

CONSEIL SUPERIEUR DE LA SECURITE SOCIALE

Audience publique du seize 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. Gilles Cabos, conseiller juridique, Luxembourg,	assesseur-employeur
M. Jean-Claude Delleré, délégué permanent, Lannen,	assesseur-assuré
Mme Iris Klaren,	secrétaire



ENTRE:

X, né le [...], demeurant à [...],
appelant,
assisté de Maître Karim Sorel, 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 Jessica Ribeiro De Matos, attaché 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 18 février 2016, X a relevé appel d'un jugement rendu par le Conseil arbitral de la sécurité sociale le 8 janvier 2016, dans la cause pendante entre lui et l'Etat luxembourgeois, 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 26 janvier 2017, à laquelle le rapporteur désigné, Madame Carine Flammang, fit l'exposé de l'affaire.

Maître Karim Sorel, pour l'appelant, maintint les moyens et conclusions de la requête d'appel déposée au siège du Conseil supérieur le 18 février 2016.

Madame Jessica Ribeiro De Matos, pour l'intimé, conclut à la confirmation du jugement du Conseil arbitral du 8 janvier 2016.

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:

Le 5 novembre 2013, X s'est inscrit à l'Agence pour le développement de l'emploi (ci-après l'ADEM) en déposant le même jour une demande d'octroi de l'indemnité de chômage complet,- en y mentionnant qu'il détient 50% des parts sociales de la société A s.à.r.l, que cette participation va être liquidée et qu'il n'a aucun mandat rémunéré -, et il a été admis au bénéfice de l'indemnité de chômage complet, avec effet à partir du 5 novembre 2013.

Un rapport d'enquête dressé le 11 août 2014 par le service contrôle de l'ADEM, renseigne qu'outre le fait d'être associé à raison de 50% dans la société A s.à.r.l, constituée le 1^{er} août 2006 (l'objet social consistant en l'achat/vente/mise en valeur/gestion d'un ou de plusieurs immeubles tant au Luxembourg qu'à l'étranger), X y exerce la fonction de gérant et que par ailleurs, il détient 70% des parts sociales de la société B s.à.r.l, constituée le 23 mai 2013, (l'objet social consistant en la création/vente/promotion/diffusion de solutions technologiques innovantes), le siège social se trouvant par ailleurs à son adresse personnelle, et l'autorisation d'établissement étant établie à son nom depuis le 13 mai 2013, l'autorisation stipulant qu'elle n'est valable que si la société est dirigée de manière effective par X.

Sur base des précédents constats, la directrice de l'ADEM a suivant décision du 11 septembre 2014, retenu que X ne remplissait pas les conditions des articles L.521-1 et L.521-3 du code du travail durant la période d'indemnisation du 5 novembre 2013 au 30 juin 2014, de sorte qu'il a été invité de procéder au remboursement du montant de 23.165,47 euros, au titre d'indemnités de chômage indûment perçues pour ladite période, cette décision ayant été confirmée, sur base des mêmes considérations et textes, par décision du 26 février 2015 de la commission spéciale de réexamen.

Saisi du recours dirigé par X contre cette décision et renvoyant aux dispositions de l'article L.521-1 (1) du code du travail, et à celles de l'article L.521-3, du même code, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a, suivant jugement du 8 janvier 2016, reçu le recours en la forme en le déclarant non fondé.

Pour statuer ainsi, les premiers juges ont dit que la question à trancher est celle de savoir si le statut de demandeur d'emploi indemnisé est compatible avec la situation de X. Ils ont retenu que par le fait i) d'être titulaire de l'autorisation d'établissement délivrée le 13 mai 2013 (xxx) au profit de B s.à.r.l en y exerçant les obligations y afférentes et d'y détenir 70% des parts sociales, ii) d'être gérant de la société A s.à.r.l avec un pouvoir de signature individuelle, X

n'est pas à considérer comme ayant été sans emploi durant la période d'indemnisation ni disponible pour le marché du travail, ce indépendamment de la circonstance que les activités ont généré des bénéfiques ou non, et que sa fonction de gérant soit rémunérée ou non.

De ce jugement appel a été régulièrement relevé par X suivant requête déposée le 18 février 2016 au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale, l'appelant demandant à voir dire qu'il est sans emploi et disponible pour le marché du travail et partant à se voir restituer dans ses droits, en annulant la décision portant retrait des indemnités de chômage pour la période du 5 novembre 2013 au 30 juin 2014, et portant remboursement des indemnités de chômage perçues. Il sollicite en outre l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000,00 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

X fait plaider qu'en ce qui concerne la société B, dont il était associé à concurrence de 70%, les statuts renseignent que le gérant en était C, ce dès la constitution soit le 23 mai 2013, celui-ci ayant également été titulaire de l'autorisation d'établissement établie au profit de cette société, celle-ci ayant servi à l'exploitation de la société, le fait que l'appelant ait également été titulaire d'une autorisation d'établissement au profit de cette même société ne portant pas à conséquence dans la mesure où une seule autorisation est suffisante et où en sa qualité de gérant, C était le seul à pouvoir engager la société. Tout en déclarant avoir renvoyé l'autorisation d'établissement à l'Etat, l'appelant expose que suivant décision de l'assemblée générale du 31 mars 2015, il a acquis encore quinze parts de son coassocié, de manière à le rendre associé majoritaire à raison de 80%, et, - suite à la démission de C -, il a été appelé aux fonctions de gérant, ce à titre gratuit, le procès-verbal de cette assemblée renseignant que l'exercice de cette fonction se fait sans rémunération.

X raisonne encore en termes de gains, en donnant à considérer que l'activité de la société n'a, en 2013, engendré aucun profit.

