15 et F.CH. 142/15.

Madame Gaby Hermes, pour l'intimé, conclut à la confirmation des jugements rendus par le Conseil arbitral le 27 novembre 2015 dans les affaires enregistrées sous les numéros F.CH. 8/15 et F.CH. 142/15.

Après prise en délibéré de l'affaire le Conseil supérieur rendit à l'audience publique de ce jour, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'arrêt qui suit:

Suivant lettre du 28 novembre 2013, le contrat de travail conclu entre X et son employeur a été résilié, pour raison économique, avec effet au 31 juillet 2014.

Le 18 juin 2014, X s'est inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'Agence pour le développement de l'emploi (l'ADEM) et suivant courrier du 16 juillet 2014, il a été convoqué, en vue d'un échange de vue et informations pour la recherche d'un emploi, à l'ADEM pour le 28 juillet 2014. Faute de se présenter audit rendez-vous, il a été convoqué aux mêmes fins à l'ADEM pour le 5 août 2014, suivant courrier du 30 juillet 2014, ce courrier ayant reproduit l'article L.622-9 du code du travail.

Faute de s'être présenté à ce second rendez-vous, la directrice de l'ADEM a pris une décision le 6 août 2014, aux termes de laquelle X n'était plus à considérer comme disponible pour le marché de l'emploi, de sorte qu'en application de l'article L.622-9 du code du travail, la gestion de son dossier était suspendue pour deux mois, ce à partir du 5 août 2014.

Renvoyant notamment à l'article L.622-9 du code du travail, la commission spéciale de réexamen a, suivant décision du 8 décembre 2014, rejeté la demande en réexamen introduite par X, au motif qu'en omettant de se présenter aux susdits rendez-vous, celui-ci n'avait pas rempli ses obligations envers l'ADEM et qu'il n'avait par ailleurs ni demandé ni obtenu de dispense préalable pour un séjour à l'étranger et n'était pas disponible pour le marché de l'emploi pendant son absence.

Saisi du recours dirigé par X contre cette décision, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a, suivant jugement du 27 novembre 2015, inscrit sous le numéro F.CH. 8/15, reçu le recours en la forme en le disant non fondé, au motif que X ne s'était pas présenté au rendez-vous du 5 août 2014, auquel il avait été dûment convoqué, ce sans excuse valable alors qu'il avait même reconnu s'être rendu à l'étranger sans en avoir informé le bureau de placement, le fait qu'il se soit ultérieurement, soit le 11 août 2014, présenté à l'ADEM, étant sans incidence.

Le 6 octobre 2014, X s'est à nouveau inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'ADEM et le 10 octobre 2014, il a sollicité l'octroi de l'indemnité de chômage complet, demande à laquelle il a été fait droit avec effet à partir du 6 octobre 2014.

Suivant rapport d'enquête dressé le 3 juin 2015 par le contrôleur de l'ADEM, X détient la majorité des parts sociales d'une société A, créée le 25 août 2014, en y exerçant la fonction de gérant unique.

Considérant que par le fait de détenir la majorité des parts sociales dans la susdite société en y exerçant de surcroît la fonction de gérant unique, X ne saurait être considéré comme étant sans emploi ni comme étant disponible sur le marché du travail et retenant partant qu'il ne remplissait pas les conditions des articles L.521-1 et L.521-3 du code du travail, la directrice de l'ADEM a, suivant décision du 15 janvier 2015, dit que X ne répondait plus aux critères d'admission au bénéfice de l'indemnité de chômage et que pour la période allant du 6 octobre 2014 au 31 octobre 2014, il avait indument touché le montant de 2.118,77 euros au titre d'indemnités de chômage, dont le remboursement a partant été réclamé.

Cette décision a été confirmée suivant décision de la commission spéciale de réexamen du 5 mai 2015 ayant rejeté la demande de réexamen du dossier dans la mesure où le fait d'exercer une activité, telle que ci-avant décrite - que ce soit à titre rémunéré ou non - a une incidence sur la disponibilité du travailleur à la recherche d'un emploi, X ne saurait être considéré comme étant disponible pour le marché de l'emploi, ni comme étant sans emploi.

Saisi du recours dirigé par X contre cette décision, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a, suivant jugement du 27 novembre 2015, inscrit sous le numéro F.CH. 142/15, reçu le recours en la forme en le déclarant non fondé.

Pour statuer ainsi, les premiers juges ont dit que dans la mesure où X détenait, au moment de la demande, la majorité (non autrement définie) des parts de la société A et en assurait la gérance, il n'était pas sans emploi ni disponible pour le marché de l'emploi, alors qu'il était tenu de s'occuper de la gestion journalière de la société ayant un objet social diversifié. Ils ont encore dit que même si X avait informé l'administration de son intention de créer une société, il avait omis de signaler ce fait sur le formulaire de la demande.

De ces deux jugements, appel a été régulièrement relevé par X suivant requête déposée le 5 janvier 2016 au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale, l'appelant demandant, par réformation des décisions entreprises, à se voir rétablir dans ses droits et se voir accorder le droit de solliciter des indemnités de chômage pour la période du 1^{er} août au 5 octobre 2014 et à se faire admettre, pour la même période et pour la période allant du 6 octobre au 31 décembre 2014, au bénéfice des indemnités de chômage.

A l'appui de son appel relatif au jugement F.CH. 8/15, X fait valoir que

c'est dans un souci d'organiser au mieux la recherche d'un nouvel emploi, qu'il s'est inscrit à l'ADEM dès le 18 juin 2014, à une époque à laquelle il avait encore la qualité de salarié dans la mesure où son contrat de travail se terminait seulement le 31 juillet 2014, de sorte qu'il n'avait pas encore le statut de chômeur et n'était pas encore indemnisable au titre du chômage.

S'il a manqué le rendez-vous du 28 juillet 2014, c'est parce qu'il se trouvait auprès de ses parents en Belgique. Il a ensuite été convoqué une nouvelle fois à l'ADEM pour un rendez-vous du 5 août 2014, ce par convocation du 30 juillet 2014, partant à une date laquelle il était encore salarié et non chômeur. Il fait dès lors grief à l'ADEM de ne pas avoir attendu la fin de son contrat de travail et de son statut de salarié.

Il serait dès lors curieux que les premiers juges n'aient pas pris en considération son statut de travailleur, à la date de l'envoi des convocations en cause et ce serait à tort qu'ils ont dit qu'il était, au moment des convocations, un « chômeur non indemnisé ».

A l'appui de son appel relatif au jugement F.CH. 142/15, X fait valoir qu'il n'a manqué aucun des rendez-vous lui fixés par l'ADEM et qu'il a, de son côté, fait des recherches pour trouver un emploi. Si la société en cause a été créée, c'était pour disposer d'une structure permettant d'investir l'indemnité de départ de son ancien poste de travail ; le fait qu'il en était le gérant, - de surcroît non rémunéré, partant un mandat bénévole -, ne l'aurait pas rendu indisponible pour le marché de l'emploi, l'appelant reconnaissant toutefois avoir détenu l'autorisation d'établissement.

A ce titre, il fait souligner que sur demande de renseignements de sa part au sujet de la possibilité de toucher, d'une part, des indemnités de chômage et, d'autre part, de créer une société, dans le cadre de laquelle il serait le gérant, à titre gratuit, l'ADEM lui a répondu, suivant courriel du 11 août 2014, en les termes suivants : « Pour l'instant vous n'avez plus de dossier à l'ADEM....Sachez également qu'à partir du moment où vous avez une activité, déclarée à la sécurité sociale, rémunérée ou pas, le chômage est susceptible de s'arrêter vu que vous n'êtes plus sans emploi et plus disponible pour le marché de l'emploi. A moins que vous pourriez amener des preuves solides, ainsi qu'une déclaration sur l'honneur mensuelle, concernant 1) votre disponibilité et 2) que vous n'avez pas eu de rémunérations pour la durée du mandat.... ».

Il relève finalement qu'il a décroché un nouveau contrat de travail en décembre 2014, ce qui a eu comme conséquence sa désinscription auprès de l'ADEM.