Quant à la société A, constituée le 1^{er} août 2006, dans laquelle il détient une participation de 50%, l'appelant expose que même si, suivant assemblée générale du même jour, lui et D ont été nommés aux fonctions de gérant, il n'a jamais exercé cette fonction, alors que c'était sa coassociée qui l'exerçait seule, cela résultat d'un courriel de D du 19 février 2014. Dans la mesure où cette société n'aurait qu'un but « purement patrimonial », aucune autorisation d'exploitation ne serait requise, aucune rémunération n'en ayant par ailleurs été tirée. Dans la mesure où la société existait déjà lorsqu'il travaillait auprès de son ancien employeur, il ne saurait être question que cela le rende indisponible au regard de l'article L.521-3 du code du travail.

En se prévalant d'un arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 22 décembre 2016, l'appelant fait souligner qu'en l'absence de l'existence d'un lien de subordination, ce serait à tort que les premiers juges ont dit qu'il n'était pas sans emploi. Dans la mesure où l'activité de gérant ne l'empêcherait pas d'être disponible sur le marché du travail, ce serait à tort que les premiers juges ont dit le contraire. Il conviendrait de définir la notion de la disponibilité pour le marché du travail.

En se prévalant de l'ensemble des fonctions exercées par X dans le cadre des deux sociétés en cause, outre le fait d'y détenir des parts sociales ainsi que l'autorisation d'établissement établies au profit de l'une de ces sociétés, l'ETAT fait plaider que l'appelant ne répond pas aux exigences des articles L.521-1 et L.521-3 du code du travail et conclut partant à voir confirmer le jugement entrepris.

Pour autant que le critère tenant au salarié sans emploi ne soit pas donné, compte tenu de l'arrêt de la Cour de cassation, il subsisterait le critère tenant à l'absence de disponibilité de X sur le marché du travail.

La partie intimée donne à considérer que l'appelant ne verse aucune pièce établissant ses revenus au regard de l'article L.521-18 du code du travail.

Aux termes de l'article L.521-12, paragraphe 1^{er}, point 1, du code du travail, le droit à l'indemnité de chômage complet cesse lorsqu'une ou plusieurs conditions d'octroi ne sont plus remplies.

Pour que cesse le droit à l'indemnité de chômage complet, respectivement qu'il puisse être procédé au retrait de l'indemnité de chômage complet, il faut mais il suffit dès lors que l'une des conditions requises pour son octroi ne soit plus donnée, étant précisé qu'en l'espèce c'est au motif que X - inscrit comme demandeur d'emploi - n'était pas sans emploi (article L.521-1 du code du travail), et n'était pas disponible pour le marché du travail (article L.521-3 du code du travail) que la décision du retrait a été prise d'abord par la directrice de l'ADEM et ensuite par la Commission spéciale de réexamen.

L'article L.521-1, point 1, du code du travail dispose que « 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 dernier texte disposant en son point 4, que « pour être admis au bénéfice de l'indemnité de chômage complet, le salarié doit répondre » à la condition d'« 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... ».

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 œuvre 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 que compte tenu de la période d'indemnisation en cause, - 5 novembre 2013 au 30 juin 2014 -, seule la fonction de gérant exercée par X dans le cadre de la société A s.à.r.l est à prendre en considération, étant souligné que dans la mesure où cette société en cause n'emploie pas de salariés et a une activité sinon inexistante du moins réduite, l'exercice de cette fonction 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 A 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 l'une des sociétés n'étant pas de nature à énerver cette conclusion.

Dans ces conditions, c'est à tort que le retrait de l'indemnité de chômage complet a été ordonné, étant souligné que le grief invoqué par l'ADEM au titre du défaut de déclaration de revenus au regard de l'article L.521-18, du code du travail, n'est, en l'absence de sanction prévue à ce titre, sans incidence sur le litige.

L'appel est dès lors fondé.

L'appelant demande encore à voir condamner l'intimé à lui payer une indemnité de procédure. Conformément à l'article 29 du règlement grand-ducal modifié du 24 décembre 1993, sauf dérogation spécifique, les règles de la procédure civile sont applicables devant le Conseil supérieur de la sécurité sociale. En l'absence de toute dérogation dans le règlement cité par rapport à l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, qui n'est pas expressément limitée aux seuls litiges prévoyant une condamnation aux dépens (cf. Soc., 19 mars 1996, Bull., V, n° 104, p. 81, pourvoi n° 8414406, cité par Conseil supérieur de la sécurité sociale, 12 avril 2013, Reg. H 2011/0055, numéro 2013/0046), cette demande est à déclarer recevable. Eu égard aux circonstances de l'espèce il paraît inéquitable de laisser à charge de l'appelant l'intégralité des frais exposés par lui pour assurer sa défense, de sorte que la demande est à déclarer fondée pour le montant de 1.000,00 euros.

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 fondé,

partant par réformation du jugement entrepris,

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 5 novembre 2013 au 30 juin 2014,

dit qu'il n'y a pas lieu à restitution du montant de 23.165,47 euros,

dit recevable et fondée la demande de l'appelant en paiement d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

partant,

condamne l'Etat luxembourgeois, représenté par son Ministre d'Etat, à payer à X le montant de 1.000,00 euros à titre d'indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

renvoie le dossier en prosécution de cause à l'Agence pour le développement de l'emploi.

La lecture du présent arrêt a été faite à l'audience publique du 16 février 2017 par Monsieur le Président Pierre Calmes, en présence de Madame Iris Klaren, secrétaire.

Le Président,
signé: Calmes

Le Secrétaire,
signé: Klaren