La partie intimée conclut à voir confirmer les jugements entrepris.

Quant au jugement numéro F.CH. 8/15, il est rappelé qu'aux termes de l'article L.622-9, points 1 et 2, du code du travail, « tous les demandeurs d'emploi, indemnisés ou non, sont tenus de se présenter aux bureaux de placement aux jours et heures qui leur sont indiqués. Les demandeurs d'emploi non indemnisés qui, sans excuse valable, ne répondent pas aux invitations et convocations, aux actions d'orientation, y compris l'établissement d'un bilan de compétences, de formation et de placement de l'Agence pour le développement de l'emploi, voient la gestion de leur dossier suspendue pour une durée de deux mois ».

Dans la mesure où le susdit texte fait état de demandeurs d'emploi non indemnisés, et où c'est

en cette qualité que X s'est inscrit auprès de l'ADEM, son raisonnement par rapport au statut de salarié et non de chômeur est dénué de pertinence et tombe à faux, étant à toutes fins utiles souligné que contrairement à ce que l'appelant affirme les premiers juges n'ont pas employé les termes de « chômeur indemnisé ».

Compte tenu du fait que X était demandeur d'emploi et qu'il n'a pas donné de suite aux rendez-vous lui fixés pour le 28 juillet 2014 et pour le 5 août 2014, sans justifier d'une excuse valable, - étant précisé que le fait de ne pas s'être présenté le 5 août 2014 au motif de s'être trouvé auprès de ses parents en Belgique ne constitue pas une excuse valable au sens des susdites dispositions légales -, c'est à bon droit que la gestion de son dossier a été suspendue pour une durée de deux mois.

L'appel n'est dès lors pas fondé pour autant qu'il concerne le jugement entrepris numéro F.CH. 8/15, qui est à confirmer.

Quant au jugement entrepris, numéro F.CH. 142/15, il est rappelé qu'aux termes de l'article L.521-1, point 1, du code du travail, « en cas de cessation des relations d'emploi, le salarié sans emploi, habituellement occupé à plein temps par un employeur, a droit à l'octroi d'une indemnité de chômage complet, pourvu qu'il réponde aux conditions d'admission déterminées à l'article L. 521-3 », ce texte disposant en son point 4, que pour être admis au bénéfice de l'indemnité de chômage complet, le salarié doit être apte au travail, disponible pour le marché du travail et prêt à accepter tout emploi approprié dont les critères sont fixés par règlement grand-ducal, et ceci sans préjudice de l'application des dispositions des articles L.551-1 à L.552-3.

Le point à toiser en l'occurrence consiste à déterminer si pour la période en cause, X était, compte tenu des éléments objectifs de la cause, à considérer comme étant sans emploi et disponible pour le marché du travail, étant souligné que dans un arrêt du 22 décembre 2016, la Cour de cassation a retenu, que les termes salarié « sans emploi » visés à l'article L.521-1, point 1, s'entendent comme « absence d'une activité subordonnée en qualité de salarié », et, que l'examen du critère de la disponibilité du salarié sur le marché du travail, au regard de l'article 521-3, point 4, se fait sur base du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond (Cass. 22.12.2016, numéro 104/16, numéro 3679 du registre).

Il se dégage en l'espèce à suffisance de droit des éléments de la cause, que X répond à l'exigence du critère relatif à l'absence d'emploi, alors que son contrat de travail qui le liait à son employeur a été résilié et qu'il n'existe pas, à l'heure des débats, de pièce prouvant qu'il se trouve dans un lien de subordination avec un autre employeur, - la circonstance qu'il soit gérant d'une société à responsabilité, y détienne des parts et soit le titulaire de l'autorisation d'établissement au profit d'une société à responsabilité limitée, n'impliquant pas un tel lien.

Quant à l'exigence de la disponibilité, il est à noter que dans un arrêt rendu en date du 26 octobre 2015, le Conseil supérieur a fait observer que « le plan d'action en faveur de l'emploi de 1998 avait pour objectif d'encourager l'esprit d'entrepreneuriat. Il s'agissait notamment de faciliter le démarrage d'une entreprise en simplifiant l'accès à la profession d'artisan en rendant possible l'exercice d'un métier secondaire à titre indépendant par une personne qui est salariée auprès d'une autre entreprise » (Conseil supérieur, 26 octobre 2015, 2015/0201, n° du reg.: ADEM 2015/0053, ayant renvoyé au projet de loi n° 4459 concernant la mise en oeuvre du plan national en faveur de l'emploi 1998, Exposé des motifs, p. 53), ce même arrêt ayant retenu que :

- « la législation sur le droit d'établissement n'exclut dès lors pas le cumul entre une activité salariée et une activité indépendante si cette dernière est exercée à titre accessoire,
- l'indisponibilité ne résulte dès lors pas du statut même d'indépendant,
- une activité économique indépendante n'est incompatible avec le paiement des indemnités de chômage complet que si elle a comme effet de rendre le chômeur indisponible pour le marché de l'emploi. Tel est le cas lorsque cette activité, en raison de son importance, occupe le travailleur au chômage pendant un temps tel qu'il ne peut plus cumuler cette activité avec un emploi salarié ».

Est dès lors à considérer comme « disponible au marché du travail » le salarié-demandeur d'emploi dont la situation professionnelle et personnelle lui permet d'occuper sans délai un emploi, l'appréciation se faisant au cas par cas.

Le fait de détenir des parts sociales dans une société ne constituant pas un obstacle à la disponibilité sur le marché du travail, il s'ensuit que ce n'est pas sur base de cette considération que X puisse être considéré comme étant indisponible au sens de l'article L.521-3, point 4, du code du travail.

Quant à l'exercice de la fonction de gérant, il est à noter qu'au vu du fait que la société n'a pas de salariés à sa charge et a une activité sinon inexistante du moins réduite, l'exercice de la fonction de gérant ne rend pas X de facto indisponible pour le marché du travail.

A cela s'ajoute que le mandat de gérant peut prendre fin par la démission du gérant et qu'il s'agit de l'expression d'un acte unilatéral ne nécessitant pas l'approbation par l'assemblée générale des associés (Alain STEICHEN Précis de Droit des Sociétés, édit 2014, page 583, sub n° 701, et J-P WINANDY, Manuel de Droit des Sociétés, édit. 2011, page 673).

Compte tenu du fait que la société en cause n'emploie pas de salariés et a une activité sinon inexistante du moins réduite, il faut admettre qu'il est à tout moment loisible à X de démissionner de sa fonction de gérant.

Au vu des considérations qui précèdent, X n'est pas à considérer comme étant indisponible pour le marché du travail, le fait qu'il soit titulaire de l'autorisation d'établissement au profit de la société n'étant pas de nature à élever cette conclusion.

Il suit des considérations qui précèdent que c'est à tort que le retrait de l'indemnité de chômage complet a été ordonné.

L'appel est dès lors fondé pour autant qu'il est dirigé contre le jugement numéro F.CH. 142/15.

Par ces motifs,

le Conseil supérieur de la sécurité sociale,

statuant contradictoirement, sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué,

dit l'appel recevable,

le dit non fondé pour autant qu'il est dirigé contre le jugement F.CH. 8/15 et fondé pour autant qu'il est dirigé contre le jugement F.CH. 142/15,

partant par réformation du jugement entrepris numéro F.CH. 142/15,

dit que le retrait de l'indemnité de chômage complet n'était pas justifié au regard des articles L.521-1, point 1, et L.521-3, point 4, du code du travail,

dit qu'au vu des susdits textes, X a droit à l'indemnité de chômage complet pour la période s'étendant du 6 octobre 2014 au 31 octobre 2014,

dit qu'il n'y a pas lieu à restitution du montant de 2.118,77 euros.

La lecture du présent arrêt a été faite à l'audience publique du 13 février 2017 par Monsieur le Président Pierre Calmes, en présence de Monsieur Francesco Spagnolo, secrétaire.

Le Président,
signé: Calmes

Le Secrétaire,
signé: Spagnolo